

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO**



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe sobre las Resoluciones del Consejo Directivo de OSITRAN N° 050-2005-CD-OSITRAN y N° 034-2009-CD-OSITRAN del Expediente N° 043 - 2009 – OSITRAN

Autor:

VICTOR ANDRES CRUZADO SAAVEDRA

**Código del alumno:
20088023**

**Asesor:
Paul Villegas Vega**

DATOS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Resumen del Expediente:

Lima Airport Partners (concesionario del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez) solicita interpretar a OSITRAN el numeral 2 del anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, el cual regula la obligación del Estado de entregar los terrenos “debidamente saneados” para el Proyecto”. OSITRAN emitió su Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN en la cual interpreto la citada cláusula del Contrato de Concesión; posteriormente LAP solicita una “interpretación complementaria” de la resolución ya indicada. Este último requerimiento es declarado IMPROCEDENTE en primera instancia, mientras que en segunda instancia fue declarado INFUNDADO el pedido de reconsideración.

Áreas del Derecho sobre las cuales versa el contenido:

- Derecho Administrativo, derecho civil y Concesión de Infraestructura mediante Asociaciones Publico Privadas

Número de Expediente:

- 043-2008- OSITRAN

Demandante:

- Lima Airport Partners S.R.L.

Demandado:

- Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Procedencia:

- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN

Instancia:

- Segunda

ÍNDICE ANALÍTICO

I. INTRODUCCION.....	04
II. JUSTIFICACION.....	05
III. HECHOS RELEVANTES.....	06
IV. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	21
V. ANALISIS LEGAL DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS.....	22
VI. CONCLUSIONES.....	38
VII. BIBLIOGRAFÍA	39
VIII. ANEXOS	41
Anexo 1	42
Anexo 2.....	43
Anexo 3.....	47
- Resolución Consejo Directivo de OSITRAN N° 050-2005-CD-OSITRAN	48
- Resolución Consejo Directivo de OSITRAN N° 034-2009-CD-OSITRAN	58



I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de infraestructura en el Perú ha tenido un desarrollo importante con la participación del sector privado; sin embargo, existen algunas discrepancias entre el Estado Peruano y los inversionistas privados dado que no hay mucha experiencia previa en el desarrollo de infraestructura mediante Asociaciones Público Privadas.

Por ello, uno de los problemas en los proyectos es la facultad que ostenta OSITRAN para poder interpretar los contratos que tiene a cargo supervisar. Asimismo, en el caso bajo análisis dicha entidad pública conforme a sus atribuciones legales interpreto el contenido del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión para la Ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante el “Contrato de Concesión”). El citado numeral regula la entrega de los predios debidamente saneados por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones hacia Lima Airport Partners S.R.L. en calidad de Concesionario.

En la resolución inicial el consejo directivo de OSITRAN hace una interpretación escueta del referido numeral, por lo que se mantuvieron algunas dudas sobre el contenido de la obligación del saneamiento. Motivo por el cual el Concesionario solicita una interpretación complementaria de la primera resolución administrativa de OSITRAN; sin embargo, el pedido es declarado improcedente cuando se debió pronunciar sobre el fondo de la solicitud.

De esta manera, con un pronunciamiento sobre el fondo de la materia se hubiera dotado de contenido al saneamiento físico legal de los predios necesarios para la ampliación del Aeropuerto, se hubiese definido el alcance del saneamiento ambiental o riesgo ambiental, y se hubiese determinado la responsabilidad de la demolición de las edificaciones existentes.

En ese sentido, en el presente informe se analizarán estos aspectos y se plantearán alternativas de solución conforme al marco regulatorio y contractual.

II. JUSTIFICACIÓN

Considero que es de vital importancia estudiar los casos que han analizado materias legales referidas a la entrega de predios debidamente saneados; ya que como resultado del análisis se pueden proponer alternativas de solución para el caso concreto y para los demás proyectos de gran envergadura que se desarrollen en el Perú.

Esto debido a que en el Perú el desarrollo de Infraestructura es vital para el desarrollo del país dado que genera una cadena de valor productivo en la economía del país tanto en la microeconomía, como en la macroeconomía. Adicionalmente, brinda mayor bienestar social con el acceso a mejores servicios públicos para los ciudadanos.

Por ello, en nuestra Constitución se estipula un Título¹ completo para el “Régimen Económico” del Estado peruano en el cual se establece que tenemos una **Economía Social de Mercado** con una iniciativa privada libre orientada al desarrollo del país, el cual actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, **servicios públicos e infraestructura**.

Siguiendo el mandato constitucional el Estado ha desarrollado y promovido las inversiones en servicios públicos e infraestructura; sin embargo, la inversión pública no es suficiente para cerrar nuestras brechas de infraestructura debido a que nuestros recursos financieros son escasos y limitados. En ese sentido, es de vital importancia la participación del sector privado en el desarrollo e inversión de infraestructura, ya que su aporte no solo es técnico, sino también de inversión.

La simbiosis de inversión pública-privada ha demostrado resultados notables en beneficio de la ciudadanía y el Estado peruano en el desarrollo de infraestructura y de servicios públicos. Empero, uno de los mayores problemas en el desarrollo de infraestructura ha sido la expropiación y entrega de predios debidamente saneados por parte del Estado peruano, generando retrasos en las inversiones previstas para desarrollar infraestructura.

El expediente bajo análisis pertenece a uno de los proyectos más emblemáticos de nuestro país, no solo por su importancia en materia de transporte aéreo, sino también porque es uno de los proyectos más representativos en la demora de las expropiaciones y entrega de predios debidamente saneados. El Proyecto estudiado fue entregado en concesión el año 2001. Cuatro años más tarde, inició la controversia respecto al análisis del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato sin que se solucione del todo el problema, ya que en el año 2009 se solicitó una interpretación complementaria que fue declarada improcedente. Por lo que, aún una década después de adjudicarse el proyecto no se contaba con una solución definitiva con respecto a los predios del Proyecto.

Estos retrasos en las inversiones para la dotación de infraestructura generan pérdidas económicas al país y deficientes servicios a los ciudadanos; por lo que el estudio del caso busca entender la problemática legal respecto a la entrega de los predios a fin de proponer soluciones legales que aporten al desarrollo de otras infraestructuras de igual o mayor importancia que el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

III. HECHOS DEL CASO

¹ Constitución Política del Perú, 1993, Título III Del régimen económico. .

La entrega en Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante "AIJCH") fue un hito histórico en la promoción de la inversión privada en el Estado Peruano; para algunos especialistas como Juan Suito Larrea indica que se "entregó" una de las últimas "joyas de la corona" que tenía a su cargo el Estado Peruano. A través de este contrato de concesión el Concesionario (Lima Airport Partners) se comprometía a invertir en la infraestructura de dicho Aeropuerto (tanto en la existente como en la ampliación); así como a otorgar una regalía al Estado por los ingresos futuros que se generen en este contrato.

Sin embargo, estos procesos de privatizaciones y concesiones, desarrollados en la década del 90, eran nuevos para el Estado peruano. Por lo que este debió adecuar y/o crear instituciones públicas para dotarlas de funciones que garanticen la seguridad jurídica y, en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos, regular las fallas de mercado que se pudiesen generar. Tal es el caso del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (en adelante "OSITRAN") que fue creado para regular y supervisar los mercados en los que las Entidades Prestadoras (en adelante "EP") realizan actividades de explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Como parte de sus funciones, se le encomendó a OSITRAN la atribución de "interpretar los títulos contractuales" de los contratos de Concesión de su competencia. En ejercicio de esta facultad el Concesionario solicitó interpretar el Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión referido al debido saneamiento que deben tener los terrenos destinados al proyecto de mejoramiento y ampliación del AIJCH.

En ese sentido, en el presente Informe se analizarán las resoluciones administrativas que se emitieron en el marco de la solicitud del Concesionario para interpretar el Numeral 2 del Anexo 11. Del mismo modo, se analizarán los planteamientos jurídicos que se esgrimen en dichas resoluciones y los documentos que las originaron.

Para analizar los hechos, primero se hará un breve recuento de los antecedentes del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chevez (en adelante "AIJCH"), luego se presentarán los actos vinculados a la solicitud de interpretación del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato y todos los actos procesales que se dieron para la emisión de las tres Resoluciones del Consejo Directivo de OSITRAN en base al requerimiento de interpretación.

Para mejor comprensión de los hechos y de los actos procesales vinculados al Expediente bajo análisis, se ha elaborado un diagrama con una línea de tiempo detallada en la [página 42](#) el cual forma parte del presente Informe como [Anexo 1](#).

A continuación, se desarrollarán los principales hechos conforme al orden cronológico de su ocurrencia:

A. **Antecedentes**

1. **Contrato de Concesión**

"En 1990 el Gobierno del presidente Fujimori inició un programa de estabilización y de reformas estructurales con el fin de generar las condiciones para el crecimiento sostenido de la economía en base a la inversión privada".Franco et al. (1999). En ese sentido, el giro de política económica fue determinante para el desarrollo de infraestructura para la impulsar la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos y el desarrollo de infraestructura.

De este modo, primero se desarrollaron las privatizaciones y posteriormente las concesiones y las Asociaciones Público Privadas (APP's), estos esquemas de inversión tienen particulares de fondo de

forma(ESAN, 2016) que se utilizan conforme a la necesidad de inversión y las características de los proyectos. En el tema concreto de las concesiones, se tuvieron casos de éxito en el uso de este mecanismo, por ejemplo, “la entrega en concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) que es otro proceso de concesión exitoso, que ha permitido que la inversión privada desarrolle su infraestructura básica, (...) que el Estado Peruano, al menos a corto plazo, no habría estado en capacidad de realizar.”(Rey y Mendoza, 2006, p.146), en adelante el “Contrato de Concesión”².

Este Contrato de Concesión comprometía inversiones para la “Construcción, Mejora, Conservación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez”; por lo que LAP³ asume la responsabilidad por la operación del AIJCH, la asignación de slots para aterrizaje y despegue, la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación establecidas a su cargo. Así como, el diseño y construcción de las mejoras, y la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos, durante la Vigencia de la Concesión.

De esta manera, entre las mejoras que debe efectuar LAP está la construcción de una segunda pista de aterrizaje que permita atender la creciente demanda del Aeropuerto, financiándose dicha inversión con la recaudación de la tarifa aeroportuaria a los pasajeros con una inversión comprometida de US\$ 1,062 millones.

2. Solicitud de interpretación del Numeral 2 del Anexo 11

El 05 de julio de 2005, LAP presentó un requerimiento de interpretación del Numeral 2 del Anexo 11 a fin de que el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) se pronuncie respecto del verdadero sentido y alcance del citado numeral. El mismo que se transcribe a continuación:

“2. De la Responsabilidad del Estado Peruano

El Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encargará de entregar al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto, dentro del plazo máximo establecido en el numeral 5.23 del Contrato, y debidamente saneados.”

La solicitud efectuada por LAP tomó en consideración las siguientes consideraciones para sustentar su solicitud:

- a. Se debe efectuar una interpretación conforme a los principios y criterios propuestos en el documento denominado “Lineamientos para la Interpretación, Modificación y Reconversión de los Contratos de Concesión”⁴ (en adelante, los “Lineamientos”).
- b. Alegan que no existe una definición contractual del término “saneamiento”, por lo que se debe recurrir a otras fuentes para determinar el alcance de dicho concepto. De este modo, LAP toma

2 Suscrito entre el Estado Peruano, actuando a través de Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y Lima Airport Partners SRL (LAP), el 14 de febrero de 2001.

3 Conforme a la cláusula 21 del Contrato de Concesión

4 Aprobado por el Acuerdo del Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre del 2004.

en cuenta la definición de saneamiento del Diccionario de la Lengua Española que señala: “Aplicase a los bienes (...) que están libres de cargas o descuentos”. (Real Academia Española RAE, 1992)

También, recurre al artículo 1484° del Código Civil, argumentando que existe saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien. En ese mismo sentido, LAP menciona que el artículo 1485° del Código Civil, establece que *“En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para al cual fue adquirido o que disminuyan su valor”*.

- c. Conforme a lo indicado aplicando de manera supletoria el Código Civil, LAP argumenta que el sentido del concepto saneamiento se encuentra determinado por el **cumplimiento de la finalidad** prevista en la transferencia del bien, siendo la finalidad la ampliación del AIJCH.
- d. Conforme al Numeral 2 del Anexo 11 y la cláusula 5.23 los terrenos que deben entregarse para la ampliación del AIJCH deben encontrarse debidamente saneados. Por lo que, en concordancia con el Código Civil, por el término “debidamente saneados”, se debe entender lo siguiente:
 - i. El término comprende a los aspectos jurídicos de las áreas transferidas. Lo que implica que la totalidad de los terrenos afectados para la ampliación del AIJCH deberán ser entregados en una sola oportunidad al Concesionario libres de todo vicio, condición, efecto, carga y/o gravamen que impida, afecte o restrinja, física o jurídicamente, la posesión, el uso y, en general, el absoluto y total aprovechamiento económico de dichas áreas.
 - ii. Por otro lado, el término también comprende los aspectos físicos. Lo que implica que las áreas deben ser entregadas efectivamente desocupadas y listas para que el Concesionario pueda asumir la inmediata posesión física de las mismas.
 - iii. Solo cuando se han cumplido las condiciones antes indicadas (aspectos jurídicos y legales), iniciará el cómputo del plazo previsto en la cláusula 5.6.2.1, esto quiere decir que a partir de dicho momento estarán vigentes las obligaciones de LAP para realizar la ampliación del AIJCH.

1.1 OSITRAN mediante su Consejo Directivo emitió su pronunciamiento sobre la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión mediante Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN⁵ (en adelante, la “Resolución N° 050-2005”). En dicha resolución, se plantearon las siguientes consideraciones:

- a. Los términos no definidos en el Contrato tendrán el significado que se les asigne en las normas legales aplicables, conforme a la Cláusula Primera del Contrato de Concesión.
- b. Existe una diferencia jurídica entre lo que es el término “Aeropuerto” (en adelante, el Aeropuerto para hacer referencia a esta definición) y “Bienes de la Concesión”, indicando que los Bienes de la Concesión incluyen todos los bienes cuyo aprovechamiento económico es el que efectivamente se ha entregado en concesión a LAP. Además, precisan que las áreas propuestas

⁵ Emitida por el Consejo Directivo de OSITRAN, el 22 de agosto de 2005.

para la ampliación del Aeropuerto (en adelante, las Áreas) tienen la calidad de Bienes de la Concesión conforme al numeral 1.8 del Contrato de Concesión.

- c. El cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión se da con el aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión, lo cual se garantiza con el otorgamiento de la posesión de los Bienes de la Concesión.
- d. Dado que el Contrato no contempla una definición de “saneamiento” se debe aplicar de manera supletoria el Código Civil, ya que esta norma está incluida en la definición contractual de Leyes Aplicables. Ergo, la obligación de saneamiento implica que los terrenos deben ser entregados a LAP para la finalidad por la cual fueron transferidas, conforme al artículo 1485° del Código Civil.
- e. Conforme a los considerandos antes indicados, OSITRAN estableció que el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión debía ser interpretado de la siguiente forma:
 - i. La Áreas que sean transferidas a LAP deben garantizar la posesión, el uso, disfrute y aprovechamiento económico para realizar las obras de ampliación del AIJCH.
 - ii. Las Áreas deben ser entregadas, en principio, en conjunto y en una sola oportunidad. Pero, considera que conforme a la cláusula 5.23⁶ del Contrato de Concesión, es posible que el Estado realice entregas parciales, siempre y cuando sean necesarias para la ampliación del Aeropuerto.
 - iii. Las Áreas deben ser entregadas libres de cualquier gravamen; es decir, libre de cualquier derecho de garantía, hipoteca, prenda, usufructo, carga u otra afectación o limitación de dominio de cualquier tipo, ya sea voluntaria o involuntaria (incluyendo cualquier venta con reserva de propiedad u otro convenio similar de retención o reserva de dominio o propiedad y cualquier arrendamiento financiero), y cualquier otro contrato que otorgue un derecho real de garantía. Esto conforme a los conceptos plasmados en el Contrato de Concesión.
 - iv. Las Áreas deben ser entregadas desocupadas y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y las obligaciones de LAP.

3. **Solicitud de interpretación complementaria del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.**

El 26 de junio de 2009, LAP presentó ante el OSITRAN una nueva solicitud de interpretación complementaria del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión a fin de complementar lo establecido en la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN.

⁶ “De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada en conjunto, en una sola oportunidad, salvo pacto en contrario de las Partes, al Concesionario por el Concedente dentro del plazo de ocho (08) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área, descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula, salvo que el Concedente acredite técnicamente y con la conformidad de OSITRAN que los terrenos entregados permiten el desarrollo del Plan Maestro del Concesionario en todos sus alcances.” (Contrato de Concesión, Cláusula 5.23)

De este modo, LAP requirió que el Consejo Directivo de OSITRAN confirme que la obligación de saneamiento de las Áreas incluye las siguientes obligaciones:

- ✓ Que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones realice a su costo, cargo y responsabilidad el “saneamiento ambiental” de las Áreas; para lo cual debe realizar los trabajos de limpieza y/o remediación de los daños ambientales que existan.
- ✓ Que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones asuma los costos de remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados terrenos.

La solicitud de interpretación complementaria por parte de LAP busca argumentar los dos puntos anteriores con los siguientes planteamientos:

- a. Criterio de asignación de riesgos: Señalan que la regla general para la asignación de riesgos en estos contratos establece que el riesgo debe ser asumido por la parte que estaba o podía estar en mejor posición de controlar el mismo⁷.

En ese sentido LAP considera que no se establece una regulación específica para los daños ambientales que se hayan generado en las Áreas antes de que las Áreas le sean entregadas. Por lo que dicha obligación no debe ser asumida por ellos, ya que las responsabilidades y obligaciones deben encontrarse determinadas de forma específica en el Contrato de Concesión.

Asimismo, aplicando la teoría antes mencionada, antes de la entrega de los terrenos, el Estado Peruano se encuentra en mejor posición de asumir el control del riesgo de los daños ambientales que se hayan generado. Por el contrario, los daños que se generen luego de que LAP asuma la posesión de las Áreas serán asumidos por el mismo, ya que estará en mejores condiciones de asumir ese riesgo.

Conforme a la postura de LAP, el razonamiento antes mencionado, también se encuentra sustentado en que la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión efectúa la misma distribución de riesgos para el caso de los daños ambientales que existían en las Áreas de la Concesión que fueron entregadas en la Fecha de Cierre. En efecto, dicha cláusula establece que el Concedente se hace responsable de los daños ambientales cuyo origen se haya producido antes de la referida Fecha de Cierre, mientras que el Concesionario lo haría en los casos que dichos daños se originen de forma posterior a la Fecha de Cierre.

- b. Por otro lado, con relación a las edificaciones, LAP indicó que también se debe aplicar la teoría de asignación de riesgos sustentada para el caso de los daños ambientales. Por lo que precisó que la remoción y/o demolición de las edificaciones constituye una condición necesaria para que el Concesionario pueda iniciar las obras de ampliación del AIJCH.
- c. En tanto, LAP sostiene que los daños ambientales y las edificaciones constituyen un obstáculo para poder utilizar las Áreas para la ampliación del AIJCH, por lo que ambos conceptos deben incluirse en la obligación de saneamiento regulada en el Numeral 2 del Anexo 11, ya que en la Resolución N° 050-2005, se estableció (según LAP) que el Estado debe eliminar o remediar

⁷ Cheapest cost avoider

cualquier tipo de obstáculo físico o jurídico que impida al Concesionario utilizar las Áreas para la ampliación del Aeropuerto.

4. **Informe N° 457-2009-MTC/25 RCL emitido por la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.**

El 03 agosto de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió el Oficio N° 977-2009-MTC/25 destinado a OSITRAN para expresar su opinión técnica sobre la solicitud de interpretación complementaria del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión presentada por el Concesionario el 26 de junio de 2009.

De este modo, como documento adjunto al Oficio antes indicado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó el Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL, el cual establece lo siguiente:

- a. Sobre la asignación de riesgos en el Contrato de Concesión.
 - i. Consideran que la distribución de riesgos es un elemento significativo en un esquema de promoción de la inversión privada, ya que garantiza la bancabilidad⁸ (financieramente viable) de un proyecto. Por ello, los contratos de concesión recurren a la figura del equilibrio económico financiero, porque mediante la misma se permite efectuar una adecuada distribución de riesgos a fin de lograr una adecuada equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes.

Pues la distribución de riesgos debe permitir una gestión eficiente de los costos garantizando un adecuado desarrollo del proyecto Concesionado.
 - ii. El propio Contrato de Concesión ha establecido una distribución de riesgos determinando cuáles son los riesgos que asumen cada una de las partes; es por ello que no resulta necesario recurrir a otras teorías.
- b. Sobre la obligación de entregar los terrenos “Debidamente Saneados” contenida en el Numeral 2 del Anexo 11.
 - i. Al respecto indican que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe entregar las Áreas al Concesionario, debidamente saneadas física y legalmente, lo que comprende:
 - o Que el derecho de propiedad de las Áreas se encuentre inscrito en Registros Públicos a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
 - o Que las Áreas estén libres de todo gravamen conforme la definición de la Cláusula 1.23 del Contrato de Concesión.

⁸ Labancabilidad de un proyecto consiste, básicamente, en la capacidad de éste de obtener financiamiento para su ejecución en el mercado financiero nacional o internacional. Esta capacidad está directamente asociada a la capacidad del proyecto de generar flujos futuros para repagar las deudas asumidas con los inversionistas que "prestan" recursos al proyecto. (Núñez, 2008, p. 266)

- o Que las Áreas sean entregadas libres de todo tipo de poseionarios, por lo que deben estar efectivamente desocupadas.
- c. Sobre la Demolición de Edificaciones solicitada por LAP.
- i. Establecen que no se puede entender o inferir que las Áreas deben ser entregadas al Concesionario sin ninguna edificación o infraestructura, conforme a lo indicado por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el Informe N° 039-2009-MTC/10.5, lo establecido en el Contrato de Concesión y la Resolución N° 050-2005.
 - ii. Indican que no existe legislación que establezca que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones deba realizar alguna inversión para remover las edificaciones que puedan existir en las Áreas; ya que sólo le corresponde realizar las gestiones de expropiación que resulten necesarias con el fin de transferir las Áreas a LAP para que pueda ejecutar la ampliación del AIJCH.
 - iii. La asignación de riesgos de los trabajos de demolición de las edificaciones se encuentra establecida en el Contrato de Concesión y las Bases del Concurso, dado que, en su propuesta técnica, LAP indicó que debía realizar acciones preparatorias como remover o eliminar los obstáculos que puedan evitar el inicio de la ampliación del AIJCH.

En tal sentido, se puede señalar que LAP debió tomar en cuenta como parte de dichas acciones preparatorias la demolición de las edificaciones que puedan impedir la ejecución de las obras de ampliación.

d. Sobre los daños Ambientales de las Áreas

De acuerdo a lo señalado por la Dirección de Asuntos Socio Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el Informe N° 010-2009-MTC/16.LGC e Informe N° 019-2009-MTC/16.LGC, se establece que la Cláusula 18.1 del Contrato de Concesión es la cláusula aplicable para la entrega de nuevas áreas que servirán para la construcción de la segunda pista de aterrizaje.

En ese sentido, indican que la cláusula 18. 1 del Contrato de Concesión contiene obligaciones ambientales que pueden surgir en el desarrollo de la Concesión por lo que ya estaría establecida la asignación de riesgos en cuanto a esto. A continuación, lo establecido por la citada cláusula:

“18.1. Auditoría Ambiental y Estudio del Impacto Ambiental:

En un plazo de doce (12) meses contados a partir de la Fecha de Cierre, el Concesionario conviene en realizar, a su propio costo, una auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental, efectuados por una firma de consultores independientes de reconocido prestigio internacional y experiencia pertinente, seleccionada y contratada por el Concesionario de una lista, de cuando menos tres (3) firmas, proporcionada por OSITRAN a dicho efecto. Dicha auditoría y estudio de impacto ambiental deberá incluir al Aeropuerto en su integridad y a los efectos de todas las operaciones realizadas en el mismo, incluyendo, sin limitarse, a los tanques y ductos de combustible, y los efectos contaminantes del ruido, humos, gasolina, aceites y otros hidrocarburos. El estudio de impacto ambiental deberá indicar un plazo máximo recomendable para el inicio de las actividades de limpieza y mitigación a cargo de cada una de las Partes, así como el costo estimado de las mismas.

En la medida en que dichos estudios recomienden que se lleven a cabo actividades de limpieza y mantenimiento en el Aeropuerto, éstas se realizarán bajo la responsabilidad de:

18.1.1 El Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera de la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre; en este caso, el Concedente deberá contar con el apoyo que pueda requerir razonablemente y con los derechos de acceso que fueren necesarios, tratando el Concedente de no interrumpir las operaciones normales del Aeropuerto, en la medida de lo posible; o

18.1.2 El Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido desde la Fecha de Cierre.

En la medida en la que se presentare cualquier reclamación de terceros en contra del Concesionario con respecto a cualquiera de los asuntos que el Concedente está obligado a subsanar, con sujeción a la Cláusula 18.1.1, el Concedente conviene en asumir la responsabilidad derivada de ello e indemnizar al Concesionario por tal reclamación, o por cualquier daño o perjuicio incurrido por el Concesionario o sus representantes que se derive de dicha reclamación, siempre y cuando el Concesionario haya interpuesto, o permitido al Concedente interponer todas las acciones, recursos y excepciones necesarias o convenientes para eliminar, limitar o reducir al máximo posible el pago o sanción respectivo.

(...)

Exceptuando las estipulaciones de la Cláusula 18.1.1, o en caso el Concesionario no cumpliera con realizar la auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental en el plazo que se señala en la presente cláusula, el Concesionario se responsabilizará e indemnizará al Concedente, y a cualquier Autoridad Gubernamental, sus respectivos funcionarios, empleados, agentes y contratistas contra cualquier, pérdida, obligación, daño y gasto emergente relacionado con cualquier tipo de contaminación u otros daños ambientales relacionados con el Aeropuerto. Con sujeción a la Cláusula 18.1.2, el Concesionario se asegurará de cumplir, a su propio costo, todo aspecto relacionado con las previsiones y requisitos del estudio de impacto ambiental respecto a la operación, administración y mantenimiento del Aeropuerto.

Si una de las Partes no ejecuta las actividades de limpieza y mantenimiento a su cargo, en la oportunidad que establece el cronograma presentado, deberá indemnizar a la otra Parte por los daños originados por dicho retraso, sin perjuicio de la aplicación de sanciones a que hubiere lugar.”

- i. Si bien la definición de “Aeropuerto”⁹ establece que este se encontrará conformado por los terrenos destinados a la ampliación del AIJCH, los mismos recién formarán parte del AIJCH al momento de que el Concedente culmine la expropiación o el procedimiento de adquisición de los mismos.
- ii. Ahora bien, dado que la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión sólo hace referencia a los terrenos del Aeropuerto que fueron entregados a LAP a la Fecha de Cierre, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones consideró que para poder aplicar la asignación de riesgos a la entrega de las Áreas, contenida en dicha cláusula, debía considerarse una fecha determinada que sea parecida a la Fecha de Cierre.

En tal sentido, planteó que la fecha de toma de posesión de las Áreas por parte del LAP sería la fecha que podría producir los mismos efectos que la Fecha de Cierre, siendo esta una fecha en la cual el MTC haya adquirido la propiedad de las Áreas y, con ello, LAP se encuentre en condiciones de adquirir la posesión.

- iii. Consideran que la aplicación de la Cláusula 18.1 al caso de la entrega de las Áreas debe ser el siguiente:

⁹ Establecida en la cláusula 1.2 del Contrato de Concesión.

- LAP deberá contar con un plazo de 12 meses contados desde la fecha de toma de posesión de las Áreas para elaborar la Auditoria Ambiental y el Estudio de Impacto Ambiental que le corresponde.
- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones asumirá la responsabilidad de los daños ambientales cuyo origen sea previo a la Fecha de Cierre.
- LAP asumirá la responsabilidad de los daños ambientales cuyo origen sea generado desde la Fecha de Cierre.

De esta forma, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones determinó que la Toma de Posesión únicamente iba a determinar la oportunidad en la que debía ser efectuado los estudios ambientales; pero en lo que respecta a la asignación de responsabilidad de los mismos se debería mantener como referente la Fecha de Cierre.

- iv. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó al OSITRAN la interpretación de la cláusula 18.1 para que se determinen las obligaciones ambientales que se generan con la entrega de las Áreas.

5. **Informe Oral**

El 12 de agosto de 2009, se realizó ante el Consejo Directivo de OSITRAN un Informe Oral, en el cual tanto el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Lima Airport Partners expusieron sus argumentos en base a lo argumentado en el Informe N° 457-2009-MTC/25 y la solicitud de interpretación complementaria del 26 de junio de 2009, respectivamente.

6. **Carta LAP-GCCO-C-2009-00132 del 03 de septiembre de 2009**

El 03 de septiembre de 2009, LAP presentó una carta mediante la cual brindó argumentos adicionales en respuesta al Informe N° 457-2009-MTC/25 RCL del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Al respecto, LAP señaló lo siguiente:

- a. Lo establecido por OSITRAN en la Resolución N° 050-2005 tiene por finalidad dictar los criterios interpretativos que deben orientar la evaluación de la obligación contenida en el Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión. En ningún caso se puede entender que lo dispuesto en la resolución antes mencionada abarque todos los supuestos que involucran el saneamiento de las Áreas.

En tal sentido, no se puede señalar que debido a que la Resolución en mención no se pronunció respecto de que el levantamiento de los daños ambientales y la demolición de las construcciones formaban parte de la obligación de saneamiento a cargo del Concedente, dichas condiciones no deben ser cumplidas al momento de entregar dichas Áreas al Concedente.

- b. El hecho de que LAP haya solicitado una interpretación del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión en el año 2005, no obsta a que el Concesionario tenga derecho a pedir una aclaración de la interpretación efectuada por OSITRAN como consecuencia de la solicitud presentada en dicho año.

- c. La existencia de un vacío legal o contractual respecto de la obligación del Estado de efectuar la demolición de las construcciones existentes en las Áreas no es suficiente sustento para que se le atribuya dicha obligación al Concesionario; todo lo contrario, dicho vacío motiva a recurrir a una interpretación que subsane la falta de regulación del Contrato de Concesión.
- d. El Contrato de Concesión en ninguna cláusula o Anexo establece que el Concesionario tiene la obligación de realizar acciones de demolición de las obras existentes en las Áreas como partes de las actividades preparatorias que debe efectuar para llevar a cabo la construcción.
- e. No es jurídicamente posible hacer una aplicación analógica de lo establecido en la Cláusula 18.1 del Contrato de Concesión al supuesto de la entrega de las Áreas en los términos sugeridos por el Concedente, debido a que dicha cláusula regula un supuesto especial y excepcional.

Asimismo, se señala que pretender que LAP asuma la responsabilidad de las labores de mitigación de los daños ambientales generados en las Áreas antes de que las mismas les sean entregadas constituye una contravención a la asignación de riesgos que se halla reconocida en la propia cláusula 18.1.

- f. El Concesionario precisó que sólo debería de asumir la responsabilidad y los deberes de diligencia respecto a las afectaciones producidas en el Área a partir del momento en que reciba las mismas en la oportunidad y condiciones establecidas en el Contrato de Concesión.

7. Informe N° 515 -2009-MTC/25 RCL

Con fecha 07 de septiembre de 2009, el Concedente emitió el Oficio N° 1158-2009-MTC/25 dirigido al OSITRAN a fin de proporcionar información adicional a los argumentos presentados en el Informe N° 457-2009-MTC/25 RCL.

Es así que, como documento adjunto al Oficio antes mencionado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó el Informe N° 515 -2009-MTC/25 RCL (10), el cual establece lo siguiente:

- a. Que la teoría de asignación de riesgo no es aplicable porque el Contrato de Concesión regula de manera expresa las obligaciones que debe asumir cada parte. Por lo que en base a dicha distribución se debe llevar a cabo la ejecución de la Concesión.
- b. Conforme a la cláusula 22.1 del Contrato de Concesión se regula el esquema general de riesgos de la Concesión. La citada cláusula establece lo siguiente:

“Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente o para cualquiera de sus organismos, el Concesionario asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier Contrato de Operación, la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general, la realización de las Mejoras (...)”

De este modo, siendo la ampliación del AIJCH una Mejora Obligatoria y conforme a lo establecido en la cláusula 22.1, se advierte que LAP deberá asumir el riesgo de todas las prestaciones accesorias que resulten necesarias para efectuar la ampliación del AIJCH, como es el caso de la demolición de las edificaciones que existen en las Áreas.

- c. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones señaló que la obligación de saneamiento contenida en el Numeral 2 del Anexo 11 debería ser entendida como saneamiento físico - legal, es decir, las Áreas deben ser entregadas libres de gravámenes y sin la presencia de poseionarios; asimismo, es necesario que plasmen registralmente lo que existe en la realidad.

Por lo tanto, a partir de la interpretación realizada por OSITRAN no se puede desprender que la demolición de las edificaciones forme parte de la obligación de saneamiento.

8. Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN

El 23 de setiembre de 2009, el Consejo Directivo emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN (en adelante, la "Resolución N°034-2009"), la misma que se realizó en base a lo expuesto en el Informe N° 019-09 GS-GAL-OSITRAN de fecha 16 de setiembre de 2009.

Mediante esta Resolución N°034-2009, se declaró IMPROCEDENTE la Segunda Solicitud de Interpretación, en atención a los siguientes argumentos:

- a. Sobre la interpretación de la cláusula 18 del Contrato de Concesión
 - i. Por medio de la Resolución N° 050-2005, OSITRAN emitió pronunciamiento respecto de la obligación contractual que corresponde al saneamiento de la Áreas, es decir las acciones que debe efectuar el Concedente antes de la entrega de las mismas al Concesionario. En tal sentido, no corresponde que OSITRAN se pronuncie respecto de la interpretación complementaria vinculada a las obligaciones ambientales que correspondan al Concedente y al Concesionario de forma posterior a la entrega de las Áreas.
 - ii. Además, indicaron que al no existir ningún requerimiento de interpretación que involucre la evaluación de la Cláusula 18 del Contrato de Concesión, entonces no corresponde evaluar los alcances y sentido de esta cláusula.
- b. Sobre los riesgos asumidos en el Contrato de Concesión y las Bases.
 - i. Advierten que el riesgo que no haya sido establecido a favor del Concedente y el Concesionario, tanto en las Bases y como en el Contrato de Concesión, debe ser asumido por el Concesionario.
 - ii. La construcción de la segunda pista de aterrizaje constituye una de las Mejoras Obligatorias que LAP debe efectuar, en base a lo establecido en la cláusula 5.6.2.1.

En consecuencia, LAP debe asumir los gastos y los riesgos que se generen como consecuencia de la ejecución de las Mejoras, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 22.1 del Contrato de Concesión.

Por lo que, los riesgos vinculados con el saneamiento ambiental, así como los referidos a la demolición y eliminación de cualquier edificación de los terrenos que se encuentren en las Áreas, los debe asumir LAP debido a que forman parte de las Mejoras que debe realizar conforme al Contrato de Concesión.

- iii. OSITRAN ya se pronunció respecto de los alcances del numeral 2 del Anexo 11, estableciendo que las Áreas deben entregarse efectivamente desocupadas y sin poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP.

En tanto, en base a dicha interpretación no se desprende que las actividades de saneamiento involucren los riesgos de los daños ambientales y la demolición de las edificaciones que se puedan encontrar en las Áreas. Por ello, la finalidad de la citada cláusula es garantizar que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones entregue a LAP las Áreas en las condiciones necesarias, para que este último pueda llevar a cabo la explotación de las mismas.

- iv. El Contrato de Concesión si cuenta con las cláusulas contractuales que permiten determinar quién debe asumir los riesgos de la ampliación del AIJCH.
 - v. En concordancia a lo establecido en las Bases, cuando LAP era Postor de la licitación (ahora Concesionario) debía definir los costos que eran necesarios para la construcción de la segunda pista de aterrizaje en su Propuesta Técnica. En concordancia con ello, y considerando que el Concesionario tenía conocimiento de la situación de las Áreas, este debió contemplar los costos que le generarían realizar la demolición de las edificaciones, ya que dicha actividad forma parte de los trabajos preliminares que deben efectuarse para poder iniciar las obras de ampliación del AIJCH.
- c. Sobre la Resolución N° 050-2005.
- i. OSITRAN señaló que el argumento expuesto por LAP sobre que lo dispuesto en la Resolución N° 050-2005 constituye criterios interpretativos, que deben orientar la evaluación de otros supuestos que no hubiera sido establecido de forma expresa como parte de las obligaciones que integran el concepto de saneamiento de las Áreas, carece de sentido. Ante ello, se precisó que lo dispuesto en la resolución antes mencionada no constituye criterios interpretativos; por el contrario, solo define los alcances y el sentido real de lo dispuesto en el Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión para que puedan ser válidamente aplicados durante la vigencia de la Concesión.
 - ii. Por otra parte, OSITRAN señaló que ni el Concedente ni el Concesionario cuestionaron lo dispuesto en la Resolución N° 050-2005; razón por la cual se entiende que la misma quedó consentida por ambas partes. En tal sentido, al ser un acto firme no cabe ningún cuestionamiento a los alcances de la misma.

9. Recurso de Reconsideración presentado por el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN

El 19 de octubre de 2009, LAP interpuso Recurso de Reconsideración¹⁰ contra la Resolución N° 034-2009 para que se REVOQUE el extremo que declara improcedente la solicitud de interpretación completaría del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.

De este modo, el LAP expuso ampliamente sus argumentos que se resumen a continuación:

¹⁰ Conforme a los artículos 206 y 208 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, la “LPAG”)

- a. Que aún cuando la interpretación de la cláusula 18 del Contrato de Concesión no haya sido solicitada de manera expresa, esto no es un argumento suficiente para que OSITRAN no cumpla con atender el pedido de interpretación complementaria formulado por LAP.

Al respecto, LAP señaló que dentro del pedido de interpretación complementaria no se solicitó la interpretación de la cláusula 18, sino que dicho pedido fue planteado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; quien hizo una interpretación de dicha cláusula para aplicarla de forma análoga al supuesto fáctico de la entrega de las Áreas. De esta manera, OSITRAN debió pronunciarse, en estricto, respecto la solicitud planteada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a efectos de evaluar la obligación de saneamiento con relación a los daños ambientales y la demolición de las edificaciones.

Asimismo, se precisó que la labor de interpretación se encuentra orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas de los Contratos de Concesión a efectos de permitir que sus disposiciones resulten claras para su aplicación en los casos concretos. En concordancia con lo indicado, OSITRAN al interpretar debe tomar en cuenta el texto íntegro del Contrato de Concesión; por ello, si consideraba necesario, debió atender la solicitud de LAP utilizando lo dispuesto en el artículo 18 como parte de su análisis de interpretación.

- b. Los actos administrativos deben comprender todas las cuestiones de hechos y derecho planteadas por los administrados; del mismo modo, la Administración Pública puede involucrar, de oficio, otros aspectos que no hayan sido propuestas a pedido de parte. (Ley N° 27444, art. 5, num. 4).

En tal sentido, OSITRAN debió de pronunciarse respecto de los alcances de la cláusula 18, y declarar la invalidez de la aplicación analógica de dicha cláusula (conforme a la propuesta del Concedente), sobre el supuesto de la entrega de las Áreas; toda vez que mediante la interpretación no se pueden crear obligaciones que no se encuentren comprendidas en el Contrato de Concesión.

- c. La solicitud presentada por LAP constituye una petición de aclaración respecto de la inclusión de daños ambientales y demolición de edificaciones como parte de la obligación de debido saneamiento contemplada en el Numeral 2 del Anexo 11; esto no supone un desconocimiento o una variación de lo dispuesto por OSITRAN en la Resolución N° 050-2005.
- d. LAP señala que la Resolución N° 034-2009 carece de motivación, dado que ni el Contrato de Concesión ni las Bases del Concurso establecen que el Concesionario tenga que asumir los costos de la demolición de las edificaciones que se encuentren en las Áreas.
- e. Precisa que, al presentar su propuesta técnica, en ningún momento se advirtió que era necesario asumir los costos de la demolición de las infraestructuras que podrían encontrarse en las Áreas, en atención a que el Contrato de Concesión y las Bases siempre hicieron alusión a “entrega de terrenos” sin precisar que los mismos incluirían algún tipo de edificación pasible de demolición. En la misma línea, dichos documentos tampoco establecieron que, como parte de la ampliación del Aeropuerto, el Concesionario debía ejecutar trabajos de demolición.

10. **Oficio N° 1429 -2009-MTC/25 emitido por el Concedente en relación al Recurso de Apelación presentado por el Concesionario.**

El 03 de noviembre de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó sus descargos¹¹ respecto del Recurso de Apelación presentado por el Concesionario, estos argumentaban lo siguiente:

- a. No resulta posible que OSITRAN se vuelva a pronunciar respecto de los alcances de la obligación contenida en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, porque ya fue interpretada mediante Resolución N° 050-2005.
- b. LAP es quién debe asumir los costos y los riesgos de la demolición de las edificaciones que se encuentren en las Áreas, conforme al Contrato de Concesión.
- c. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones reiteró su solicitud de interpretación de la cláusula 18.1 en los términos planteados en el Informe N° 457-2009-MTC/25.

11. **Resolución de Consejo Directivo N° 042-2009-CD-OSITRAN**

El 24 de noviembre de 2009, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2009-CD-OSITRAN¹² (en adelante, la "Resolución N° 042-2009")

En dicha Resolución N° 042-2009, se declaró INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por LAP, en atención a los siguientes argumentos:

- a. La Resolución N° 050-2005 es un acto firme respecto del cual no cabe aclaración alguna
 - i. A la fecha, no existe ninguna controversia respecto de los alcances del Numeral 2 del Anexo 11; ya que con la emisión de la Resolución N° 050-2005, la obligación contenida en dicho numeral quedó clara y precisa para las Partes para ser plenamente aplicada.

Por ello, OSITRAN reitera que al momento de la emisión de la Resolución N° 050-2005, ni el Concedente ni el Concesionario cuestionaron las disposiciones contenidas en la misma, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 212¹³ de la LPAG la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 constituye un acto firme.

- ii. La Segunda Solicitud de Interpretación presentada por la LAP pretende variar los alcances de la Resolución N° 050-2005 dado que quiere incorporar dos nuevos conceptos que no fueron materia de pronunciamiento por parte de OSITRAN en dicha resolución.

Es así como se determinó que la interpretación complementaria o aclaración del numeral 2 del Anexo 11 resulta improcedente, dado que no cabe aclarar un acto administrativo que ha quedado firme, más aún si lo que se pretende es alterar el sentido del mismo.

¹¹ Mediante el Oficio N° 1429 -2009-MTC/25

¹² Conforme a lo expuesto en su Informe N° 028 -09-GS-GAL-OSITRAN de fecha 19 de noviembre de 2009

¹³ Artículo 212.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

- iii. En tal sentido, la Segunda Solicitud de Interpretación resulta improcedente, toda vez que no cabe aclarar una Resolución que constituye un acto firme, más aún si la intención del Concesionario es modificar lo resuelto por OSITRAN en la Resolución N° 050-2005.
- b. Con relación al saneamiento ambiental
 - (i) Al respecto, se estableció que el saneamiento ambiental no constituye requisito alguno para que el Concedente haga entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto, de acuerdo con la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.
 - (ii) No corresponde evaluar quien es responsable de la ejecución y asunción de los costos por saneamiento ambiental una vez que los terrenos son entregados al Concedente, dado que el supuesto contemplado en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión tiene por finalidad las acciones que deben efectuarse antes de que se lleve a cabo dicha entrega.
- c. Con relación a la demolición de edificaciones
 - (i) Al igual que en el caso del saneamiento ambiental, se estableció que la demolición de edificaciones no constituye requisito alguno para que el Concedente haga entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto, de acuerdo con la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.
 - (ii) Asimismo, se reiteró el argumento que, de acuerdo con lo establecido en las Bases, el Postor, y actual Concesionario debía definir los costos que eran necesarios para la construcción de la segunda pista de aterrizaje dentro de su Propuesta Técnica. En tal sentido, y tomando en cuenta que el Concesionario conocía la situación de las Áreas, debió contemplar los costos que le generarían efectuar la demolición de las edificaciones en tanto dicha actividad forma parte de los trabajos preliminares que deben efectuarse a fin de poder iniciar las obras de ampliación del Aeropuerto.
 - (iii) Asimismo, OSITRAN señaló que LAP debió realizar un Due Diligence sobre las Áreas a efectos de determinar los costos de limpieza de terreno, eliminación de obstrucciones, remociones, demoliciones, entre otros que resulten necesarios para llevar a cabo la ampliación del Aeropuerto.

A continuación, se presenta una línea de tiempo que resume únicamente los principales acontecimientos¹⁴:

¹⁴ Sin perjuicio de ello, recomiendo ver el [Anexo 1](#) en la pagina 42 del presente Informe para revisar en detalle los hechos del caso.



IV. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Dado que ya hemos hechos un recuento de los hechos del caso, se procederá a listar los problemas jurídicos que he identificado en el Expediente:

- A. Determinar si es pertinente la Función interpretativa de los Contratos de Concesión por parte de OSITRAN.
- B. Determinar si las interpretaciones efectuadas por OSITRAN en las Resoluciones N° 050-2005-CD-OSITRAN y la Resolución N° 034-2005-CD-OSITRAN son correctas.

C. Determinar si la obligación de saneamiento contenida en el numeral 2 del Anexo 11 es completa.

- a. Determinar si el saneamiento incluye el “saneamiento ambiental” propuesto por LAP.
 - (i) Determinar si OSITRAN debió interpretar la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión.
- b. Determinar si el saneamiento incluye la demolición de las edificaciones existentes.

V. ANÁLISIS LEGAL DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A. OSITRAN Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.

- (I) La creación de los Organismos reguladores se dio como parte del proceso de apertura al mercado, promoción e la inversión privada y las reformas económicas iniciados en la década de los 90’s, las cuales incluyeron privatizaciones de empresas del Estado, y concesiones de actividades y servicios públicos. En ese sentido, era se debían crear Organismo reguladores que hagan cumplir los contratos y el marco regulatorio de manera técnica y no política¹⁵

En ese sentido, conforme a la teoría del Derecho Administrativo Económico, ahora nos encontramos frente a un Estado que ha cambiado sus funciones públicas de prestador, para ser un regulador y ordenador frente a las fallas del mercado.

- (II) Bajo esta lógica, OSITRAN tiene la facultad de “interpretar los títulos contractuales”¹⁶ de los Contratos que OSITRAN regula y supervisa bajo el ámbito de su competencia. Esto como parte de las Funciones específicas que le otorga la Ley N° 26917

En ese sentido, el artículo 29° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece lo siguiente:

“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.” (Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, modificado mediante Decreto Supremo N° 144-2013-PCM)

¹⁵ “El programa de privatización tuvo el acierto de trabajar de manera coordinada temas que resultaban vitales para el éxito de los procesos. Uno de los grandes temas en todo el proceso fue el de compra de credibilidad y de garantía de permanencia de las reglas de juego en el tiempo. En ese sentido, era necesario crear entidades que regularan las actividades que se prestarían de manera monopólica o con limitada concurrencia, pero que lo hicieran bajo principio técnicos y no políticos. Así, se crearon las entidades encargadas de supervisar el cumplimiento de las concesiones u otros contratos por parte de operadores del sector privado en los diferentes sectores y de velar por el cumplimiento del marco regulatorio integral del sector; siendo competentes para supervisar los aspectos tarifarios, de calidad, la protección de los consumidores y la fiscalización general del contrato. Estas entidades cuentan con autonomía política, administrativa, técnica y financiera y se encuentran fuera del ámbito del Sector en la que se enmarca la actividad.” (Franco et al., 1999)

¹⁶ De acuerdo a lo establecido en el literal e) del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo- Ley N° 26917

En esa misma línea, la facultad de interpretación de OSITRAN se regula con mayor detalle en el numeral 6.1 de los Lineamientos lo siguiente:

“6.1 OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explotan la infraestructura de transporte de uso público su ámbito de competencia (inciso e del Artículo 7.1 de la Ley N° 26971).

La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

Pueden solicitar la interpretación del contenido del Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.

Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. Para ello, la doctrina jurídica admite la utilización de diversos métodos. Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni emplear su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. El método histórico implica recurrir a contenidos de antecedentes del contrato de concesión o normas directamente vinculadas; detecta la intención del promotor de la inversión privada.

Finalmente, en el caso en que un determinado aspecto comprometido dentro del ámbito del contrato no hubiese sido definido por éste de aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. En este supuesto, si el marco regulatorio presentara un vacío normativo respecto del tema materia de análisis también es válido recurrir a la Analogía. La analogía significa completar o integrar un vacío normativo aplicando a un caso concreto no previsto, en este caso, por el Contrato de Concesión, ni por el marco regulatorio, normas similares y/o principios generales del Derecho. En tal sentido, el mecanismo de integración se podrá aplicar siempre que no hubiese previsión contractual, ni una norma aplicable supletoriamente; en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida no comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión.”

De lo expuesto se puede advertir que la competencia para interpretar un Contrato de Concesión constituye una atribución que le fue conferida a OSITRAN mediante un mandato legal. Sin embargo, la función interpretativa de los títulos contractuales no la asumen los demás Organismos reguladores. Esto último se puede verificar en el artículo escrito por Hebert Tassano para la Revista Circulo de Derecho Administrativo¹⁷ quien analiza y categoriza las diversas funciones que ejercen los Organismos Reguladores. En el caso específico de OSITRAN categoriza a la atribución para interpretar los títulos contractuales como parte de su Función Supervisora, siendo este el único regulador que tiene esta función a comparación de sus pares reguladores.

- (III) Ahora bien, al margen de que sea el único Organismo Regulador que posea esta atribución de interpretar los contratos; también debemos analizar la neutralidad y la independencia de los reguladores. Sobre el particular debemos recordar lo indicado por el doctor Alfredo Bullard al concluir que “solo cabe que los reguladores hagan un acto de contrición y se enrumben en la labor de recuperar la neutralidad perdida” (Bullard, 2015). Si bien esto corresponde a una conclusión cuando se estableció la participación de los reguladores para “coadyuvar” al Estado en los arbitrajes, no deja de ser aplicable para el supuesto bajo análisis, esto debido a que deben fiscalizar/supervisar un contrato y a la vez interpretar cual sería el cumplimiento que se debe realizar.

En ese sentido, dado que OSITRAN como regulador al estar encargado de salvaguardar el cumplimiento del Contrato, al otorgarle la capacidad de interpretar el Contrato podría actuar como “juez y parte”;

¹⁷ TASSANO, H Los Organismos reguladores de Servicios Públicos

debido a que deben fiscalizar/supervisar el contrato y a la vez interpretar el sentido del contrato supervisado, a pesar de que su mandato legal especifica que es un ente técnico independiente.

(IV) Asimismo, debemos tener en cuenta que OSITRAN por su naturaleza de Organismo regulador del Estado tiene que salvaguardar un interés público, el cual no necesariamente coincide con el interés privado de la empresa concesionaria quien debe velar por su capital y sus márgenes de renta conforme a su libre iniciativa privada. Esto también puede generar problemas de imparcialidad a OSITRAN al momento de interpretar los contratos que debe supervisar.

(V) Por otro lado, si consideramos importan la existencia de una entidad independiente e imparcial que interprete los Contratos de Concesión, caso contrario solo nos quedaría la modificación contractual. Sin embargo, existe una gran diferencia respecto a los efectos en ambos casos; ya que “la principal diferencia entre interpretación y modificación del contrato de concesión radica en que, para la primera, los efectos de la interpretación se retrotraen hasta el momento inicial de la suscripción de contrato, mientras que, para la modificación contractual, los efectos recién se constituyen a partir de la firma de la modificación contractual o adenda respectiva” (Vélez, 2020)

Esta diferencia no es menor ya que en este tipo de contratos de larga duración, la asunción de riesgos y costos suelen afectar de manera considerable a los Contratos.

(VI) Ahora que ya hemos clara la necesidad de una Entidad que interprete los Contratos de Concesión; sin embargo, en el esquema existente OSITRAN no tendría la neutralidad para realizar esta función conforme hemos indicado líneas arriba.

En ese orden de ideas, debemos analizar a los demás “stakeholders” en este tipo de contratos a fin de determinar si existe otra Entidad que pueda asumir esta función.

- Ministerio de Transportes y Comunicaciones: Al ser Concedente y contraparte directamente afectada por las interpretaciones que se generen sería el actor menos indicado, a pesar de su amplio conocimiento técnico.
- Ministerio de Economía y Finanzas: Al ser un ministerio directamente afectado en caso se generen costos al Estado derivados de una interpretación independiente y neutral, implica un conflicto de intereses.
Por otro lado, si bien la nueva Ley de Asociaciones Público Privadas¹⁸ le otorga la capacidad de interpretar el sentido de la norma antes indicada, esta es una facultad sobre el texto legal y no el contractual. Pese a ello considero que es discutible esta atribución de este Ministerio dado que sus funciones han sido desbordadas en los últimos años. Asimismo, recordemos que tenemos en una misma cartera al encargado de las “finanzas” y de la “economía”; por lo que tenemos bajo una misma persona al que debe “promover las inversiones” y al que debe “cuidar la caja del país”, que haciendo el símil en una empresa sería tener a un gerente a cargo del marketing y de las finanzas a la vez, lo cual es contraproducente.
- OSITRAN: Si bien se define como un ente técnico independiente encargado de velar por el cumplimiento adecuado de los Contratos de Concesión, asumir otras funciones como la interpretación de los contratos podrían generar un incentivo perverso que vaya en detrimento de su independencia y neutralidad.
- PROINVERSION: Si bien es cierto que PROINVERSION como tal no existía al momento de la suscripción del Contrato de Concesión. Esta entidad ha tenido transformaciones importantes a lo largo de los cambios normativos que ha tenido el Estado peruano para promover la inversión privada.

¹⁸ Decreto Legislativo N° 1362

- Considero que es un órgano independiente que no tiene intereses particulares que se puedan contraponer en la vigencia del contrato de Concesión, Asimismo, cuenta con el conocimiento técnico especializado en estructurar los contratos de concesión.

(VII) De este modo, si bien es cierto que en el caso concreto la atribución de interpretar se activó cuando LAP requirió que se determine los alcances y el real sentido de un numeral contenido en el Contrato de Concesión. Lo que podría interpretarse como una validación a esta atribución; sin embargo, es la única que posee esta facultad en el marco del contrato, por lo que considero que no existe imposibilidad de que otro órgano independiente y especializado realice esta función tan necesaria en estos Contratos.

(VIII) En ese sentido, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las inversiones y las reglas de juego sin interferencias políticas y/o subjetivas manteniendo las funciones de los Organismos reguladores alineadas a su objetivo; planteo que la función de interpretación de los Contratos sea trasladada a PROINVERSION¹⁹, ya que cuentan con capacidad técnica como estructuradores y formuladores especializados de los Contratos de Concesión y Asociaciones Público Privadas. Asimismo, PROINVERSION no contaría con posibles conflictos de interés a diferencia de los otros “stakeholders”.

B. DETERMINAR SI LAS INTERPRETACIONES EFECTUADAS POR OSITRAN EN LA RESOLUCIÓN N° 050-2005-CD-OSITRAN Y LA RESOLUCIÓN N° 034-2009-CD-OSITRAN SON CORRECTAS.

1. Conforme a la atribución legal de OSITRAN para interpretar los Contratos de Concesión conforme a Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN²⁰. En el año 2005 LAP interpuso una solicitud ante OSITRAN para interpretar el Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión; esta solicitud dio origen a tres resoluciones administrativas conforme he detallados en el recuento de hechos del presente Informe. Sin embargo, en esta parte solo nos centraremos en analizar las dos primeras: Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN y la Resolución N° 034-2009-CD-OSITRAN; a fin de determinar si tienen una argumentación legal coherente con el marco legal aplicable y el Contrato de Concesión.
2. Sin perjuicio de lo antes mencionado, antes de analizar las resoluciones del Consejo Directivo de OSITRAN, así como el contenido del Contrato de Concesión; considero adecuado abordar algunos conceptos relevantes para el caso bajo análisis. En ese sentido, primero analizaremos la naturaleza contractual del Contrato de Concesión para la ampliación del AIJCH. Sobre el particular, conforme al estudio sobre Asociaciones Público Privadas (en adelante “APP”) del Banco Interamericano de Desarrollo el Contrato de Concesión autofinanciado o autosostenible²¹ es una modalidad de APP.

¹⁹ PROINVERSION dado que la propuesta es actual.

²⁰ De fecha 17 de noviembre de 2004

²¹ La denominación “autofinanciada” o “autosostenible” varía conforme al marco legal y/o literatura.

3. Para mayor detalle, se ha graficado de color verde las modalidades de APP, las cuales varían por su naturaleza y por el nivel de intervención del Estado (mayor intervención a la izquierda y va decreciendo la intervención hacia la derecha). En cambio, la Obra Pública y las Privatizaciones no son APP, pero sí muestran los polos opuestos de intervención de recursos públicos para desarrollar infraestructura²².



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo, 2015. Elaboración propia.

En base a la clasificación antes indicada, el caso bajo análisis tiene su origen en Contrato de Asociación Público Privada bajo la modalidad de Concesión Autofinanciada o Autosostenible. En ese sentido, debemos tener en cuenta que “una asociación público-privada se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública”(Banco Mundial, 2017).

4. Asimismo, para que una APP funcione de manera adecuada se requiere una distribución de riesgos²³ entre el público y el privado que sea justa. Para ello, la metodología aplicada para la asignación de riesgos es la Matriz de riesgos; en la cual se asignan los riesgos entre los sectores público y privado, y también se establecen los mecanismos de mitigación de dichos riesgos.
5. Conforme a los estudios del Banco Mundial los riesgos más relevantes o claves que deben ser asignados y gestionados para asegurar el buen devenir de un proyecto de APP, y su financiamiento, son:
- **“Riesgo de construcción y terminación**
 - Riesgos operativos
 - Riesgo de demanda
 - Fuerza mayor y cambio en la ley

²² En una obra pública tradicional, la propiedad de los activos y la responsabilidad de su operación son del Estado. La participación del sector privado se limita a la función de contratista bajo los términos y responsabilidades establecidos en el correspondiente expediente técnico. Los riesgos del proyecto recaen sustancialmente en el sector público, incluyendo dos de los más significativos: el financiamiento y el diseño (del proyecto). En el otro extremo del espectro están las privatizaciones, mediante las cuales la propiedad de los activos se transfiere al sector privado, que pasa a ser el responsable también de su operación (y mantenimiento). En este caso la transferencia de riesgos a la empresa privada es total. El papel del sector público en la provisión del servicio es mínimo, y solo en ciertos casos se limita a regular su correcta provisión. (BENAVENTE . y SEGURA., 2017 p. 21)

²³ Entendidos como el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos deseados.

- Riesgo político y regulatorio y riesgo de expropiación y nacionalización
- **Riesgo ambiental**
- Riesgo social
- Riesgo de tenor y refinanciamiento
- Riesgo de cambio de divisas
- Riesgo de tasa de interés” (2017)

6. En el caso bajo análisis donde esta en controversia la entrega de los terrenos para la ampliación del AIJCH debidamente saneados, y la determinación del alcance de esta obligación con respecto al saneamiento ambiental y la demolición de edificaciones existentes. Los riesgos del proyecto que toman especial relevancia son el riesgo de construcción y terminación, y el riesgo ambiental.

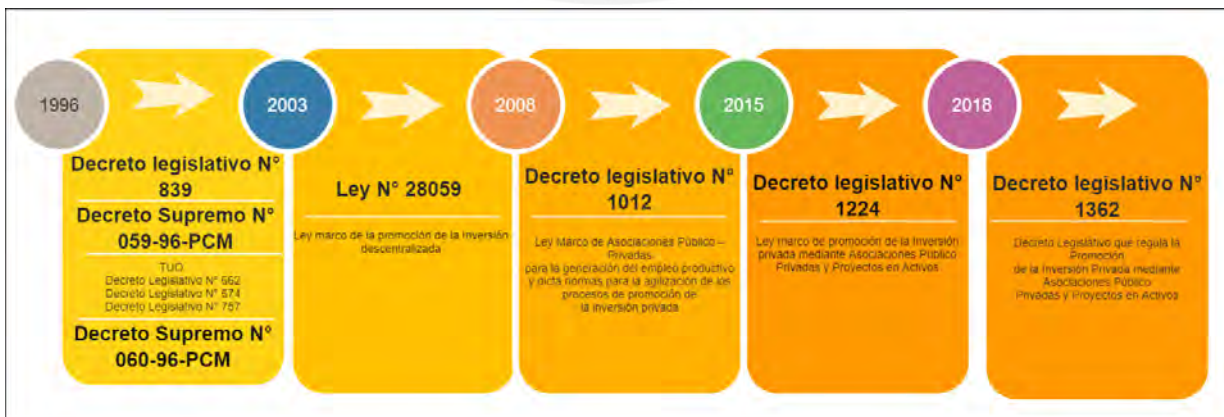
El riesgo construcción y terminación, incluye el riesgo de expropiaciones, así como la entrega de los predios (se entiende que esta entrega se realiza de los predios debidamente saneados). Este riesgo ha generado ingentes pérdidas al país, ya que por cada US\$ 15,000 millones en obras de APP detenidas por falta de entrega de predios, supone un incremento anual de los costos por US\$ 750 millones²⁴

7. Ahora bien, en los Contratos de APP la asignación de riesgos es una de las tareas más importantes de la estructuración del proyecto; por lo que debe realizarse de manera muy técnica, ya que los “riesgos deberán asignarse a la parte que mejor se encuentre en condiciones de gestionarlos de manera rentable (que no necesariamente será siempre el sector privado)”(BID, 2018, p.9).

Teniendo muy claro que en el presente caso nos encontramos en un contrato de Asociación Público Privada desarrollado mediante la modalidad de Contrato de concesión Autosostenible en el que los riesgos deben asignarse a la parte que este en mejor condición de asumirlos pasaremos a analizar el caso en concreto y las resoluciones del Consejo Directivo de OSITRAN, las cuales versan sobre el riesgo de expropiación y entrega de predios (debidamente saneados), el riesgo ambiental y el riesgo de edificaciones preexistentes.

8. Este análisis se hará tomando en cuenta la legislación vigente al momento de ocurrir los hechos bajo análisis legal la cual era el Decreto Supremo N° 060-96-PCM; sin embargo, dado que esta normativa ya ha sido derogada también analizaremos la normativa vigente a la fecha a fin de poder realizar algunos planteamientos y/o sugerencias de mejora al mecanismo de Asociaciones Público Privadas.

A continuación, la línea de tiempo de cambios normativos de legislación aplicable a la promoción de inversión privada:



Elaboración propia.

²⁴ PRIALE, G. En: <https://gestion.pe/opinion/expropiaciones-supertraba-82561-noticia/>

a. Respecto a la interpretación de la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN

Conforme hemos detallado en los hechos, esta resolución se emitió debido a la solicitud de LAP relativa a la interpretación del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión. Sobre el particular esta resolución realiza su análisis legal sobre los siguientes argumentos:

1. La interpretación del contrato tiene un orden de prelación (contrato y anexos, circulares, bases y anexos de las bases)
2. Diferencia las definiciones del contrato de “Aeropuerto”²⁵ y “Bienes de la Concesión”²⁶
3. Establece que se ha entregado en concesión los Bienes de la Concesión para su aprovechamiento económico.
4. Los terrenos para la ampliación del AIJCH deben entregarse en el plazo determinado, en conjunto, en una sola oportunidad y debidamente saneados.
5. El término Saneamiento tiene como alcance que la entrega sea en conjunto, en una sola oportunidad, libres de gravamen y debidamente desocupados, tal que permita una posesión pacífica.
6. La obligación de saneamiento debe entenderse conforme a 1484 y 1485²⁷ del Código Civil, por aplicación supletoria.

Sobre el **primer argumento** considero que es válido y adecuado establecer un orden de prelación para interpretar un contrato. En este tipo de contratos complejos a largo plazo, donde la documentación existente es bastante voluminosa, resulta imprescindible establecer un orden de prelación para interpretar los documentos del contrato.

Respecto al **segundo argumento**, referido a la diferencia nominal entre “Aeropuerto” y “Bienes de la Concesión” mediante el cual sustentan que los Bienes de la Concesión son parte integrante de lo que será el “Aeropuerto” considero que puede generar mayores confusiones.

²⁵ “1.2 "Aeropuerto" significará el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" ubicado en la Av. Elmer Faucett s/n, Provincia Constitucional del Callao - Perú conforme puede apreciarse en el Plano 1 del Anexo 20, cuyo perímetro se encuentra delineado en el Plano 2 del Anexo 20 del presente Contrato y las áreas, infraestructura, instalaciones y equipos que lo conforman se encuentran detallados en el Anexo 1 del presente Contrato. El Aeropuerto incluirá las áreas destinadas para su ampliación, descritas en el Anexo 11 del presente Contrato, cuando culmine la adquisición de éstas por el Concedente. Los bienes del Aeropuerto que serán entregados en Concesión se encuentran detallados en el Anexo 2 del presente Contrato.”

²⁶ 1.8. "Bienes de la Concesión" significarán los bienes, inicialmente identificados en el Anexo 2 del presente Contrato, las áreas descritas en el Anexo 11 del presente Contrato destinadas a la ampliación del Aeropuerto, cuyo Aprovechamiento Económico es entregado al Concesionario, así como Las Mejoras que se efectúen durante la Vigencia de la Concesión

²⁷ Código Civil

Artículo 1484.- Aplicación de saneamiento

Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

Artículo 1485.- Saneamiento

En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

Asimismo, en relación con el **tercer argumento** se expone lo siguiente: Si se establece que la entrega en concesión ha sido de los Bienes de la Concesión, esto favorecería a la argumentación de la Resolución para justificar que solo los Bienes de la Concesión deben entregarse debidamente saneados Sin embargo; esta diferenciación puede generar controversias dado que el compromiso de inversión y el aprovechamiento económico es del Aeropuerto en su totalidad una vez que se culminen las inversiones. Por lo que, debería ser el Aeropuerto en su conjunto el que se da en concesión dado que es un contrato de concesión autosostenible mediante el cual se podrían optimizar mayores ingresos y no solo de algunos Bienes de la Concesión.

Sobre el **cuarto argumento**, el investigador considera que es adecuada la interpretación de OSITRAN; sin embargo, esta carece de mayor profundización y contenido; ya que la entrega en conjunto y en una sola oportunidad aún puede estar sujeta a interpretaciones.

Respecto al **quinto argumento**, se requiere un mayor desarrollo sobre el alcance del mismo; dado que, en el caso concreto de la ampliación del AIJCH, el entendimiento que supone que los terrenos se encuentren debidamente desocupados, aún es ambiguo, así como la posesión pacífica que plantean.

Sobre el **sexto argumento** en el problema jurídico indicado en el literal C, en el presente trabajo se explica con mayor detalle que la obligación de saneamiento estipulada por el Código civil es una obligación de garantía sobre la idoneidad del bien.

Conforme se puede apreciar, se considera que la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN es una resolución adecuada; sin embargo, en algunos supuestos carece de mayor contenido jurídico que contribuya al correcto funcionamiento del Proyecto.

b. Respecto a la interpretación de la Resolución N° 034-2009-CD-OSITRAN

El origen de esta resolución se da por una solicitud de interpretación complementaria de la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN presentada el 26 de junio del año 2009, mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097. En dicha comunicación, LAP (el Concesionario), en líneas generales, solicita:

“confirmar nuestro entendimiento en el sentido de que, para el cumplimiento de la obligación de saneamiento de los terrenos que deberán entregarse a nuestra representada para la ampliación del Aeropuerto (y, por tanto, como condición para que Concesionario proceda a recibir los mismo), el Estado -entre otros aspectos deberá previamente: Realizar a su costo, cargo y responsabilidad, el respectivo saneamiento ambiental sobre dichos terrenos, llevando a cabo los trabajos necesarios de limpieza y/o mitigación de los daños ambientales que existieran en los mismos: y Remover demoler movilizar. trasladar. retirar o en general eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados terrenos.”

Sin embargo, pese a que en esta resolución se debió dilucidar la solicitud de LAP relativa a la interpretación complementaria de la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN. El Consejo directivo de OSITRAN realizó su análisis legal para declarar improcedente dicho pedido sobre los siguientes argumentos:

1. Que la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN dio cumplimiento oportuno a su obligación de determinar el sentido del Numeral 2 del Anexo 11.
2. Que la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN constituye un acto administrativo firme.
3. Que la solicitud de interpretación complementaria de LAP pretende variar la posición adoptada por OSITRAN en primera instancia.

Conforme se había indicado líneas arriba, la Resolución N° 050-2005 es adecuada pero incompleta dado que no despeja ciertas dudas respecto al contenido exacto de la entrega de terrenos “debidamente saneados”. Por lo que una interpretación complementaria era uno de los caminos más adecuados para aclarar y dotar de contenido la resolución antes citada.

Asimismo, con respecto a la consulta de LAP es importante aclarar la asignación de riesgos sobre los daños ambientales y la demolición de edificaciones existentes; ya que esto supone un costo considerable para el proyecto que debe ser asumido por una de las partes. En ese sentido, declarar improcedente el pedido no soluciona el problema de fondo y, únicamente, retrasa la ejecución del proyecto y le genera mayores costos.

Además, en la presente resolución se debió acumular el pedido de interpretación de la cláusula 18.1 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones dada la conexión con el caso bajo análisis; sobre este punto en particular se profundizará más adelante.

Como se puede apreciar en la Resolución N° 034-2009-CD-OSITRAN, se debió resolver sobre los puntos antes mencionados y no utilizar un formalismo legal para evitar un pronunciamiento. Esto sucedió pese a que en el desarrollo de la resolución se realizan extensas argumentaciones sobre los puntos en conflicto antes indicados.

Por lo argüido, el investigador considera que la Resolución N° 034-2009-CD-OSITRAN es incorrecta, dado que debió determinar mayor contenido a la etapa de saneamiento del proyecto; así como aclarar el concepto de “saneamiento ambiental” y esclarecer la responsabilidad de la demolición de edificaciones existentes, ya que son riesgos importantes que deben estar asignados de manera transparente entre las partes. Sin perjuicio de lo antes mencionado, en el análisis de los siguientes problemas jurídicos se ahondará sobre las falencias de esta segunda resolución del Consejo Directivo de OSITRAN.

C. DETERMINAR SI LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO CONTENIDA EN EL NUMERAL 2 DEL ANEXO 11 ES COMPLETA.

- (I) Antes continuar con el análisis se debe clarificar la obligación de saneamiento a la que se hace referencia en el presente caso; ya que existen varias acepciones para dicho término; siendo las principales: i) saneamiento entendido como el acceso a agua potable y desagüe²⁸, ii) saneamiento entendido como higiene y iii) saneamiento para los predios.

²⁸ Definición de Saneamiento de la Organización Mundial de la Salud. Consultado en <https://www.who.int/topics/sanitation/es/>

(II) En el presente Informe tomaremos la definición de saneamiento físico legal utilizada para los predios. Sobre el particular primero vamos a ver las diferentes definiciones que tiene el termino en nuestra legislación, para luego analizar la definición estipulada en la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN.

- Saneamiento según la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN) “Comprende todas las acciones destinadas a lograr que se inscriba en los Registros Públicos la situación real de los bienes muebles e inmuebles en relación a los derechos reales que sobre éstos ejerza el Estado y las entidades.”²⁹
- Saneamiento según TUO de Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles ³⁰ son acciones que corresponden al saneamiento “la acumulación, independización, subdivisión, rectificación de área y otras acciones de saneamiento físico-legal de predios que le hayan sido transferidos por el Estado o haya adquirido o adquiera de particulares”(Decreto Legislativo N° 1192, 2020).
- Saneamiento según Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN indica que los terrenos para la ampliación del AIJCH deben entregarse en el plazo determinado, en conjunto, en una sola oportunidad y debidamente saneados, libres de cargas y gravamen, y debidamente desocupados que permitan una posesión pacífica, útil y utilitaria para el fin previsto.

(III) Según Fiorela Vasquez la obligación de saneamiento regulada en el Código civil busca velar en los supuestos en los cuales el objeto de las prestaciones de la transferencia es el bien, este tenga las cualidades características que las partes han identificado y que en el devenir del contrato no tenga defecto o no cumpla con las cualidades. En este sentido; la obligación de saneamiento es realmente una obligación de garantía porque el transferente garantiza la idoneidad del bien que transfiere. (IUS 360, 2019)

Sin embargo, pese a ser una obligación de garantía; en el caso bajo análisis esta obligación tiene un contenido que no ha sido regulado de manera completa en el Numeral 2 del Anexo 11, esto ha provocado que se genere cierta incertidumbre sobre la regulación de algunos aspectos vinculados al saneamiento físico legal del predio, el saneamiento ambiental y la demolición de las edificaciones existentes. Por ello, se han celebrado adendas, especialmente la Adenda 6, en las que se detalla de manera más clara la regulación del contrato respecto al saneamiento.

(IV) Consideramos pertinente transcribir la Adenda N° 06 del Contrato de Concesión suscrita el 08 de marzo de 2013, ya que regula de manera más precisa la obligación de saneamiento dotando de mayor contenido jurídico y factico al numeral 2 del Anexo 11 de la siguiente manera:

²⁹ Artículo 2 de Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales vigente actualmente. En la fecha de la solicitud de interpretación del Numeral 2 Anexo 11, estuvo vigente el Decreto Supremo N° 130-2001-EF que establecía en su artículo 1 una definición similar que transcribimos a continuación: “saneamiento comprenderá todas las acciones destinadas a lograr que en los Registros Públicos figure inscrita la realidad jurídica actual de los inmuebles de las entidades públicas”

³⁰ Publicado mediante el Decreto Supremo N° 15-2020-VIVIENDA el 26 de octubre de 2020, correspondiente a la Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado

19. Modificación del numeral 2 del Anexo 11

“(…)

2. De la Responsabilidad del Estado Peruano

El Estado Peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones se encargará de entregar al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto dentro del plazo máximo establecido en el numeral 5.23 del Contrato, y debidamente saneados.

Para tales efectos, se entenderá que los terrenos entregados al Concesionario se encuentran debidamente saneados si es que los mismos están libres de todo vicio, condición, efecto, carga, servidumbre, afectación y/o Gravamen que impida, afecte o restrinja, física o jurídicamente, la posesión, el uso y, en general, el absoluto y total Aprovechamiento Económico de dichas áreas. Ello incluye –pero no se restringe a- que las áreas se encuentren no sólo sin ningún tipo de carga registral sino efectivamente desocupadas y listas para que el Concesionario pueda asumir su inmediata posesión física e irrestricto Aprovechamiento Económico.

Para el caso específico de los aspectos medioambientales resultará de aplicación lo establecido en la cláusula decimoctava del Contrato de Concesión.

Lo dispuesto por las Partes por medio de la presente cláusula, prevalecerá sobre cualquier disposición contenida en el Contrato de Concesión y/o sus Anexos.

(…)”

- (V) La celebración de Adendas en los contratos de Asociaciones Público Privadas es intrínseco dado que son contratos de larga duración que por naturaleza son dinámicos e incompletos; esto porque es imposible regular todos los supuestos que se puedan dar durante la vigencia del contrato, así como es imposible que las cosas sean estáticas en el tiempo.

El Contrato de Concesión del AIJCH no es la excepción; ya que, cuando fue adjudicado el Proyecto (año 2001) y el desarrollo de infraestructura a través de Contratos de Asociaciones Público Privadas recién se estaba desarrollando en nuestro país. De este modo, el Contrato de Concesión del AIJCH fue uno de los primeros en su tipo y el más importante en Infraestructura Aeroportuaria. Por lo que, el conocimiento previo para regular y estructurar el Contrato era bastante limitado por lo que regular de manera incompleta era un riesgo que debió asumir el estado para desarrollar su infraestructura.

- (VI) Por todo lo mencionado, considero que el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de concesión de la ampliación del AIJCH es una cláusula incompleta, por lo que genera algunas dudas al respecto. En ese orden de ideas, en las líneas posteriores se analizarán los de manera detallada los problemas jurídicos referidos al saneamiento. Pese a que se ha mejorado la redacción y regulación del numeral 2 del Anexo 11 mediante la Adenda N° 06 que hemos transcrito líneas arriba y que incluimos al presente informe en el Anexo 3.

- a. **Determinar si la obligación de saneamiento incluye el “saneamiento ambiental” propuesto por LAP.**

- (I) Conforme a la Carta LAP- GCCO-C-2009-00097, el Concesionario plantea que “en el caso de los Terrenos la obligación de saneamiento ambiental del Estado implica tanto el desarrollo de las labores necesarias de limpieza y/o mitigación de daño ambiental como la asunción de su costo económico”.

Como se puede notar para LAP, el “saneamiento ambiental” que reclama esta referido a la limpieza y mitigación del daño ambiental. En tal sentido, debemos entender daño ambiental o pasivo ambiental a los daños relacionados con la contaminación del aire, suelo, agua, recursos naturales y/o ecosistemas producto de una actividad realizada en un lugar determinado.

- (II) En ese sentido, bajo un análisis de asignación de riesgos, el saneamiento ambiental al que hace referencia LAP se relaciona con el riesgo de incumplimiento de la normativa ambiental y de las medidas correctoras definidas en la aprobación de los estudios ambientales. Por lo que estaríamos frente a la determinación de la asignación del riesgo ambiental.

Este riesgo debe ser asumido por la parte que este en mejor condición de asumirlo al menor costo; ya que el efecto derivado del incumplimiento de la normativa ambiental ocasionará daños ambientales, así como paralizaciones de la obra con los consiguientes sobrecostos y demoras, así como penalidades y sanciones.

- (III) Ahora bien, en la práctica usual de los contratos APP este riesgo suele ser transferido al concesionario, a excepción de los pasivos originados con anterioridad a la firma del contrato, en cuyo caso son retenidos por el concedente. Por lo que sobre el particular cuando se estructura un Contrato de Concesión de Infraestructura por los costos que implica, así como por los riesgos que puede conllevar no realizarlo se establece una regulación particular y diferenciada de otras cláusulas contractuales.

- (IV) Conforme a lo indicado las obligaciones que se emanan al asumir este riesgo comprenden una serie de estudios detallados como el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), así como una serie de trabajos especializados para la mitigación y/o remediación de estos pasivos ambientales. No realizar estos estudios y/o no mitigar los posibles daños puede generar graves problemas a la sostenibilidad del proyecto y al ecosistema en el que se desarrolla.

Los estudios y actividades indicadas en el párrafo anterior suponen una serie de costos para cualquier proyecto de infraestructura. En ese sentido, para el caso de la ampliación del AIJCH dado que es un proyecto de gran envergadura (por el tamaño e inversión comprometida) los costos del “saneamiento ambiental” son bastante onerosos por la dimensión del proyecto y los profesionales especialistas requeridos.

- (V) En dicho sentido, el Contrato de Concesión para la ampliación del AIJCH establece un tratamiento particular y diferenciado para el riesgo ambiental a través de la Cláusula 18.1³¹,

³¹ 18.1. Auditoría Ambiental y Estudio del Impacto Ambiental:

En un plazo de doce (12) meses contados a partir de la Fecha de Cierre, el Concesionario conviene en realizar, a su propio costo, una auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental, efectuados por una firma de consultores independientes de reconocido prestigio internacional y experiencia pertinente, seleccionada y contratada por el Concesionario de una lista, de

estableciendo los parámetros de las auditorías y estudios de impacto ambiental; en el cual establece que las obligaciones de mitigación ambiental están a cargo del Concedente si es antes de la Fecha de Cierre y a cargo de LAP si corresponde a daños posteriores a la Fecha de Cierre.

Conforme a lo mencionado, dado que la naturaleza de dichos pasivos requiere de una distribución especial de riesgos atendiendo a las inversiones que se deben efectuar para mitigarlos son compartidas, esto reafirma que la responsabilidad de los pasivos ambientales constituye una obligación especial que requiere un tratamiento particular.

- (VI) En tanto, debemos indicar que el “saneamiento ambiental” invocado por LAP no corresponde a las obligaciones de saneamiento del numeral 2 del Anexo 11; ya que este supuesto saneamiento ambiental tiene una regulación especial en el contrato de concesión mediante la cláusula 18.1 y no en el numeral antes citado.
- (VII) En atención a lo expuesto, se puede advertir que no es posible determinar que, en virtud de la obligación contenida en el numeral 2 del Anexo 11, el Concedente debe asumir la responsabilidad de los pasivos ambientales dado que los mismos no pueden ser considerados como partes de la obligación de saneamiento contenida en dicha cláusula. Sino que el riesgo ambiental es compartido dado que previo a la Fecha de Cierre lo asume el Concedente y de manera posterior lo asume LAP.

(ii) Determinar si OSITRAN debió interpretar la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión.

cuando menos tres (3) firmas, proporcionada por OSITRAN a dicho efecto. Dicha auditoría y estudio de impacto ambiental deberá incluir al Aeropuerto en su integridad y a los efectos de todas las operaciones realizadas en el mismo, incluyendo, sin limitarse, a los tanques y ductos de combustible, y los efectos contaminantes del ruido, humos, gasolina, aceites y otros hidrocarburos. El estudio de impacto ambiental deberá indicar un plazo máximo recomendable para el inicio de las actividades de limpieza y mitigación a cargo de cada una de las Partes así como el costo estimado de las mismas.

En la medida en que dichos estudios recomienden que se lleven a cabo actividades de limpieza y mantenimiento en el Aeropuerto, éstas se realizarán bajo la responsabilidad de:

18.1.1 El Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera de la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre; en este caso, el Concedente deberá contar con el apoyo que pueda requerir razonablemente y con los derechos de acceso que fueren necesarios, tratando el Concedente de no interrumpir las operaciones normales del Aeropuerto, en la medida de lo posible; o

18.1.2 El Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido desde la Fecha de Cierre.

En la medida en la que se presentare cualquier reclamación de terceros en contra del Concesionario con respecto a cualquiera de los asuntos que el Concedente está obligado a subsanar, con sujeción a la Cláusula 18.1.1, el Concedente conviene en asumir la responsabilidad derivada de ello e indemnizar al Concesionario por tal reclamación, o por cualquier daño o perjuicio incurrido por el Concesionario o sus representantes que se derive de dicha reclamación, siempre y cuando el Concesionario haya interpuesto, o permitido al Concedente interponer todas las acciones, recursos y excepciones necesarias o convenientes para eliminar, limitar o reducir al máximo posible el pago o sanción respectivo.

(...)

Exceptuando las estipulaciones de la Cláusula 18.1.1, o en caso el Concesionario no cumpliera con realizar la auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental en el plazo que se señala en la presente cláusula, el Concesionario se responsabilizará e indemnizará al Concedente, y a cualquier Autoridad Gubernamental, sus respectivos funcionarios, empleados, agentes y contratistas contra cualquier pérdida, obligación, daño y gasto emergente relacionado con cualquier tipo de contaminación u otros daños ambientales relacionados con el Aeropuerto. Con sujeción a la Cláusula 18.1.2, el Concesionario se asegurará de cumplir, a su propio costo, todo aspecto relacionado con las previsiones y requisitos del estudio de impacto ambiental respecto a la operación, administración y mantenimiento del Aeropuerto.

Si una de las Partes no ejecuta las actividades de limpieza y mantenimiento a su cargo, en la oportunidad que establece el cronograma presentado, deberá indemnizar a la otra Parte por los daños originados por dicho retraso, sin perjuicio de la aplicación de sanciones a que hubiere lugar.”

- (I) Conforme se ha detallado en el recuento de hechos relevantes, en la solicitud de interpretación complementaria de la Resolución N° 050 - 2005 uno de los puntos bajo análisis fue la interpretación de la Cláusula 18.1 referida a los pasivos ambientales. Sin embargo, OSITRAN pese a que tiene la facultad de interpretar los contratos de concesión optó por no interpretar esta cláusula bajo una argumentación formalista.
- (II) En ese sentido, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 034-2009 no interpretó la cláusula 18.1 del contrato de Concesión bajo los siguientes argumentos:
- Que la cláusula 18.1 supone otro supuesto de hecho regulado por el contrato
 - Que existe un procedimiento administrativo en curso diferente iniciado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitando la interpretación de la cláusula
 - Que la Resolución N° 050-2005 es un acto administrativo firme.
- (III) Conforme hemos indicado en la solicitud de interpretación complementaria uno de los temas en discusión (saneamiento ambiental) estaba vinculado a la cláusula 18.1 del contrato de Concesión; sin embargo, el Consejo directivo de OSITRAN decidió no interpretar esta cláusula porque el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante Informe N° 457-2009-MTC/25 RCL de fecha 03 de agosto de 2009 y mediante Oficio N° 1429 -2009-MTC/25 de fecha 03 de noviembre de 2009 había solicitado a OSITRAN la interpretación de la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar las obligaciones ambientales respecto a los nuevos predios que serán entregados en concesión a Lima Airport Partners SRL.
- (IV) En tal sentido, pese a que existía un pedido expreso de interpretación, por parte del Concedente, respecto de la aplicación del numeral 18.1, este fue desconocido por OSITRAN en la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN como en la Resolución N° 042-2009-CD-OSITRAN. A pesar de que el Consejo Directivo de OSITRAN tenía la facultad de acumular³² ambos procesos o solicitudes de interpretación dado que guardan estrecha relación.
- Esta acumulación hubiera tenido total justificación bajo un principio de unidad del contrato. Del mismo modo, al atender a la solicitud de interpretación en un solo procedimiento esta decisión hubiera estado de acuerdo con el principio de celeridad y al principio de informalismo contemplados en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444).
- (V) Por todo lo indicado, OSITRAN debió de acumular el pedido de interpretación solicitado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto de los alcances de la cláusula 18.1, en atención que dicha entidad tiene la obligación legal de interpretar aquellas cláusulas que no resultan claras de conformidad con los principios de celeridad e informalismo, establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Una interpretación formalista como la adoptada por el consejo directivo de OSITRAN solo contribuye a la generación de sobre costos al proyecto y retrasos a la ejecución de los mismos en detrimento de los usuarios.

³² La Ley del procedimiento Administrativo general regula esta facultad en el artículo 149

b. Determinar si la obligación de saneamiento incluye la demolición de las edificaciones existentes en los terrenos.

- (I) El Saneamiento conforme se ha explicado comprende la entrega de los predios en el plazo determinado, en conjunto, en una sola oportunidad y debidamente saneados, libres de cargas y gravamen, y debidamente desocupados que permitan una posesión pacífica, útil y utilitaria para el fin previsto. Sin embargo, la demolición de las edificaciones existentes no es una obligación que pueda exigirse dentro del supuesto de saneamiento.
- (II) Esto debido a que la demolición de edificaciones existentes en los terrenos del proyecto es un riesgo de infraestructura existente en los predios que se transfieren al Concesionario. Este riesgo está vinculado al estado de las edificaciones y al incremento del costo de inversión, para la realización de las mejoras necesarias a la infraestructura previa. Siendo esto un supuesto distinto a la obligación de saneamiento.

En ese sentido, la regulación contractual del Contrato de Concesión señala que las Mejoras Obligatorias, cuya ejecución se encuentra a cargo del Estado, son las siguientes:

5.6.2.1 "Mejoras Obligatorias. El Concesionario está obligado a construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación al final del décimo cuarto año de Vigencia de la Concesión o en cualquier caso, después de cinco (05) años desde la fecha en que el Concedente entregue al Concesionario, en conjunto y en una sola oportunidad, el área requerida para la ampliación del Aeropuerto, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.23.

- (III) Tomando en cuenta que la ampliación del Aeropuerto constituye una Mejora, LAP tiene la obligación de asumir todos los gastos y riesgos asociados a dicha ampliación; por lo que la demolición de las edificaciones existentes es un riesgo que debe ser asumido totalmente por el concesionario conforme a sus compromisos contractuales.
- (IV) Además, debemos mencionar que este es un riesgo usual en los proyectos de infraestructura, ya que muchos proyectos de infraestructura se desarrollan sobre edificaciones existentes. Por ello, el dueño del proyecto debe brindar estudios e información detallada sobre la infraestructura existente; por otro parte, el contratista como parte de su mínima diligencia ordinaria deberá realizar las inspecciones a la infraestructura existente para elaborar su propio análisis y verificar la información brindada por el propietario del Proyecto a fin de implementar estos costos en su oferta.

En este caso concreto, debemos indicar que el Contrato de concesión del AIJCH contiene en sus Anexos información técnica suficiente para que LAP pueda realizar sus verificaciones y/o constataciones en el lugar de los hechos como parte de su diligencia ordinaria. Por tanto, tampoco se podría alegar la garantía de saneamiento por evicción o por vicios ocultos ya que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones brindó la información sobre las edificaciones existentes y permitió la verificación in situ de las mismas, lo cual debió ser corroborado diligentemente por LAP.

- (V) Sin perjuicio de lo antes mencionado, la práctica comúnmente aceptada en los proyectos de este tipo establece que este riesgo “podrá ser transferido al concesionario cuando se ponga a disposición de éste la documentación técnica sobre los bienes transferidos. Asimismo, el concesionario debe poder realizar todas las visitas, inspecciones y revisiones del estado de los mismos para estimar la inversión necesaria a realizar, de ser el caso, para obtener los estándares de calidad exigida. No obstante, dependiendo de la complejidad técnica del proyecto, este riesgo, de manera excepcional, podrá ser compartido con el concedente, únicamente respecto a los vicios ocultos (a la recepción de la infraestructura) y por un plazo perentorio previamente definido en el respectivo contrato.”³³
- (VI) Por todo lo indicado, el pedido de LAP respecto a la asunción del riesgo de demolición de las edificaciones existentes por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones no tiene ninguna justificación lógica, técnica o contractual conforme a la obligación de saneamiento contenida en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión por lo que su pedido debió ser denegado en la segunda resolución del Consejo Directivo de OSITRAN.



³³ Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas de Perú.

VI. CONCLUSIONES

- (I) El desarrollo de Infraestructura en el Perú es muy importante para el desarrollo social y de la economía. Sin embargo, los retrasos en la entrega de los bienes pueden generar sobrecostos al proyecto y demora en la ejecución de la infraestructura y/o la dotación de servicios públicos.
- (II) El desarrollo de infraestructura no es posible solo con inversión pública, es necesaria la inversión privada; por ello la Constitución Política del Perú y el Estado peruano vienen impulsando la participación de la inversión privada a través de diversos mecanismos como las Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura.
- (III) El Contrato de Concesión para la ampliación del AIJCH es un contrato de Asociación Público Privada autosostenible. En el cual se han asignado los riesgos en el contrato conforme a la teoría del “cheapest cost avoider” que internaliza el riesgo quien está en mejor capacidad de asumirlo, ya sea Lima Airport Partners - LAP(Concesionario) o el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (Concedente).

El Contrato de Concesión para la ampliación del AIJCH regula la obligación de saneamiento de los predios en el Numeral 2 del Anexo 11; a criterio de LAP el referido numeral no es claro respecto al alcance y contenido del saneamiento debido.

- (IV) OSITRAN tiene la facultad de interpretar los contratos; sin embargo, esta facultad no la tienen todos los organismos reguladores. Sin perjuicio de ello, la facultad de interpretar los contratos puede dejar de ser técnica e independiente dada la naturaleza del regulador de supervisar los Contratos.
- (V) La interpretación efectuada por el Consejo Directivo de OSITRAN en las Resoluciones N° 050-2005-CD-OSITRAN es adecuada, pero es incompleta dado que deja algunas interrogantes pendientes de resolver.
- (VI) Por otro lado, la interpretación efectuada por el Consejo Directivo de OSITRAN en la Resolución N° 034-2005-CD-OSITRAN no es correcta, dado que declara improcedente el pedido de interpretación complementaria cuando debió pronunciarse sobre el fondo de la solicitud.

En ese sentido, debió dotar de mayor contenido a las Resoluciones N° 050-2005-CD-OSITRAN respecto a la entrega de los predios debidamente saneados, lo cual habría evitado el cambio planteado al Numeral 2 del Anexo 11 en la Adenda N° 06.

Asimismo, se debió acumular la pretensión de interpretar la cláusula 18.1 del contrato de Concesión; dado la conexión de los temas por el principio de unidad del contrato, principio de informalismo y principio de celeridad.

- (VII) La obligación de saneamiento contenida en el numeral 2 del Anexo 11 es incompleta dada la naturaleza del contrato en su complejidad y larga data.
- (VIII) Si bien la regulación de saneamiento es incompleta; el concepto de “saneamiento ambiental” propuesto por LAP tiene una regulación especial en la cláusula 18.1, la cual asigna un riesgo compartido entre el Concesionario (después de la fecha de Cierre) y el Concedente (asume los riesgos antes de la Fecha de Cierre)
- (IX) Por otro lado, el saneamiento no incluye la demolición de las edificaciones existentes, salvo casos muy excepcionales. Por ello, en el caso bajo análisis este riesgo debe ser asumido por el Concesionario LAP.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BENAVENTE, P. y SEGURA, A.

2017 Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana. *Las Alianzas Público-Privadas*. PUCP, 2017. Consulta, 30 de octubre de 2020. En:
<http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/Las-APP-en-el-Peru-PUCP-1.pdf>

BULLARD, A

2015

Hipocresía. *El Comercio*. Fecha de publicación: 05/12/2015. Consultado el 25 de octubre de 2020
<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/hipocresia-alfredo-bullard-249855-noticia/>

FRANCO, B et al

1999 Las privatizaciones y concesiones. Lima: Instituto Peruano de Economía. Consulta, 27 de octubre de 2020
<http://www.ipe.org.pe/portal/wp-content/uploads/2018/01/1999-Las-Privatizaciones-y-Concesiones.pdf>

REY, A y MENDOZA, A

2006 Privatizaciones y concesiones. Por qué sí. *Revista Derecho y Sociedad*. (Número 26), p. 146. Consulta, 28 de octubre de 2020
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17135/17425/>

UNIVERSIDAD ESAN

2016 Diferencias entre privatizaciones, concesiones y APP.. Recuperado de:
<https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2016/03/diferencias-entre-privatizaciones-concesiones-app/>

TASSANO, E.

Los organismos reguladores de servicios públicos. *Revista Círculo Derecho Administrativo*. Consulta, 26 de octubre de 2020
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14527/15137/0>

VELEZ, R

Las decisiones administrativas y la opinión de OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión. *Revista Círculo Derecho Administrativo*. (Número 12). Consulta, 26 de octubre de 2020
<http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13505/14131>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

Definición de Saneamiento de la Organización Mundial de la Salud. Consulta, el 20 de octubre de 2020
<https://www.who.int/topics/sanitation/es/>

VÁSQUEZ, F

2019 Obligación de Saneamiento por evicción por. *IUS 360*. Consulta, el 15 de octubre de 2020

<https://youtu.be/5WD-a7LCp2k>

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

2015 *Introducción a las Asociaciones Público Privadas*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas. Consultado, el 12 de noviembre de 2020

https://www.mef.gob.pe/contenidos/cafae/informativo/material/modulo1_unidad_1.pdf

NUÑEZ, C.

2008 Apuntes en torno al financiamiento de proyectos de infraestructura de uso público con participación privada. *Círculo de Derecho Administrativo*. Consultado, el 2 de noviembre

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjzjaXY-6ntAhUIC9QKHdOoBhMOFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoadministrativo%2Farticle%2Fdownload%2F14536%2F15146%2F&usq=AOvVaw1sdgdKDFThYfGYGSo-x0sS>

BANCO MUNDIAL

2017 *¿Qué son las asociaciones público-privadas?*. Banco Mundial. Consultado, el 30 de octubre de 2020

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

2018 Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas.

https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-descarga/4_riesgos.pdf

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

2018 Asignación de riesgos en Contratos de Asociaciones Público Privadas en infraestructura de transporte: Consideraciones América Latina y el Caribe. Consultado, el 12 de noviembre de 2020

PRIALE, G.

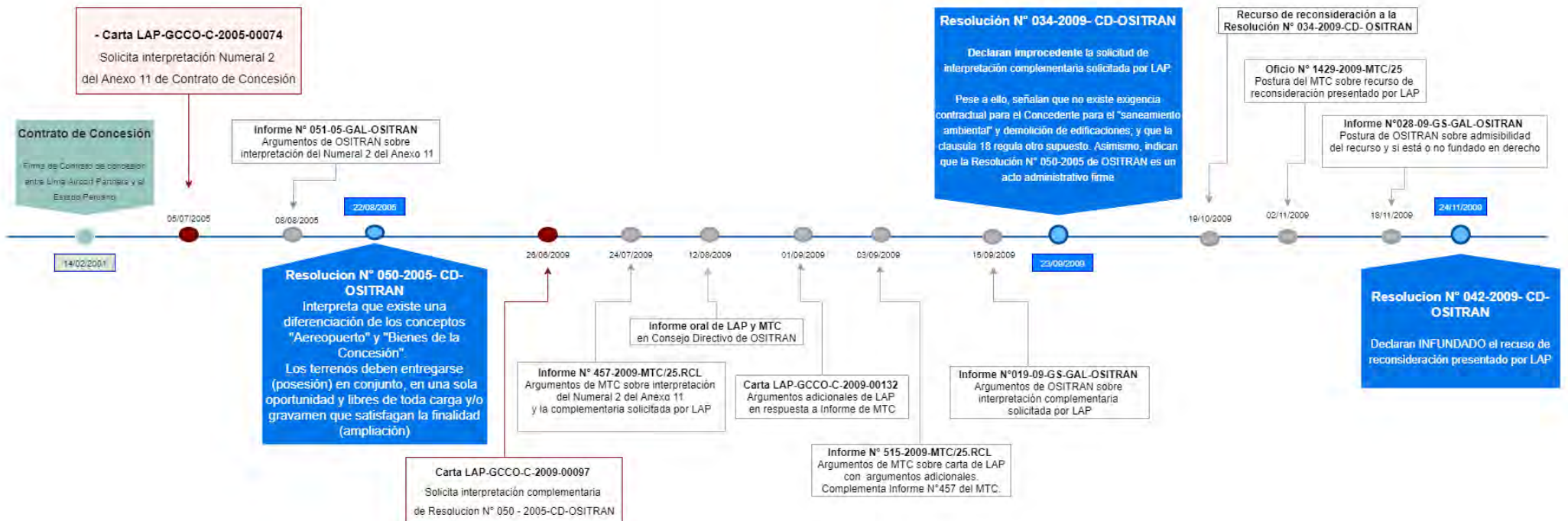
2015 Expropiaciones: la supertraba. *Gestión*. Publicado el 25 de marzo de 2015. Consultado, 20 de noviembre de 2020

<https://gestion.pe/opinion/expropiaciones-supertraba-82561-noticia/>

VIII. ANEXOS

- **Anexo 1** Línea de tiempo detallada de los principales documentos del Expediente.
- **Anexo 2** Ficha resumen del Contrato de Concesión elaborada por OSITRAN al 30 de junio de 2019.
- **Anexo 3** **Del** Expediente N°043-2008- OSITRAN se adjuntan las resoluciones resaltadas en negrita, conforme al detalle siguiente:
 - ✓ Solicitud de Interpretación presentada por el Concesionario el 05 de julio de 2005.
 - ✓ **Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, de fecha 22 de agosto de 2005.**
 - ✓ Solicitud de Interpretación presentada por el Concesionario el 26 de junio de 2009.
 - ✓ Informe N° 457-2009-MTC/25 RCL, de fecha 03 de agosto de 2009, emitido por la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
 - ✓ Escrito del Concesionario de fecha 03 de septiembre de 2009.
 - ✓ Informe N° 515 -2009-MTC/25 RCL, de fecha 07 de septiembre de 2009, emitido por la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
 - ✓ **Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN, de fecha 23 de septiembre de 2009.**
 - ✓ Recurso de Reconsideración, de fecha 19 de octubre de 2009, presentado por el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN.
 - ✓ Oficio N° 1429-2009-MTC/25 de fecha 02 de noviembre de 2009.
 - ✓ Resolución de Consejo Directivo N° 042-2009-CD-OSITRAN, de fecha 24 de noviembre de 2009.
 - ✓ Texto Actualizado del Contrato de Concesión suscrito por el Concedente y el Concesionario el 14 de febrero de 2001.
 - ✓ Anexo 11 del Contrato de Concesión – Referido a la Entrega de Terrenos para la Ampliación de Aeropuerto.

ANEXO 1



FICHA DE CONTRATO DE CONCESIÓN
Concesionario: Lima Airport Partners S.R.L.
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez
Fecha de actualización: 30 de junio de 2019

Nº	Tema	Contenido	Ref.
1	Infraestructura	Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, incluyendo los bienes identificados en el Anexo 2 del Contrato y las áreas descritas en el Anexo 11.	Cláusula 1.8.
2	Fecha de suscripción	14 de febrero de 2001.	Contrato de concesión
3	Plazo de la concesión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 40 años contados desde la fecha de Cierre del Contrato de Concesión. ▪ Prórroga: 10 años adicionales en tres ocasiones, sujeto a cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión. ▪ El Plazo máximo de la Concesión: 60 años. 	Cláusula 3.1. (p. 19) Cláusula 3.2. y 3.3. (p. 19-20) Cláusula 3.4. (p. 20) Acuerdo derivado del trato directo entre MTC y el Concesionario (fecha 20.12.16).
4	Adendas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Adenda 1: 06 de abril de 2001. Modificación de los numerales 5.20, 15.2.7, 15.2.8, 15.7.3.8, 17.4, 21.4, 24.7 y 26.2. ▪ Adenda 2: 25 de julio de 2001. Modificación de los numerales 1.1, 13.1.3, 13.3, 13.4, 15.1.4, 15.5, 21.1 y 21.3. ▪ Adenda 3: 30 de setiembre de 2002. Modificación de los numerales 1.26, 5.5, 5.19, 5.23, 10.2, 15.2.1, 15.2.3, 15.2.4, 15.2.5, 15.4, 15.7.2.1, 24.1, numeral 2 del apéndice 2 del anexo 3, numeral 2.3 del anexo 5, numeral 2.4 del anexo 9, numerales 1, 2, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14 y 15 del anexo 10 y el numeral 2 del anexo 11. Adición del numeral 5.7.3, numeral 16 y 17 del anexo 10 y numeral 4 del anexo 14. ▪ Adenda 4: 30 de junio de 2003. Modificación de los numerales 1.15, 1.36, 1.60, 2.6.3, 5.6.2.1, 5.8, 5.23, 9.2, 12.1, 12.3, 13.2, 13.4, 15.2.1, 15.2.3, 15.5, 15.6, 15.7, 17.3, 17.4, 24.5, 24.7, 26.2, numerales 2, 5 y 7 del anexo 10, numeral 2 del anexo 11 y numeral 1.27 del anexo 14. Adición de los numerales 10.3, 13.1.5, 15.2.7, 15.2.9, 15.8.3, 17.9, 20.10 y 20.11. ▪ Adenda 5: 25 de julio de 2011. Modificación del Anexo 11, Plano 15 del Anexo 20, Apéndice 1 del Anexo 2, Apéndice 1 del Anexo 1 y los Planos 3 y 4 del Anexo 20. ▪ Adenda 6: 08 de marzo de 2013. Modificación de las cláusulas 1.25, 1.26, 1.51, 1.60, 1.61, 2.5, 5.5, 5.62.1, 5.7, 5.15, 5.17, 5.23, 15.5 literal c y antepenúltimo párrafo, literal a) del numeral 1.1 del acápite Régimen de tarifas y precios aplicables al Anexo 5, numeral 3.2 del Anexo 5, numerales 1 y 2 del Anexo 11, Apéndice 1 del Anexo 11, y numeral 1.1 del Anexo 14. ▪ Adenda 7: 25 de julio de 2017. Modificación de cláusulas 1.1, 1.26, 1.60, 3.2, 5.6.2.1, 5.7, 5.7.1, 5.23, literal c) de la cláusula 15.5, 18.1, 24.7, numeral 5 del anexo 5, numeral 2.1 del anexo 5, apéndice 2 del anexo 5, numeral 14 del anexo 10, numeral 1 del anexo 11, numeral 2 del anexo 11, numeral 4 del anexo 11, apéndice 1 del anexo 11, numeral 1.1 del anexo 14, el anexo 14. Adición de la cláusula 24.14, el numeral 18 al anexo 10, el numeral 5 al anexo 11. Eliminación del anexo 19. 	Adenda 1 Adenda 2 Adenda 3 Adenda 4 Adenda 5 Adenda 6 Adenda 7

FICHA DE CONTRATO DE CONCESIÓN
Concesionario: Lima Airport Partners S.R.L.
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez
Fecha de actualización: 30 de junio de 2019

Nº	Tema	Contenido	Ref.
5	Factor de competencia	Mayor retribución al Estado.	Bases de Concurso
6	Modalidad	Autosostenible	Cláusula 2.1. (p. 20)
7	Capital mínimo	USD 30 millones de capital suscrito, 50% pagadero a la fecha de cierre y el saldo pagadero dentro del primer año de vigencia de la Concesión.	Cláusula 11.1.9.
8	Garantías a favor del concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento por USD 30 millones, reducible en proporción directa a la inversión efectuada en Mejoras Obligatorias por el Concesionario, hasta alcanzar la suma mínima de USD 10 millones.	Cláusula 10.1.
9	Garantías a favor del concesionario	No se precisa.	
10	Compromisos de inversión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A los 36 meses: USD 25 millones. ▪ A los 42 meses: USD 80 millones. ▪ Al año 4: USD 110 millones. ▪ Al año 8: Completar inversiones denominadas Mejoras Obligatorias. ▪ Construcción de la segunda pista de aterrizaje. ▪ Construcción de nuevo terminal de pasajeros. ▪ Compromiso de inversión total USD 1 061,52 millones (referencial, incluye IGV). 	Cláusula 5.6. Adenda 4 Adenda 7
11	Solución de controversia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Negociación ▪ Controversias Técnicas se someterán a peritaje (Adenda 4) ▪ Controversias No técnicas que involucren monto mayor a USD 5 millones se someten a arbitraje Internacional de Derecho. ▪ Controversias No Técnicas que involucren monto inferior a USD 5 millones se someterá a arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. 	Cláusula 17.1. Cláusula 17.3. Cláusula 17.4. Cláusula 17.5.
12	Penalidades	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El incumplimiento de los compromisos de inversión mínima para mejoras obligatorias, es penalizado con el pago del 30% del monto dejado de invertir para esos periodos sin perjuicio de la aplicación de la penalidad de la cláusula 5.8. ▪ En caso de no efectuar Mejoras Obligatorias o Complementarias durante el período inicial y el periodo remanente, el Concesionario pagará el equivalente al 100% del monto requerido para realizar las mejoras pendientes dividido por el número de días calendario del período inicial y remanente, respectivamente. 	Cláusula 5.6.1.1. Cláusula 5.8.
13	Causales de caducidad	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Vencimiento de la vigencia de la Concesión. ▪ Incumplimiento del Concesionario. ▪ Incumplimiento del Concedente. ▪ Resolución opcional por el Concedente. ▪ Fuerza Mayor. ▪ Destrucción total del aeropuerto. ▪ Acuerdo entre las partes. 	Cláusula 14. Cláusula 15.1.1. y 15.2. Cláusula 15.1.2. y 15.5. Cláusula 15.1.3. y 15.6. Cláusula 15.1.4. Adenda 2 Cláusula 15.1.5. Cláusula 15.1.6.

FICHA DE CONTRATO DE CONCESIÓN
Concesionario: Lima Airport Partners S.R.L.
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez
Fecha de actualización: 30 de junio de 2019

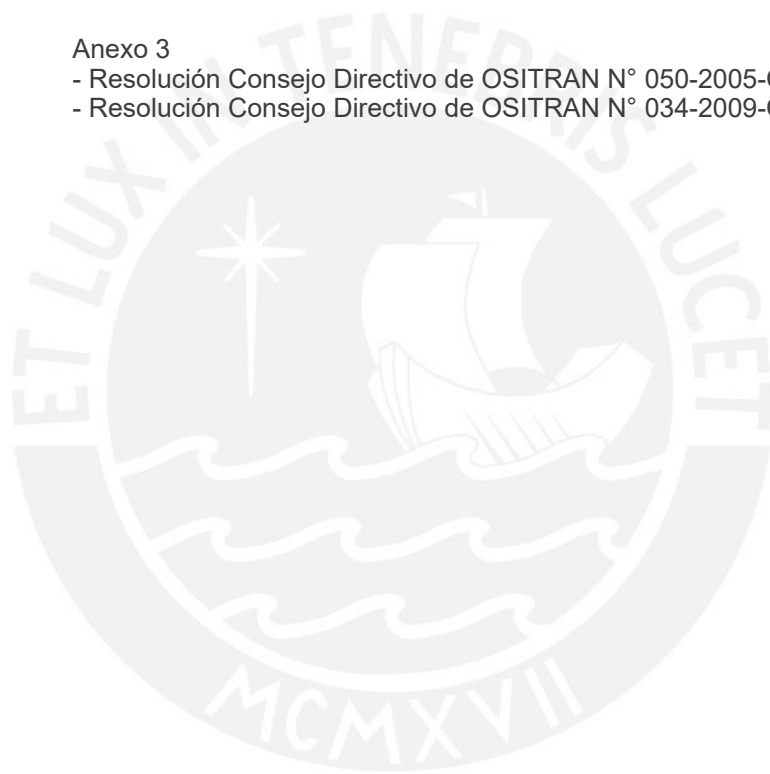
Nº	Tema	Contenido	Ref.
14	Equilibrio económico	Por cambios en las leyes aplicables que produzcan reducción de ingresos y/o incremento de costos en 5,5% o más en 4 trimestres consecutivos.	Cláusula 26.2. Adenda 4
15	Garantías a favor de acreedores permitidos	Se pueden otorgar en garantía los bienes de la Concesión, el derecho de Concesión y los ingresos de la Concesión.	Cláusula 21.1. (p. 70)
16	Pólizas de seguros	<ul style="list-style-type: none"> ▪ De responsabilidad de trabajadores y empleadores. ▪ De Responsabilidad y de Propiedad. ▪ Seguro que cubra costo de reemplazo, las construcciones, maquinaria y equipo del Aeropuerto. ▪ Responsabilidad Civil por daños a personas y bienes y responsabilidad pública. ▪ Responsabilidad civil de operadores de aeropuertos por daños a personas y bienes y responsabilidad pública. 	Cláusula 20.1. (p. 67) Cláusula 20.2. (p. 67) Cláusula 20.2.1. (p. 67) Cláusula 20.2.2. (p. 67) Cláusula 20.2.3. (p. 68)
17	Inicio de operaciones	El Concesionario realizará las operaciones necesarias para proveer sin interrupción los Servicios Aeroportuarios a partir de la Fecha de Cierre.	Cláusula 5.2.
18	Estándares de servicio	<p><u>Periodo Inicial (0 – 8 años):</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Pistas de A/D con capacidad de manejo de 33 naves comerciales en hora punta. ▪ Segunda Pista 15R 33L: 3 480 m, 45 m. ▪ Total de salidas y llegadas en un día punta: 347. ▪ Total de salidas y llegas en hora punta: 26. ▪ 19 posiciones de contacto al año 8. ▪ Terminal de pasajeros para una capacidad de manejo de 7,2 millones PAX/año 8. ▪ Hora punta combinada 2 789 PAX. ▪ IATA B, GSE E y CAT 9. ▪ Tipo de aeronave para vuelo internacional: B747 (2); B767, DC10 y A300, 4 en total; y B737, MD80 y A320, 10 en total. ▪ Tipo de nave para vuelo doméstico: B737, MD80 Y A320, en total 14. <p><u>Periodo Remanente (9 – 40 años):</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Pistas de A/D con capacidad de manejo de 74 naves comerciales en hora punta y 151 mil operaciones/año 30. ▪ Total de salidas y llegadas en un día punta: 585. ▪ Total de salidas y llegadas en hora punta: 45. ▪ 56 posiciones de contacto al año 30. ▪ Terminal de pasajeros para una capacidad de manejo de 18,4 millones PAX/año 30. ▪ Hora punta combinada 6 016 PAX. ▪ GSE E y CAT 9. ▪ Tipo de aeronave para vuelo internacional: B747 (4); B767, DC10 y A300, 13 en total; y B737, MD80 y A320, 16 en total. ▪ Tipo de nave para vuelo doméstico: B737, MD80 Y A320, en total 28. 	Anexo 14

FICHA DE CONTRATO DE CONCESIÓN
Concesionario: Lima Airport Partners S.R.L.
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez
Fecha de actualización: 30 de junio de 2019

Nº	Tema	Contenido	Ref.
19	Tarifas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ TUUA, aterrizaje y despegue, estacionamiento de aeronaves nacionales e internacionales están fijados en el Contrato de Concesión, hasta el octavo año. ▪ Cargo adicional de 15% por servicios nocturnos en aterrizaje y despegue (A/D). ▪ Vuelos de prueba: 25% de tarifa de A/D. ▪ Tarifa por uso de instalaciones a la carga: fijado hasta el año 2002, a partir del cual se ajusta por OSITRAN anualmente. ▪ Tarifa por uso de puentes de embarque, fijado por OSITRAN en 2005. Revisada posteriormente. ▪ Tarifa por servicio de estacionamiento vehicular (promedio simple de una muestra definida por OSITRAN). 	<p>Anexo 5, Apéndice 1 y 2. RN. 004-05-CD-OSITRAN RN. 010-05-CD-OSITRAN RN. 053-05-CD-OSITRAN RN. 073-05-CD-OSITRAN RN. 064-2008-CD-OSITRAN RN. 007-2009-CD-OSITRAN RN. 047-2009-CD-OSITRAN RN. 011-2016-CD-OSITRAN</p>
20	Revisión de tarifas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A partir del noveno año de vigencia de concesión, para el reajuste de las tarifas de servicios bajo regulación tarifaria (TUUA, mangas, estacionamiento, infraestructura y servicios relacionados al transporte de carga, y de aterrizaje/despegue nacional e internacional) se aplicará la fórmula $RPI - X$. La revisión se realizará cada cinco años. ▪ En el año 2008, el Consejo Directivo del OSITRAN aprobó el factor de productividad a ser aplicado a los servicios regulados para el periodo 2009-2013. ▪ En el año 2013, el Consejo Directivo del OSITRAN aprobó el factor de productividad a ser aplicado a los servicios regulados para el periodo 2014-2018. ▪ En el año 2019, el Consejo Directivo del OSITRAN aprobó el factor de productividad a ser aplicado a los servicios regulados para el periodo que inicia en el 2019 hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2026, lo que ocurra primero. 	<p>Anexo 5, apéndice 2 RN. 64-2008-CD-OSITRAN RN. 007, 047-2009-CD-OSITRAN RN. 059-2013-CD-OSITRAN RN. 0008-2019-CD-OSITRAN</p>
21	Retribución al Estado	<p>El consorcio ganador ofreció 46,511% de los ingresos brutos de la Concesión.</p>	<p>Cláusula 1.48. Cláusula 4.1.</p>

Anexo 3

- Resolución Consejo Directivo de OSITRAN N° 050-2005-CD-OSITRAN
- Resolución Consejo Directivo de OSITRAN N° 034-2009-CD-OSITRAN



Certifico que los datos que se encuentran en esta copia son idénticos a los del original que ha sido visto a la vista.

Fecha,

Dra. XIMENA FELIX FOLETE

SECRETARIA

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 050-2005-CD-OSITRAN

Lima, 22 de agosto de 2005

VISTOS:

La solicitud de Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) relativa a la interpretación del Numeral 2 del Anexo 11 del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", el Informe Nº 051-05-GAL-OSITRAN, remitido por la Gerencia de Asesoría Legal; y, el proyecto de resolución de Consejo Directivo aprobado en su Sesión de fecha 15 de agosto del año en curso, de acuerdo a lo informado por el Gerente General;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. El Numeral 5.23 de la Cláusula Quinta (relativo a la "Operación de la concesión"), del Contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCH, establece lo siguiente:

<<5.23 De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada en conjunto, en una sola oportunidad, salvo pacto en contrario de las Partes, al Concesionario por el Concedente dentro del plazo de ocho (08) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área, descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula, salvo que el Concedente acredite técnicamente y con la conformidad de OSITRAN que los terrenos entregados permiten el desarrollo del Plan Maestro del Concesionario en todos sus alcances.

Los inmuebles denominados ALMACENA, EX FERTISA y PESCA PERÚ de propiedad del Concedente, ubicados dentro del área destinada para la ampliación del Aeropuerto serán entregados al Concesionario cuando éste lo requiera al Concedente, a fin de iniciar la ejecución de las Mejoras, conforme al Anexo 6 del presente Contrato. Dicho requerimiento deberá ser efectuado por lo menos con un año de anticipación a la ejecución de las mismas y en todo caso antes del término del octavo año de Vigencia de la Concesión.

A efectos de cumplir con lo dispuesto en el presente numeral, el Concedente se encuentra facultado a redistribuir los recursos provenientes de los ingresos generados por la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a que se refiere el numeral 10.3 de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional.>>

2. El Numeral 15.5 de la Cláusula Décimo Quinta (relativo a las causales de "Caducidad de la concesión"), establece lo siguiente:

OSITRAN
GERENTE GENERAL

OSITRAN
GERENTE GENERAL

Oficina del Gerente General
Av. Bolivia 144 - Piso 19 - Lima 1
Tel: (511) 329 7675
Fax: (511) 433 1944
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

Gobierno del Perú

Trabajo de peruanos

Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que he verificado a la vista.
Fecha.

Dña. XIMENA VELIT POBLETE

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

<<15.5 Terminación de la Concesión por el Concesionario.- En caso que el Concedente:
(...)

c) No entregue todas las áreas a que hace referencia el Anexo 11 del presente Contrato en el plazo máximo de doce (12) años contados a partir de la Fecha de Cierre; (...)>>

3. El Numeral 2 del Anexo 11 del contrato de concesión, (relativo a la "Entrega de terrenos para la ampliación del Aeropuerto2), establece lo siguiente:

<<2. De la Responsabilidad del Estado Peruano

El Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encargará de entregar al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto dentro del plazo máximo establecido en el numeral 5.23 del Contrato, y debidamente saneados.>>

4. Con fecha 05 de julio de 2005, la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), solicitó a OSITRAN que interprete el Numeral 2 del Anexo 11, con relación a su verdadero sentido y alcance.

Al respecto, LAP sostuvo lo siguiente:

- Al no existir disposición en contrario en el contrato de concesión, el término "saneamiento" al que alude el Numeral 2 del Anexo 11 del contrato, comprende tanto aspectos jurídicos como físicos.
- La integridad de las áreas que deben ser entregadas, en una sola oportunidad a LAP, deben estar libres de todo vicio, condición, efecto, carga y/o gravamen que impida, afecte o restrinja física o jurídicamente, la posesión, el uso y, en general, el absoluto y total aprovechamiento económico de dichas áreas.
- Sólo cuando las referidas áreas sean entregadas en tales condiciones, se entenderá cumplida la obligación del Concedente y se empezará a computarse el plazo previsto en el Numeral 6.6.2.1 (referido a la obligación de construir una segunda pista de aterrizaje).

II. ANALISIS LEGAL:

1. En primer término, con relación a la interpretación contractual de los términos del contrato de concesión, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- De acuerdo a lo que establece la Cláusula Primera del contrato de concesión del AIJCH, todos los Anexos y Apéndices del contrato forman parte integrante del mismo. Así mismo, la referida cláusula establece que *cualquier término que no se halle definido en el Contrato, tendrá el significado que le atribuyan las Bases; y, en caso dicho término no esté definido en las Bases, tendrá el significado que le asignen las "Leyes Aplicables 1"*.

Definidas en el contrato de concesión del modo siguiente:

OSITRAN
ASL
N
RO
del Centro Cívico
Bolívia 144 - Piso 19 - Lima 1
tel: (511) 330 7575
fax: (511) 433 1944
-mail: info@ositrans.gob.pe
www.ositrans.gob.pe



Gobierno
de Perú

Trabajo de peruanos

Certifico que la presente es una copia de original que he visto y la viste.

Fecha: *10/11/2011*

Dra. XIMENA VELIT POBLETE

SECRETARIA
Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público

b) A su vez, el Numeral 24.12, señala que el contrato de concesión deberá interpretarse como una unidad, y en ningún caso alguna de sus cláusulas de manera independiente. Así también se señala en dicho numeral, que en caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del contrato, la prelación en la interpretación será la siguiente:

1º El contrato de concesión y sus Anexos, (lo que incluye los Apéndices de éstos últimos).

2º Las Circulares.

3º Las Bases.

4º Los Anexos de las Bases.

2. El "Aeropuerto" (AIJCH), está definido en el contrato de concesión del modo siguiente:

<<1.2 "Aeropuerto" significará el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" ubicado en la Av. Elmer Faucett s/n, Provincia Constitucional del Callao – Perú conforme puede apreciarse en el Plano 1 del Anexo 20, cuyo perímetro se encuentra delineado en el Plano 2 del Anexo 20 del presente Contrato y las áreas, infraestructura, instalaciones y equipos que lo conforman se encuentran detallados en el Anexo 1 del presente Contrato. El Aeropuerto incluirá las áreas destinadas para su ampliación, descritas en el Anexo 11 del presente Contrato, cuando culmine la adquisición de éstas por el Concedente. Los bienes del Aeropuerto que serán entregados en Concesión se encuentran detallados en el Anexo 2 del presente Contrato.>>

[el subrayado es nuestro]

3. El Numeral 1.8 de la Cláusula Primera, define los "Bienes de la Concesión", del modo siguiente:

<<1.8. "Bienes de la Concesión" significarán los bienes, inicialmente identificados en el Anexo 2 del presente Contrato, las áreas descritas en el Anexo 11 del presente Contrato destinadas a la ampliación del Aeropuerto, cuyo Aprovechamiento Económico es entregado al Concesionario, así como Las Mejoras que se efectúen durante la Vigencia de la Concesión.>>

[el subrayado es nuestro]

4. Un primer aspecto que se deriva de la aplicación de las estipulaciones contractuales citadas anteriormente, es que existe una clara diferencia jurídica entre lo que es el "Aeropuerto" AIJCH, y lo que constituyen los "Bienes de la Concesión", cuyo aprovechamiento económico, es el que efectivamente se ha entregado en concesión a LAP mediante el acto jurídico constituido por el contrato de concesión.

<< 1.28. "Leyes Aplicables" significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.>>

OSITRAN
CALLE DEL CENTRO CIVIL
CALLE BOLIVIA 144 - PISO 19 - LIMA 1
TEL: (511) 330 7575
TEL: (511) 433 1944
EMAIL: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

Gobierno
del Perú

Trabajo de peruanos

Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que he tenido a la vista.
Fecha.

Dra. XIMENA VELT POBLETE

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

Del mismo modo, es necesario considerar que el contrato de concesión ha establecido expresamente en el precitado Numeral 1.8, que las áreas destinadas para la ampliación del AIJCH tienen la calidad de "Bienes de la Concesión".

En ese sentido, es claro que no se ha entregado en concesión (para su "Aprovechamiento Económico"), la integridad del "Aeropuerto" AIJCH, sino los "Bienes de la Concesión", los cuales serán aprovechados económicamente por LAP.

5. Un segundo aspecto que se debe considerar, es el de la *oportunidad y condiciones de la entrega* de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH por parte del Concedente, ("Bienes de la Concesión"), que contempla expresamente el contrato de concesión.

- a) Al respecto, el contrato de concesión ha previsto expresamente lo siguiente respecto a la oportunidad de entrega:

En principio, el Concedente debe entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, *dentro del plazo de ocho (08) años contados a partir de la Fecha de Cierre*. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que *el contrato de concesión establece expresamente lo siguiente*:

- (1) De no hacerlo en ese plazo, el Concedente puede aún hacerlo en el plazo máximo de doce (12) años contados a partir de la Fecha de Cierre, oportunidad en la que recién se genera el derecho de LAP, de pedir la resolución del contrato de concesión, por el incumplimiento del Concedente de entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, de conformidad con lo establecido expresamente en el Numeral 15.5 del contrato de concesión.
- (2) Asimismo, se debe considerar que el Numeral 5.6.2.1 establece que la segunda pista de aterrizaje, se debe encontrar terminada y lista para entrar en operación, al final del décimo cuarto año de Vigencia de la Concesión o en cualquier caso, después de cinco (05) años desde la fecha en que el Concedente entregue al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH.

- b) Respecto a las condiciones de entrega de los terrenos, el contrato de concesión ha previsto lo siguiente:

- (1) Dichos terrenos deben ser entregados también en principio, *"en conjunto y en una sola oportunidad"*.

Sin embargo, es necesario considerar que el Numeral 5.32 contempla expresamente dos salvedades al cumplimiento de esta obligación en tales términos:

- Una, consiste en que las Partes pacten algo en contra de la entrega de terrenos en conjunto y en una sola oportunidad;

AN
ARO
GENERAL

OSITRAN
V. V. V.
F. VASI

del Centro Cívico
E. Bolívar 144 - Piso 19 - Lima 1
Tel: (51 1) 310 7575
Fax: (51 1) 433 1944
Email: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



Gobierno del Perú

Trabajo de peruanos

Certifico que la fotostática es fiel réplica del original que he tenido a la vista.
Fecha.

Dra. XIMENA VELT POBLETE
PRESIDENTA
Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público

- La segunda, es la que se refiere a la posibilidad de que "el Concedente acredite técnicamente y con la conformidad de OSITRAN que los terrenos entregados permiten el desarrollo del Plan Maestro del Concesionario en todos sus alcances".

(2) Del mismo modo, en Numeral 2 del Anexo 11 establece que el Concedente debe entregar los terrenos "debidamente saneados".

- En consecuencia, más allá de lo que se refiere a la oportunidad y condiciones de entrega de los "Bienes de la Concesión" a LAP, rige lo que establezca las Bases Consolidadas de la Licitación del AIJCH y en su defecto, lo que establezca las "Leyes Aplicables".
- Para efectos de lo que se refiere al alcance y contenido de la obligación del ente Concedente de entregar a LAP, los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto "debidamente saneados", es de aplicación supletoria lo establecido en el Código Civil de 1,984 (C.C.), que constituye "Ley Aplicable" de obligatorio cumplimiento, tanto para LAP como para el MTC.
- El Artículo 1484º y 1485º del C.C. establecen lo siguiente:

<<Artículo 1484.- Aplicación de saneamiento
Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

Artículo 1485.- Saneamiento
En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.>>

[el subrayado es nuestro]

- Respecto al concepto de saneamiento, Manuel de la Puente y Lavallé² señala lo siguiente:

<<Sin embargo, en su concepción estricta el saneamiento es considerado como la obligación del transferente de la propiedad, la posesión o el uso de bien de remediar al adquirente por las consecuencias de actos de terceros que invoquen un derecho anterior a la transferencia, de vicios ocultos del bien y de actos del propio transferente que, de acuerdo con el Derecho peruano, no permita destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o disminuyan su valor.

[el subrayado es nuestro]

(...)

Siendo así las cosas, el adquirente de una atribución patrimonial destinada a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien, cualquiera que sea el título de adquisición, tiene derecho a que el transferente responda ante él por

OSITRAN
FARO
GENERAL

En "El Contrato en General", Tomo III, pag. 393, Palestra Editores, Lima-Perú, 2001.

Oficina del Centro Cívico
Avenida Bolívar 144 - Piso 19 - Lima 1
Tel: (011) 433 7575
Tel: (011) 433 1944
E-mail: info@ositrans.gob.pe
www.ositrans.gob.pe



Gobierno
del Perú

Trabajo de peruanos

Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que he tenido a la vista.
Fecha.

Dra. XIMENA VELIT POSLETE
PROMOTORA
Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público

las consecuencias de la evicción lograda por un tercero, el vicio oculto del bien o el hecho del propio transferente³.>>

10. Con relación a la obligación de entrega de bien y de la obligación de asegurar una posesión pacífica y útil de éste, el mismo tratadista⁴ señala lo siguiente:

<<Empero, para que la posesión, que ya está garantizada con la entrega, sea pacífica y útil se necesita un nuevo ingrediente (...) Este ingrediente es que la posesión satisfaga la finalidad para la cual se hace adquisición de una cosa. >>

Asimismo, cuando De la Puente y Lavalle⁵ se refiere a la posición asumida por el Código Civil peruano de 1,984 señala lo siguiente:

<<El Código Civil de 1984 ha asumido la posición conceptual definida en lo que se refiere a las obligaciones de saneamiento. En efecto, y apartándose de tesis según la cual la obligación del enajenante es consecuencia del deber de entrega de la cosa que transfiere, ha pasado a considerar que su fundamento está en asegurar la posesión pacífica y útil del bien transferido. Lo dicho supone que la responsabilidad no se agota con la entrega del bien, sino que va más allá y le garantiza al adquirente que podrá gozar de él conforme a su destino. Esta es la concepción recogida en el artículo 1485 cuando menciona la finalidad de la adquisición como factor determinante de la obligación.

(...)

Esta noción de finalidad, que a primera vista puede parecer un poco postiza, es, en realidad, sumamente importante. (...) Es esta finalidad de la adquisición lo que da sentido, en la mayoría de las veces, a la transferencia contractual (...) Es más, en algunos casos, la finalidad específica es el motor del consentimiento contractual y la razón determinante de la adquisición de bienes⁶.>>

11. Para determinar los alcances de la obligación de saneamiento del Estado frente a LAP, consideramos que en primer lugar se debe analizar de manera integral lo establecido en el Numeral 2.1. (titulado "Otorgamiento de la concesión), de la Cláusula Segunda referida al "Objeto, otorgamiento y ámbito de la concesión", así como lo establecido en el Numeral 5.1 (titulado "Régimen de Bienes de la concesión") y el Numeral 5.7 (titulado "Ejecución de las Mejoras"), de la Cláusula Quinta relativa a la Operación de la concesión. Del análisis sistemático de dichas normas se deriva lo siguiente:

- a) La finalidad del otorgamiento de la posesión de los Bienes de la concesión a LAP; por parte del Estado peruano en virtud al contrato de concesión, es que efectúe su aprovechamiento económico y opere el Aeropuerto, preste los servicios aeroportuarios y de aeronavegación a su cargo, diseñe y construya

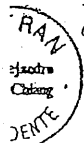


³ Op., Cit., página 406.

⁴ Op., Cit., página 396.

⁵ Op., Cit., página 398.

⁶ Op., Cit., página 413.



Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que he tenido a la vista.
Fecha, 11/05/2011

Dra. XIMENA VELIT POBLETE
REGISTRADORA
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

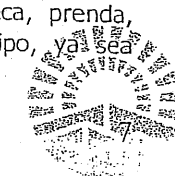
las Mejoras y, repare, conserve y mantenga los Bienes de la concesión de acuerdo a los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos.

- b) Si bien el contrato de concesión del AIJCH no define expresamente los alcances de la obligación de saneamiento, es claro que contiene estipulaciones que contiene la posición adoptada por el articulado del Código Civil de 1,984 sobre algunos aspectos de la obligación de saneamiento. Un claro ejemplo de ello, es lo que estipula expresamente el Numeral 5.32, respecto a la posibilidad de que el Concedente, acredite técnicamente y con la conformidad de OSITRAN, que los terrenos entregados permiten el desarrollo del Plan Maestro de LAP en todos sus alcances. En consecuencia, sólo en lo que se refiere a los aspectos de la obligación de saneamiento, que no están contemplados en el contrato de concesión, será de aplicación supletoria lo establecido en el C.C. 1,984.
- c) De acuerdo a lo anterior, efectivamente el Estado está obligado con LAP, a entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, pero tiene también la posibilidad de acreditar técnicamente que una entrega que no sea ("en conjunto y en una sola oportunidad"), permita la finalidad del contrato, con relación a la ejecución de las Mejoras a cargo del concesionario (detalladas en el Plan Maestro).
- d) En ese sentido, el Numeral 5.23 del contrato de concesión guarda estricta coherencia con lo establecido en el Artículo 1485º del C.C., con relación a que la obligación de saneamiento del estado se inscribe dentro del objetivo de que la entrega *permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido*.
12. Otro aspecto vinculado con los alcances de la obligación de saneamiento del Estado frente a LAP, a que se refiere el Numeral 2 del Anexo 11 de contrato, se relaciona con el hecho que dicha obligación efectivamente comprende aspectos tanto jurídico como físicos:
- a) Respecto a los aspectos jurídicos de la obligación de saneamiento previstos expresamente en el contrato de concesión, se debe señalar que efectivamente, los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH deben ser entregados, en principio, en conjunto y en una sola oportunidad.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que el Numeral 5.23 del contrato permite expresamente al Estado, acreditar que la entrega de la posesión que no sea "en conjunto y en una sola oportunidad", permite la finalidad de la entrega de dichos terrenos, que es la ampliación del AIJCH de acuerdo al Plan Maestro de LAP.

- b) Respecto a otros aspectos jurídicos de la obligación de saneamiento, se debe tomar en cuenta que el Numeral 1.23⁷ del contrato de concesión define "Gravamen", para efectos de la ejecución del contrato de concesión.

7<<1.23. "Gravamen" significará cualquier gravamen o derecho de garantía, hipoteca, prenda, usufructo, carga u otra afectación o limitación de dominio de cualquier tipo, ya sea



Certifico que la presente es una réplica de original que ha sido revisado a la vista.

Fecha:

Dra. XIMENA VELIT POBLETE

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

De esta manera, el Estado está obligado a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH libres de todo gravamen, según la definición de éste que contiene el Numeral 1.23 del propio contrato de concesión.

Asimismo, en cuanto a los aspectos "físicos" de la obligación de saneamiento que tiene el Estado con LAP, respecto a la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, consideramos que la posesión, que es el atributo de la propiedad cuyo ejercicio se garantiza con la entrega, debe ser pacífica y útil, satisfaciendo la finalidad para la cual se hace la entrega de la posesión de dichos terrenos.

El ejercicio de derecho de la posesión pacífica y útil es una obligación de tipo legal del Estado, la cual está comprendida a su vez dentro de la obligación de saneamiento del Estado, por lo que éste debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio, por parte de LAP, de la posesión pacífica y útil y el ejercicio de los derechos y obligaciones que le confiere el contrato de concesión.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión del 15 de agosto de 2005;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Interpretar la obligación contractual de entrega de los terrenos, por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que son necesarios para la ampliación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (AIJCH); en los siguientes términos:

- A. En virtud al contrato para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCH, el Estado Peruano ha otorgado a Lima Airport Partners S.R.L (LAP) la posesión, uso, disfrute y aprovechamiento económico de los "Bienes de la concesión", para la finalidad establecida en los Numerales 2.1 y 5.1 del contrato de concesión.
- B. El Estado está obligado, en principio a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, "en conjunto y en una sola oportunidad". Sin embargo, tiene expresamente la posibilidad de acreditar técnicamente que una entrega que no sea en tales términos, permita la finalidad del contrato, con relación a la ejecución de las Mejoras a cargo del concesionario, detalladas en el Plan Maestro, de conformidad con lo establecido en el Numeral 5.23.
- C. El Estado está obligado a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH libres de todo gravamen, según la definición de gravamen que contiene el Numeral 1.23 del propio contrato de concesión.

voluntaria o involuntaria (incluyendo cualquier venta con reserva de propiedad u otro convenio similar de retención o reserva de dominio o propiedad y cualquier arrendamiento financiero), y cualquier otro contrato que otorgue un derecho real de garantía.>>

Certifico que la fotocopia es fiel réplica de original que he tenido a la vista.
Fecha.

Ximena Velit Foblete
Dra. XIMENA VELIT FOBLETE
PROFESORA
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN



OSITRAN
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

D. El ejercicio de derecho de la posesión pacífica y útil de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, es una obligación de tipo legal del Estado, la cual está comprendida a su vez en la obligación de saneamiento. Por tanto, el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP de acuerdo al contrato de concesión.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L

Artículo 3.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente



Reg. Sal N° PD-6206

Calle del Centro Cívico
Av. Bolivia 144 - Piso 19 - Lima 1
Tel: (511) 330 7575
Fax: (511) 433 1944
E-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



Gobierno del Perú
Trabajo de peruanos

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 23 de septiembre de 2009

Nº 034-2009-CD-OSITRAN

VISTO:

El Informe Nº 019-09-GS-GAL-OSITRAN de fecha 15 de setiembre de 2009, mediante el cual se evalúa la solicitud de Interpretación complementaria del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de febrero del año 2001, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Vivienda y Construcción, en adelante el Concedente, y Lima Airport Partners S.R.L., en adelante el Concesionario, suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).
2. El 5 de julio del año 2005, mediante Carta Nº LAP-GCCO-C-2005-00074, el Concesionario remitió una solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH. Al respecto, LAP sostuvo lo siguiente:
 - (a) *Que, al no existir disposición en contrario en el Contrato de Concesión, el "saneamiento" al cual indirectamente se hace referencia en el numeral 2 del Anexo 11, comprende tanto los aspectos jurídicos como físicos de las áreas a ser transferidas.*
 - (b) *Que, en tal sentido, la integridad de las áreas referidas deberá ser entregada en una sola oportunidad al Concesionario libre de todo vicio, condición, efecto, carga y/o gravamen que impida, afecte o restrinja física o jurídicamente, la posesión, el uso y, en general, el absoluto y total Aprovechamiento Económico de dichas áreas. Ello incluye -pero no se restringe a- que las áreas se encuentren no sólo sin ningún tipo de carga registral sino efectivamente desocupadas y listas para que LAP asuma su inmediata posesión física.*
 - (c) *Que sólo una vez verificado debidamente dicho supuesto podrá entenderse que el Concedente ha cumplido con entregar las áreas referidas a favor del Concesionario en los términos del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.*
 - (d) *Que sólo una vez cumplida la entrega de dichas áreas en las condiciones señaladas comenzará a computarse el plazo previsto en el numeral 5.6.2.1 de la cláusula quinta del Contrato de Concesión y que, por tanto, sólo a partir de dicho momento se entenderán vigentes las obligaciones del Concesionario relativas a la ampliación del Aeropuerto"*
3. El 22 de agosto del año 2005, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 050-2005-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, a fin de establecer la

obligación contractual de entrega de los terrenos por parte del Concedente que son necesarios para la ampliación del AIJCH. El Artículo 1 de la referida Resolución establece lo siguiente:

"Artículo 1º.- Interpretar la obligación contractual de entrega de los terrenos, por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que son necesarios para la ampliación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (AIJCH); en los siguientes términos:

A. En virtud al contrato para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCH, el Estado Peruano ha otorgado a Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) la posesión, uso, disfrute y aprovechamiento económico de los "Bienes de la concesión", para la finalidad establecida en los Numerales 2.1 y 5.1 del Contrato de Concesión.

B. El Estado está obligado, en principio a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, "en conjunto y en una sola oportunidad". Sin embargo, tiene expresamente la posibilidad de acreditar técnicamente que una entrega que no sea en tales términos, permita la finalidad del contrato, con relación a la ejecución de las Mejoras a cargo del Concesionario, detalladas en el Plan Maestro, de conformidad con lo establecido en el Numeral 5.23.

C. El Estado está obligado a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH libres de todo gravamen, según la definición de gravamen que contiene el Numeral 1.23 del propio contrato de concesión.

D. El ejercicio de la posesión pacífica y útil de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, es una obligación de tipo legal del Estado, la cual está comprendida a su vez en la obligación de saneamiento. Por tanto, el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP de acuerdo al contrato de concesión.

[El subrayado es nuestro]

4. El 26 de junio del año 2009, mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097, el Concesionario remitió una solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH. En líneas generales, el Concesionario solicita:

"(...) confirmar nuestro entendimiento en el sentido de que, para el cumplimiento de la obligación de saneamiento de los terrenos que deberán entregarse a nuestra representada para la ampliación del Aeropuerto (y, por tanto, como condición para que el Concesionario proceda a recibir los mismo), el Estado –entre otros aspectos- deberá previamente:

- Realizar a su costo, cargo y responsabilidad, el respectivo saneamiento ambiental sobre dichos terrenos, llevando a cabo los trabajos necesarios de limpieza y/o mitigación de los daños ambientales que existieran en los mismos; y*
- Remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados terrenos.*

[El subrayado es nuestro]

5. El 1 de julio de 2009, mediante Oficio N° 018-09-GAL-OSITRAN, OSITRAN requirió opinión al Concedente con relación a la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.

6. El 3 de agosto de 2009, mediante Oficio N° 977-2009-MTC/25, el Concedente remite el Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL; mediante el cual emite opinión

sobre la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH. En líneas generales, el Concedente señala lo siguiente:

"2. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión establece una obligación de saneamiento físico legal, la misma que no implica acción alguna del concedente sobre demolición o retiro de bien mueble. En atención a ello, luego de expropiado los predios para la ampliación del Aeropuerto, corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones transferirlos al Concesionario con el derecho de propiedad debidamente inscrito en los Registros Públicos a favor de dicho organismo, libres de todo gravamen (según la definición del Contrato de Concesión señala el numeral 1.23), de todo tipo de poseesionarios y efectivamente desocupados.

3. Existe pronunciamiento respecto al contenido del numeral 2 del anexo 11 del Contrato de Concesión por parte del Organismo Regulador (Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN), de manera que, por un criterio de seguridad jurídica y atendiendo a la necesidad de garantizar predictibilidad en sus pronunciamientos, OSITRAN debería optar por reiterar el sentido expuesto en la parte resolutive del pronunciamiento aludido.

4. El numeral 1.2 del Contrato de Concesión señala que los predios que serán expropiados por el Concedente serán considerados parte del "aeropuerto" en tanto culmine su adquisición. Sin embargo, de conformidad con el numeral 1.8, serán considerados bienes de concesión sólo cuando sean entregados al Concesionario para su aprovechamiento económico, es decir, para la realización de las obras e inversiones que correspondan.

5. La cláusula 18.1 del Contrato de Concesión es aplicable a los bienes a ser expropiados por el Concedente, en tanto, la definición contractual del término aeropuerto, usado en el supuesto de hecho de la referida norma, contiene dichos inmuebles cuando culmine su adquisición. Así, desde dicho supuesto los inmuebles expropiados se encontrarán contenidos en los alcances de la cláusula 18.1 pero los derechos y obligaciones sobre esos serán exigibles a las partes luego de su transferencia al concesionario, adquiriendo de esta última forma su calidad de bien de concesión.

6. A efectos de absolver la discrepancia sobre la obligación ambiental respecto a los nuevos predios a expropiarse, corresponde que este Ministerio solicite la interpretación de la cláusula contractual 18.1, en concordancia con la 5.23, 1.8 y 1.2."

7. El 3 de setiembre de 2009, mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132, el Concesionario formula consideraciones adicionales a su solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, atendiendo los argumentos que fueran presentados por el Concedente.
8. El 7 de setiembre de 2009, mediante Oficio N° 1158-2009-MTC/25, el Concedente remite el Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL, mediante el cual complementa el Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL, proporcionando información que fuera consulta por OSITRAN.

II. CUESTIONES A DETERMINAR

9. Determinar si corresponde admitir a trámite la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

10. Determinar si corresponde declarar procedente, improcedente, fundada o infundada la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

III. ANÁLISIS

11. Con el fin de emitir el pronunciamiento respecto a la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, se evaluarán los siguientes puntos:

- A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
- B. Admisibilidad y Procedencia de la solicitud del Concesionario.
- C. Marco contractual.
- D. Argumentos del Concesionario y Concedente.
- E. Evaluación de argumentos.

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.

12. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
13. Al respecto; el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN², Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Además, la norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

¹ Ley N° 26917.-

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)."

² REGO

"Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

d) Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las ENTIDADES PRESTADORAS realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

(...)"

14. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación³. De igual modo, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante los Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos "(...) tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión (...)".
15. Sobre el particular, el ítem 6.1 de los Lineamientos establece que:
- "Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas [sic] en el contrato, sin restringir (...) su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. (...)"*
16. El numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, prevé que "OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los Contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917)". Agrega que "pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados".
17. En atención a lo expuesto, podemos advertir que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil. Sin embargo, cabe precisar que conforme a lo previsto en el Artículo 1362° del Código Civil⁴, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe.

³ Artículo 168.- Interpretación objetiva

El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 169.- Interpretación sistemática

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Artículo 170.- Interpretación integral

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

⁴ Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

18. De otro lado, el numeral 24.12 del Contrato de Concesión del AIJCH⁵ describe los criterios de interpretación que se aplican complementariamente, a los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil antes descritos.

B. Admisibilidad de la solicitud del Concesionario

19. Mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097 de fecha 26 de junio del año 2009, Lima Airport Partners S.R.L. remitió una solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.
20. Mediante Oficio N° 018-09-GAL-OSITRAN de fecha 1 de julio de 2009, OSITRAN requirió opinión al Concedente con relación a la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, habiendo dado respuesta mediante Oficio N° 977-2009-MTC/25 de fecha 3 de agosto de 2009.
21. Sobre el particular, la solicitud de interpretación cumple con el requisito de admisibilidad previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, por lo que corresponde evaluar el marco contractual vigente y la pretensión del Concesionario, determinando si los argumentos vertidos en la solicitud de interpretación complementan o no la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, y de ser el caso, si dicha pretensión resulta procedente y fundada.

C. Marco Contractual

22. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH materia de la presente interpretación complementaria, establece lo siguiente:

*"2. De la Responsabilidad del Estado Peruano"
El Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encargará de entregar al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto dentro del plazo máximo establecido en el numeral 5.23 del Contrato y debidamente saneados."
[El subrayado es nuestro]*

23. Los numerales 1.2, 1.5, 1.8, 1.30, 1.31 y 1.34 de las Definiciones del Contrato de Concesión del AIJCH señalan lo siguiente:

⁵ 24.12. Interpretación del Contrato: El presente Contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente.
Las sumillas de las Cláusulas de este contrato servirán como referencia y, en ningún caso afectarán la interpretación de su texto.
En caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:
a) El presente Contrato que incluye sus anexos.
b) Las Circulares.
c) Las Bases.
d) Los anexos a las Bases.

"1.2 Aeropuerto significará el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" ubicado en la Av. Elmer Faucett s/n, Provincia Constitucional del Callao – Perú conforme puede apreciarse en el Plano 1 del Anexo 20, cuyo perímetro se encuentra delineado en el Plano 2 del Anexo 20 del presente Contrato y las áreas, infraestructura, instalaciones y equipos que lo conforman se encuentran detallados en el Anexo 1 del presente Contrato. El Aeropuerto incluirá las áreas destinadas para su ampliación, descritas en el Anexo 11 del presente Contrato, cuando culmine la adquisición de éstas por el Concedente. Los bienes del Aeropuerto que serán entregados en Concesión se encuentran detallados en el Anexo 2 del presente Contrato".

[El subrayado es nuestro]

"1.5 Aprovechamiento Económico significará el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, en los términos y condiciones del presente Contrato, de conformidad con lo establecido en el Artículo 73 de la Constitución Política del Estado".

[El Subrayado es nuestro]

"1.8 Bienes de la Concesión significarán los bienes, inicialmente identificados en el Anexo 2 del presente Contrato, las áreas descritas en el Anexo 11 del presente Contrato destinadas a la ampliación del Aeropuerto, cuyo Aprovechamiento Económico es entregado al Concesionario, así como las Mejoras que se efectúen durante la Vigencia de la Concesión".

[El subrayado es nuestro]

"1.30 Medio Ambiente significará todo aquello que rodea al ser humano y que comprende a los elementos naturales, tanto físicos como biológicos, a los elementos artificiales (estructuras), los elementos sociales y a las interacciones de todos entre sí."

"1.31 Mejoras significarán los bienes muebles e inmuebles así como el producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión destinados a optimizar la infraestructura aeroportuaria y la calidad de los Servicios Aeroportuarios y de los Servicios de Aeronavegación a cargo del Concesionario, conforme a lo estipulado en el Anexo 3 del presente Contrato, cuya adquisición y construcción será a cuenta y costo del Concesionario, conforme se establece en el presente Contrato. Las Mejoras tendrán la condición de Mejoras Obligatorias, Mejoras Eventuales y Mejoras Complementarias, según corresponda".

"1.34 Mejoras Obligatorias significará aquellas Mejoras indicadas en la Cláusula 5.6 que se requiera implementar sin tener en consideración el volumen de tráfico o cualquier otro factor".

24. El numeral 5.6 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

"5.6 Mejoras: Con sujeción a las disposiciones adicionales de esta Cláusula 5, el Concesionario realizará las Mejoras indicadas a continuación, conforme a lo establecido en el Anexo 6 del presente Contrato y a los Requisitos Técnicos Mínimos, salvo que se autorice de otra manera por escrito por el Concedente contando con la opinión técnica de OSITRAN.

(...)

5.6.2 Durante el Período Remanente de Vigencia de la Concesión

5.6.2.1 Mejoras Obligatorias

El Concesionario está obligado a construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación al final del décimo cuarto año de Vigencia de la Concesión o en cualquier caso, después de cinco (05) años desde la fecha en que el Concedente entregue al Concesionario, en su conjunto y en una sola

oportunidad, el área requerida para la ampliación del Aeropuerto, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.23.

(...)"

[El Subrayado es nuestro]

25. El numeral 5.23 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

"5.23 De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada en conjunto, en una sola oportunidad, salvo pacto en contrario de las Partes, al Concesionario por el Concedente dentro del plazo de ocho (08) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área, descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula, salvo que el Concedente acredite técnicamente y con la conformidad de OSITRAN que los terrenos entregados permiten el desarrollo del Plan Maestro del Concesionario en todos sus alcances.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

26. El numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

"18.1 Auditoría Ambiental y Estudio de Impacto Ambiental:

En un plazo de doce (12) meses contados a partir de la Fecha de Cierre, el Concesionario conviene en realizar, a su propio costo, una auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental, efectuados por una firma de consultores independientes de reconocido prestigio internacional y experiencia pertinente, seleccionada y contratada por el Concesionario de una lista, de cuanto menos tres (3) firmas, proporcionada por OSITRAN a dicho efecto. Dicha auditoría y estudio de impacto ambiental deberá incluir al Aeropuerto en su integridad y a los efectos de todas las operaciones realizadas en el mismo, incluyendo, sin limitarse, a los tanques y ductos de combustible, y los efectos contaminantes del ruido, humos, gasolina, aceites y otros hidrocarburos. El estudio de impacto ambiental deberá indicar un plazo máximo recomendable para el inicio de las actividades de limpieza y mitigación a cargo de cada una de las Partes así como el costo estimado de las mismas.

En la medida en que dichos estudios recomienden que se lleven a cabo actividades de limpieza y mantenimiento en el Aeropuerto, éstas se realizarán bajo responsabilidad de:

18.1.1 El Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera de la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre; en este caso, el Concedente deberá contar con el apoyo que pueda requerir razonablemente y con los derechos de acceso que fueren necesarios, tratando el Concedente de no interrumpir las operaciones normales del Aeropuerto, en la medida de lo posible; o

18.1.2 El Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido desde la Fecha de Cierre.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

27. El numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

"22.1 Asunción del Riesgo. Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente o para cualquiera de sus organismos, el Concesionario asume por su propia cuenta y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier Contrato de Operación, la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general, la realización de las Mejoras, aquellos gastos y riesgos derivados del uso de tecnología y patentes propias del Concesionario, y todas aquellas materias u operaciones

*bajo su control o bajo su responsabilidad de acuerdo con el presente Contrato, salvo lo establecido en la Cláusula 26 del presente Contrato".
[El subrayado es nuestro]*

D. Argumentos del Concesionario y del Concedente

D.1 Argumentos del Concesionario

D.1.1 Limpieza y/o mitigación de daños ambientales

28. El Concesionario señala que "no existe una regulación específica acerca de cómo deben de ser asumidos entre las partes del Contrato de Concesión los riesgos por pasivos medioambientales en los terrenos", por lo que corresponde al Concedente asumir dicho riesgo, toda vez que estaba o podía estar en mayor control de éste.
29. En este orden de ideas, el Concesionario señala que *"El Estado está obligado a realizar directamente, bajo responsabilidad y costo propios, la mitigación de los pasivos ambientales que pudieran requerir dichos terrenos"*. Para tal efecto, la obligación de saneamiento debe comprender *"(a) el realizar y ejecutar directamente la mitigación o el saneamiento propiamente dicho, como (b) el asumir la carga económica que ello implica"*.
30. Finalmente, los argumentos que sustentarian la pretensión del Concesionario se basan en lo siguiente:
 - La naturaleza del Contrato de Concesión, según la cual no se asignan riesgos al Concesionario que éste no asumió.
 - La aplicación del criterio general de asignación de riesgos en el ámbito contractual (cheapest cost avoider), que se encuentra recogido en el Código Civil y en la lógica del Contrato de Concesión.
 - La aplicación de lo estipulado en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, en los términos expresamente señalados en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN.

D.1.1.1. El Contrato de Concesión

31. El Concesionario señala que *"un Principio contenido en el Contrato de Concesión es que el Concesionario asuma una determinada obligación –y muy especialmente una que implique un costo o el desarrollo de actividades como consecuencia de hechos originados antes de recibir los bienes de la Concesión-, ésta debe de estar expresamente contemplada en el texto contractual"*.
32. Al respecto, el Concesionario señala que el Contrato de Concesión no establece que corresponde a éste efectuar directamente y a su costo, las labores de mitigación de daños ambientales en los terrenos que serán destinados a la

ampliación del AIJCH, por lo que, la ausencia de una obligación explícita no puede interpretarse como la presencia de una obligación implícita.

33. En tal sentido, el Concesionario sostiene que no existe sustento para exceptuar al Concedente de la regla derivada del deber de saneamiento (ejecutar y asumir el costo) y, por lo tanto, de la obligación de desarrollar las labores de mitigación de daños ambientales.

D.1.1.2. Aplicación del criterio general de asignación de riesgos previsto en el Código Civil.

34. El Concesionario señala que una interpretación adecuada del Contrato de Concesión respecto a las obligaciones de saneamiento ambiental de los terrenos, debería concluir que, ante la ausencia de pacto expreso entre las partes, la regla de asignación de riesgos refleje la lógica contractual vigente en el Código Civil, es decir, la regla del *cheapest cost avoider*.
35. Sobre el particular, el Concesionario indica que *"si aplicamos esta regla general recogida en nuestro Código Civil al presente caso, tendremos que la obligación en materia de saneamiento ambiental de los terrenos deberá estar determinada precisamente en función a la fecha de entrega de los Terrenos. Así, la obligación de saneamiento ambiental del Estado se referirá a todos aquellos daños ambientales ocurridos con anterioridad a la entrega de Terrenos, mientras que la de LAP se referirá a los daños ocurridos con posterioridad"*.
36. Como puede advertirse, el argumento del Concesionario parte por determinar quién tiene el control sobre cualquier aspecto que pudiera afectar a los Terrenos, el Estado, concluyendo que cualquier obligación ambiental derivada por hechos previos a la entrega de éstos, recaigan bajo su esfera de responsabilidad.
37. Por último, cabe mencionar que, el Concesionario indica que la aplicación del criterio del *"cheapest cost avoider"* es comúnmente aceptada y utilizada en diversos Contratos de Concesión (Aeropuertos del Perú, Tramo Ancón-Huacho-Pativilca, Tramo Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica, entre otros). Inclusive, LAP señala que este criterio de asignación de riesgos es aplicado en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión del AIJCH, referido a las obligaciones de mitigación de daño ambiental a realizarse en el Aeropuerto.

D.1.1.3. La obligación de saneamiento contenida en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.

38. El Concesionario sostiene que la obligación de saneamiento contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, está referida a cualquier aspecto físico o jurídico que pudiera impedir la utilización de los terrenos en la ampliación del AIJCH, los mismos que deberán ser previamente corregidos (saneado) por el Estado antes de su entrega a LAP.

39. Al respecto, el Concesionario es de la opinión que las obligaciones ambientales (limpieza y/o mitigación del daño ambiental), en la medida que se encuentran relacionadas precisamente a eliminar problemas que podrían limitar el uso de los terrenos y su utilización adecuada para la ampliación del AIJCH, se encuentran dentro del espectro de obligaciones de "saneamiento" del Estado establecidas en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.
40. En ese orden de ideas, el Concesionario sostiene que "(...) en el caso de los Terrenos la obligación de saneamiento ambiental del Estado implica tanto el desarrollo de las labores necesarias de limpieza y/o mitigación de daño ambiental como la asunción de su costo económico. Dado que las partes no han efectuado pacto alguno en sentido contrario, no resulta legalmente posible concluir algo distinto".

D.1.2. Remoción, demolición, movilización traslado, retiro o, en general, eliminación de edificaciones

41. El Concesionario sostiene que los argumentos vertidos para sustentar su pretensión respecto a los pasivos medioambientales en los terrenos, resultan aplicables para el caso de la remoción, demolición, movilización, traslado, retiro o eliminación de edificaciones⁶.
42. En ese orden de ideas, el Concesionario señala que "debe concluirse también que la recepción de los Terrenos citados por parte de LAP estará condicionada a que sobre los mismos no existan edificaciones ni, en general, obstáculos físicos (postes, construcciones -o restos de las mismas-, infraestructura, etc.) que representen una afectación que impida o restrinja la posesión y el uso de tales terrenos, atendiendo a los fines a los cuales están destinados conforme al Contrato de Concesión (ampliación del Aeropuerto)".

D.2 Argumentos del Concedente

43. Los órganos técnicos del sector Transportes, Dirección General de Asuntos Socio Ambientales y la Oficina General de Administración, han emitido opinión sobre la solicitud de interpretación complementaria efectuada por LAP, sosteniendo lo siguiente:
- La Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante Informe N° 010-2009-MTC/16.LGC e Informe N° 019-2009-MTC/16.LGC, ha emitido opinión señalando que la Cláusula 18 del Contrato de Concesión es aplicable para la entrega de nuevas áreas que servirán para la construcción de la segunda

⁶ Al respecto, el Concesionario señala "(...) los argumentos sostenidos (...) son aplicables al análisis requerido para determinar si corresponde al Estado efectuar directamente (es decir, por su propia actividad) y a su costo, las demoliciones y, en general, eliminación de edificaciones levantadas en los Terrenos como condición previa a su entrega a favor del Concesionario".

pista de aterrizaje. Agrega que el Contrato de Concesión establece claramente que la responsabilidad del Concedente se extiende a los pasivos ambientales generados hasta la entrega del aeropuerto.

- La Oficina General de Administración del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante informe N° 039-2009-MTC/10.05.ppst, ha emitido opinión señalando que la remoción de toda edificación de los predios a expropiarse no ha sido considerada en el Contrato de Concesión ni en la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN. El saneamiento físico legal implica tanto la regularización, formalización de la propiedad, acceso al registro público y levantamiento de los gravámenes que puedan existir; así como, a la regularización o adecuación de la partida registral a la que existe en la realidad.
44. El Concedente señala que la Cláusula 24.12 del Contrato de Concesión del AIJCH exige que la interpretación del Contrato debe realizarse como una unidad, para lo cual, no deberían optarse por sentidos normativos contradictorios o que disminuyan la eficiencia económica de cada disposición. Asimismo, la interpretación contractual debe respetar el objeto y naturaleza de la Concesión, la finalidad de la norma y atender a una lógica de eficiencia económica.
 45. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión establece una obligación de saneamiento físico legal, la misma que no implica acción alguna del Concedente sobre demolición o retiro de bien mueble. En atención a ello, luego de expropiado los predios para la ampliación del Aeropuerto, corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones transferirlos al Concesionario con el derecho de propiedad debidamente inscrito en los Registros Públicos a favor de dicho organismo, libres de todo gravamen, de todo tipo de posesionarios y efectivamente desocupados.
 46. Existe un pronunciamiento previo respecto al contenido del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión por parte de OSITRAN (Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN), de manera que, por un criterio de seguridad jurídica y atendiendo a la necesidad de garantizar predictibilidad en sus pronunciamientos, OSITRAN debería optar por reiterar el sentido expuesto en la parte resolutive del pronunciamiento aludido.
 47. El numeral 1.2 del Contrato de Concesión señala que los predios serán expropiados por el Concedente serán considerados parte del "aeropuerto" en tanto culmine su adquisición. Sin embargo, de conformidad con el numeral 1.8, serán considerados bienes de concesión sólo cuando sean entregados al Concesionario para su aprovechamiento económico, es decir, para la realización de las obras e inversiones que correspondan.
 48. La Cláusula 18.1 del Contrato de Concesión es aplicable a los bienes a ser expropiados por el Concedente, en tanto, la definición contractual del término aeropuerto, usado en el supuesto de hecho de la referida norma, contiene

dichos inmuebles cuando culmine su adquisición. Así, desde dicho supuesto los inmuebles expropiados se encontrarán contenidos en los alcances de la cláusula 18.1 pero los derechos y obligaciones sobre esos serán exigibles a las partes luego de su transferencia al Concesionario, adquiriendo de esta última forma su calidad de bienes de concesión.

E. Evaluación de Argumentos

E.1 Cuestión Previa: Sobre la interpretación de la Cláusula 18 del Contrato de Concesión

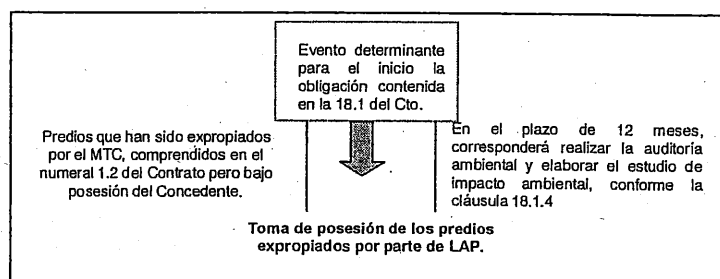
49. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha señalado que la Cláusula 18 del Contrato de Concesión, referida a aspectos vinculados a los pasivos ambientales, es aplicable a los bienes a ser expropiados por éste, luego de su transferencia al Concesionario (ex-post). Sobre el particular, el Concedente precisa que:

"(...) será responsabilidad para la remediación de los daños ambientales:

- Del Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera de la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre; en este caso, deberá contar con el apoyo que pueda requerir razonablemente y con los derechos de acceso que fueren necesarios, tratando de no interrumpir las operaciones normales del Aeropuerto, en la medida de lo posible; o
- Del Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido desde la Fecha de Cierre."

Cabe precisar que, el Concedente entiende por Fecha de Cierre, a "un evento que determine el inicio del cómputo de plazo, el cual sería la toma de posesión – entrega de predios expropiados".

50. En líneas generales, conforme a lo señalado en el numeral 86 del Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL, la posición del Concedente se presentaría de la siguiente forma:



51. Por su parte, el Concesionario ha señalado que "para el caso de los Terrenos no existe en el Contrato de Concesión una regulación expresa o específica para la asignación entre las partes de los riesgos de saneamiento ambiental (limpieza

y/o mitigación de daños ambientales)". Agrega que "a diferencia del caso Aeropuerto recibido en la Fecha de Cierre, en el caso de los Terrenos la obligación de saneamiento ambiental del Estado implica tanto el desarrollo de las labores necesarias de limpieza y/o mitigación de daño ambiental, como la asunción de su costo económico", actividades que deben realizarse de manera previa a la entrega de los terrenos⁷.

52. Si bien, por un lado, existe la manifestación de voluntad por parte del Concedente de asumir la responsabilidad por los daños ambientales después de la entrega de los terrenos para la construcción de la segunda pista, previa auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental que determine las actividades de limpieza o mitigación que le corresponden y que hayan ocurrido antes de la entrega de los mismos; por el otro, el Concesionario manifiesta que no existe regulación expresa o específica sobre la responsabilidad por los daños ambientales en los terrenos, precisando que no resulta aplicable lo previsto en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión⁸.
53. En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN que interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión resolvió cuál es la obligación contractual que corresponde al Concedente al momento de la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH (ex-ante). Siendo este el caso, no corresponde ni es materia de evaluación del presente procedimiento de interpretación complementaria, la determinación y existencia de regulación sobre aquellas obligaciones ambientales que correspondan al Concedente y/o Concesionario de manera posterior a la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH (ex-post); por lo que lo señalado en parte del Punto II.2 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097, el numeral 5 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132 y el numeral 3.6.4 del Informe N° 457-2009-MTC/25-RCL, no resulta pertinente para el presente caso.
54. Cabe resaltar que, el Concedente ha señalado que "a efectos de absolver la discrepancia sobre la obligación ambiental respecto a los nuevos predios a expropiarse, corresponde que este Ministerio solicite la interpretación de la cláusula contractual 18.1, en concordancia con la 5.23, 1.8 y 1.2". Sin embargo,

⁷ El numeral (g) de las Conclusiones de la Carta LAP-GCCO-C-2009-00097 señala lo siguiente:

"(g) Por lo expuesto, consideramos que vuestro Organismo debe interpretar el citado numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión en el sentido de que, para el cumplimiento de la obligación de saneamiento de los Terrenos (y, por tanto, como condición para que el Concesionario proceda a recibir los mismos), el Estado -entre otros aspectos- deberá previamente:

- Realizar a su costo, cargo y responsabilidad, el respectivo saneamiento ambiental sobre dichos Terrenos, llevando a cabo los trabajos necesarios de limpieza y/o mitigación de los daños ambientales que existieran en los mismos; y
- Remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados Terrenos."

⁸ Carta LAP-GCCO-C-2009-00097. Similar opinión obra en el numeral 5 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132.

"(...)

53. Como desarrollaremos a continuación, es claro que dicha regulación de naturaleza especial y excepcional, se aplica exclusivamente para el Aeropuerto recibido en la Fecha de Cierre y, por lo tanto, no resulta aplicable al caso de los pasivos ambientales vinculados a los Terrenos."

[El subrayado es nuestro]

a la fecha, no existe solicitud alguna cuya pretensión comprenda la evaluación de la Cláusula 18 del Contrato de Concesión.

55. En atención a lo antes expuesto, la pretensión referida a la obligación ambiental sobre los terrenos entregados al Concesionario para la ampliación del AIJCH, conforme a la Cláusula 18 del Contrato de Concesión, no corresponde ser evaluado en el presente procedimiento de interpretación, máxime aún, si tanto el Concedente como el Concesionario, no han solicitado la interpretación de la referida Cláusula correspondiente. Incluso, debemos precisar que el Concesionario ha manifestado que la Cláusula 18 del Contrato de Concesión resulta inaplicable para los terrenos entregados para la ampliación del AIJCH.

E.2 Análisis de los Riesgos asumidos por las Partes en el Contrato de Concesión y sus Bases

56. El Contrato de Concesión y sus Bases, entre otros⁹, fijan las reglas que debe sujetarse el Concedente y el Concesionario. Así, la regla general prevista en el Contrato prevé que el Concesionario asume los riesgos de la Concesión, salvo para aquellos casos en los que se establece expresamente en el Contrato la responsabilidad del Concedente. En tal sentido, ahí donde no está establecido expresamente un riesgo a favor del Concedente, en atención al Contrato de Concesión del AIJCH, el Concesionario debe asumirlo.
57. Al respecto, el numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH prevé lo siguiente:

"22.1 Asunción de Riesgo. Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente o para cualquiera de sus organismos, el Concesionario asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier Contrato de Operación, la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general, la realización de las Mejoras, aquellos gastos y riesgos derivados del uso de tecnología y patentes propias del Concesionario, y todas aquellas materias u operaciones bajo su control bajo su responsabilidad de acuerdo con el presente Contrato, salvo lo establecido en la Cláusula 26 del presente Contrato."

[El subrayado es nuestro]

58. En atención al numeral antes citado, y aplicando la regla general definida en el Contrato de Concesión y sus Bases, corresponderá al Concesionario, en el caso específico de las Mejoras, asumir el gasto y riesgo de su realización. Sobre el

⁹ En el caso de la interpretación del Contrato de Concesión, la prelación de la documentación para solucionar la discrepancia es la siguiente:

"24.12. Interpretación del Contrato:

(...)

En caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:

1. El presente Contrato que incluye sus anexos.
2. Las circulares.
3. Las Bases.
4. Los anexos a las Bases."

particular, constituye una Mejora Obligatoria, tal como se establece en el numeral 5.6.2.1 del Contrato de Concesión del AIJCH, la construcción de "una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación al final de decimo primer año de vigencia de la concesión".

59. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH establece que:

"El Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encargará de entregar al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto dentro del plazo máximo establecido en el numeral 5.23 del Contrato, y debidamente saneados".

[El subrayado es nuestro]

60. Como puede advertirse, el Contrato de Concesión ha establecido indubitablemente la responsabilidad del Concedente en la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto. Asimismo, el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH ha establecido que los terrenos deben estar debidamente saneados. Con relación a este último aspecto, sin perjuicio de abordarlo en el numeral E.3 del presente informe, OSITRAN ya interpretó el referido numeral del Contrato de Concesión del AIJCH, estableciendo que el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP, Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN.
61. Cabe recordar que, durante el uso de la palabra realizado ante el Consejo Directivo de OSITRAN de fecha 12 de agosto de 2009, el Concesionario señaló que su pretensión era una aclaración a la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN¹⁰. Sobre el particular, el artículo 406° del Texto Único del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial N° 010-93-JUS¹¹, norma de aplicación supletoria¹², prevé que "El juez no puede alterar las resoluciones después de notificarlas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión. El pedido de

¹⁰ Sobre el particular, la cuarta lámina de la presentación de Lima Airport Partners señala:

"Solicitud de aclaración

(...)

A esta conclusión se llega con la mera aplicación de los criterios recogidos en la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN. No obstante, dada la importancia del tema y de la aparente discrepancia que existe al respecto de parte del MTC, requerimos su expresa aclaración".

[El subrayado es nuestro]

¹¹ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 23 de abril de 1993.

¹² La Primera Disposición Complementaria y Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil prevé lo siguiente:

"Primera.-

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza."

aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es *inimpugnable*". En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN agotó la vía administrativa, habiendo transcurrido más de tres años desde su expedición y notificación, por lo no que no cabe, en atención a la norma antes citada, solicitar aclaración alguna de la referida Resolución.

62. En tal sentido, en atención al numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH y lo antes señalado, los riesgos vinculados con el saneamiento ambiental, así como los referidos a la demolición y eliminación de cualquier edificación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, corresponderán ser asumidos por el Concesionario. Cabe precisar que dichos riesgos, no se encuentran previstos el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, toda vez que el procedimiento de interpretación contractual del referido numeral, definió el contenido y alcance del término "*debidamente saneado*" previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, tal como se indica en el numeral 60 del presente informe.
63. En conclusión, el Contrato de Concesión sí cuenta con cláusulas contractuales que precisan quien asume las obligaciones por la realización de las Mejoras, y en particular, sobre aquellas Mejoras Obligatorias vinculadas con la ejecución de la segunda pista de aterrizaje en los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH¹³.
64. Ahora bien, para que el Contrato de Concesión del AIJCH haya previsto que el Concesionario hace suyo dichos riesgos, resulta evidente que, previamente, éste debe contar con los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, es decir, una vez que el Concedente hace entrega de los referidos terrenos, la obligación de saneamiento ambiental, así como la demolición y eliminación de cualquier edificación, resultan exigibles¹⁴.
65. El numeral 2.1 del Contrato de Concesión del AIJCH establece que:

¹³ Sobre este aspecto, el numeral 3.1 del Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL señala:

"Para ello, el Concesionario, entre otros argumentos, sostiene que el **criterio de asignación de riesgos**, es la regla lógica más económica y refleja lo que las partes pueden o están en condiciones de pactar, de manera que, los costos o riesgos derivados o vinculados a la ejecución de un contrato son asumidos por aquella que está en mejor capacidad para controlarlos y mitigarlos.

No obstante lo anterior, debemos señalar que no corresponde aplicar la teoría de asignación de riesgos si el CONTRATO DE CONCESIÓN regula de manera expresa y taxativa quien es la parte que debe asumir el riesgo."

De igual modo, el Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL indica:

"En ese sentido, no sería adecuado ni viable interpretar que la demolición de la construcción y fábrica de los bienes a ser entregados para la ampliación del AIJCH le corresponden al Estado; toda vez que la cláusula 22.1 ha prescrito que el Concesionario es quien debe asumir por su propia cuenta, los gastos y riesgos referidos a la realización de las mejoras".

¹⁴ El numeral 3 del Anexo 11 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"3. De la Obligación del Concesionario

Efectuada la entrega al Concesionario de los terrenos a que se refiere este Anexo, éste estará obligado a iniciar las respectivas obras conforme a lo estipulado en su propuesta técnica contenida en el Anexo 6 del presente Contrato."

"2.1 Otorgamiento de la Concesión. El Concedente por el presente Contrato otorga al Concesionario, (...), el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos en el presente Contrato. En virtud de la Concesión, el Concesionario será responsable (...) del diseño y construcción de las Mejoras (...)".

[El subrayado es nuestro]

66. Se entiende por Aprovechamiento Económico, conforme al numeral 1.5 del Contrato de Concesión del AIJCH, el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, los cuales conforme al numeral 1.8 del Contrato de Concesión del AIJCH, son aquellos inicialmente identificados en el Anexo 2, las áreas descritas en el Anexo 11 destinadas a la ampliación del Aeropuerto, cuyo Aprovechamiento Económico es entregado al Concesionario, así como las Mejoras que se efectúen durante la vigencia de la Concesión.
67. Como puede advertirse, podemos resaltar que el Concedente, en el caso materia de evaluación, garantiza al Concesionario su derecho a la operación y explotación de los Bienes de la Concesión, encontrándose entre ellos, los terrenos destinados a la ampliación del Aeropuerto. En ese sentido, no correspondería que el Concedente asuma previamente el saneamiento ambiental sobre dichos terrenos, así como tampoco, demoler y eliminar cualquier edificación que exista sobre los referidos terrenos, más aún cuando el propio Contrato de Concesión asigna dicho riesgo al Concesionario, con excepción de lo señalado en el numeral E.1 del presente informe.
68. De otro lado, las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en adelante LAS BASES, prevén lo siguiente¹⁵:

"6.6.3 Documentos de Propuesta Técnica

6.6.3.1 Planes maestros de desarrollo conceptual

(...)

El Postor preparará y presentará sus propios cálculos para los siguientes rubros en el formato establecido en el plan maestro conceptual referencial:

(...)

- Estimación de todos los costos requeridos por el desarrollo de la infraestructura aeroportuaria y mantenimiento aeroportuario."*

¹⁵ De manera específica, el numeral 6.6.3.1.2 de LAS BASES señala lo siguiente:

"6.6.3.1.2. Período Remanente de Vigencia de la Concesión: Plan Maestro Conceptual General de Desarrollo.

(...)

El plan maestro de desarrollo conceptual general deberá proporcionar detalles razonables con respecto a la naturaleza y costo proyectado de las instalaciones (a nivel macro) que se prevea requerir en cada periodo de la capacidad de crecimiento".

69. Como puede advertirse, el Postor y actual Concesionario debía definir los costos que eran necesarios para la construcción de la segunda pista de aterrizaje, en base al Plan Maestro de Desarrollo Conceptual que presentó, costos que debía incorporar en su oferta técnica¹⁶. Cabe resaltar que, el Postor conocía cuál era la real situación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH¹⁷, es decir, la existencia de un extenso terreno agrícola, la existencia de algunas edificaciones de los poseedores, así como de algunas empresas que operaban en dichos terrenos, los cuales son materia de un proceso de expropiación por parte del Estado¹⁸.
70. Así, en lo que respecta al rubro "remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados

¹⁶ Según los Términos de Referencia Técnicos, tenemos lo siguiente:

"Anexo N° 6 – Sección 3.0

3.7 Normas Operacionales que determinarán el Desarrollo realizado por los Concesionarios Aeroportuarios en la 2ª Pista de Aterrizaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

Construcción de una Segunda Pista de Aterrizaje

El Concesionario deberá tener totalmente construida una Segunda Pista de Aterrizaje y lista para entrar en operación al final del décimo primer año de Vigencia de la Concesión.

De otro lado, el Apéndice 9 Anexo 8 atiende una Consulta de uno de los Postores, con la finalidad de establecer las partidas a la estructura básica del presupuesto del plan maestro referencial. Al respecto, la Consulta N° 7 señala lo siguiente:

"CONSULTA N° 7

Confirmar que los postores pueden adicionar partidas de costos unitarios a la estructura básica del presupuesto del plan maestro referencial, según formato de Parsons.

RESPUESTA:

Sí; los Postores pueden adicionar partidas de costos unitarios a la estructura básica del presupuesto del plan maestro referencial."

¹⁷ El Anexo N° 7 de las Bases "Descripción Detallada del Aeropuerto" delimita la ubicación de éste, así como sus coordenadas geográficas, precisándose que "parte de los inmuebles que conforman el Aeropuerto serán entregados en Concesión y se encuentran detallados en el Anexo 2 del Contrato de Concesión".

¹⁸ Según el Plan Maestro Conceptual General (Años 1 al 30) de LAP tenemos:

"2.2-A Consideraciones Generales

Las metas de planificación se han establecido para garantizar que el Plan Maestro se concentre en puntos de desarrollo clave como seguridad, eficiencia operativa, conveniencia de los pasajeros, flexibilidad en los diseños y dimensiones adecuadas de las instalaciones. Estas metas tienen que equilibrarse con la necesidad de que los planes sean económica y ecológicamente viables.

Dichas metas de planificación y otras consideraciones importantes que influyen significativamente en el desarrollo del plan maestro se detallan a continuación:

(...)

- Adquirir Terrenos Expropiados – Como se tratará posteriormente en este capítulo, la zona al Oeste del aeropuerto se ha identificado como el lugar predilecto para el desarrollo futuro del aeropuerto, lo que incluye la construcción de una nueva pista de aterrizaje paralela y un complejo de terminal en la zona central. Los referidos terrenos que son de propiedad de agricultores y otras personas, serán adquiridos por el Concedente y entregados al Concesionario antes del fin del cuarto año de la Concesión.

[El subrayado es nuestro]

terrenos"¹⁹, costos vinculados con la ejecución de la segunda pista de aterrizaje, la propuesta técnica del Postor y actual Concesionario, establece lo siguiente²⁰:

"2.1.1-B.5 Desarrollo en el año 5 de la Concesión (Figura PMD-FD-5)

(...)

Sistema de Campo Aéreo

Pista de Aterrizaje.- Se construirán el nuevo cerco perimétrico y la vía perimétrica en los nuevos terrenos del aeropuerto y se iniciarán los trabajos preliminares de preparación de terreno para la futura construcción de la nueva pista de aterrizaje, incluyendo la limpieza de vegetación."

[El subrayado es nuestro]

71. En las obras de Ingeniería Civil, conforme se indica en el texto "Costos y Presupuestos en Edificación - 2004" auspiciado por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), se entiende por **trabajos preliminares**, haciendo aplicable lo señalado en el Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, Decreto Supremo N° 013-79-VC, aquellas labores previas y necesarias para iniciar la obra. En ese orden de ideas, al momento de establecer los costos para la construcción de la futura pista de aterrizaje, el Postor y actual Concesionario debía incluir todos los costos que son necesarios para iniciar la construcción de la referida pista de aterrizaje. Para tal efecto, el referido Reglamento, identifica cuáles son los costos vinculados bajo el rubro "trabajo preliminares", siendo los siguientes:

"02.00 TRABAJOS PRELIMINARES

(...)

02.01 LIMPIEZA DE TERRENO

Esta partida comprende los trabajos que deben ejecutarse para la eliminación de basura, elementos sueltos, livianos y pesados existentes en toda el área del terreno, así como de maleza y arbustos de fácil extracción. No incluye elementos enterrados de ningún tipo.

(...)

02.02 ELIMINACIÓN DE OBSTRUCCIONES

Comprende la eliminación de elementos aislados, parcial o totalmente enterrados; tales como árboles, raíces, rocas, postes y en general cualquier otro elemento sujeto a la tierra, incluyendo su carga, transporte y descarga fuera de la obra.

(...)

02.03 REMOCIONES

¹⁹ Según Carta LAP-GCCO-C-2009-00097 de fecha 26 de junio de 2009.

²⁰ En este mismo sentido, el Plan Maestro Conceptual de LAP señala lo siguiente:

"2.1.1-B.6 Desarrollo en el año 6 de la Concesión (Figura PMD-FD-6)

(...)

Sistema de Campo Aéreo

- Pista de Aterrizaje.- Se construirán los trabajos preliminares de preparación de terreno para la futura construcción de la nueva pista de aterrizaje, incluyendo la limpieza de la capa de tierra."

"2.1.1-B.7 Desarrollo en el año 7 de la Concesión (Figura PMD-FD-7)

(...)

Sistema de Campo Aéreo

(...)

- Pista de Aterrizaje.- En esta etapa, se comienza la fase de pre-carga de los terrenos en preparación para la construcción de la segunda pista de aterrizaje, de 3,480 metros de longitud por 45 metros de ancho y a una distancia de 1,070 metros de la pista existente, que será inaugurada en el año 11."

Comprende el desarmado de aquellos elementos que deben ser desmontados sin ser dañados, tales como estructuras metálicas o de madera, puertas, ventanas, construcciones artísticas, monumentos, etc.

(...)

02.04 DEMOLICIONES

Se considera en esta partida la eliminación de aquellas construcciones que se encuentran en el área del terreno destinadas a la construcción de la obra. Incluye las obras de preparación (apuntalamientos, defensas, etc); la demolición de todas las estructuras. Incluso las que están debajo del terreno (cimientos, zapatas, etc), el relleno de las zanjas existentes o abiertas por necesidad de la demolición y el transporte fuera de obra de todos los materiales su aplicación en la obra.

(...)"

72. Como puede advertirse, al momento de elaborarse los presupuestos para la ejecución de la segunda pista de aterrizaje y otros, el Postor y actual Concesionario debía incluir el costo que corresponde por la ejecución de los trabajos preliminares en dicha obra, es decir, aquellos costos que comprenden la "limpieza de terreno, eliminación de obstrucciones, remociones, demoliciones, transportes de maquinaria, apuntalamientos de construcciones existentes y trazos, niveles y replanteo", conforme al Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, que si bien establece criterios uniformes a las entidades públicas durante la ejecución de obras, es de común uso para las diversas obras de edificación.
73. Sobre el particular, el Concesionario, en el numeral 4 de su Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132, ha señalado que "el Reglamento no resulta aplicable a LAP sino exclusivamente a las entidades públicas que llevan a cabo obras también públicas". De igual modo, indica que el Anexo 6 del Contrato de Concesión "no comprendía partida alguna referida a "demoliciones"". Al respecto, discrepamos de la opinión efectuada por el Concesionario, toda vez que, (i) existe la obligación del Concesionario de cumplir con el marco normativo legal vigente, como es el caso de Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, máxime si dicha norma ha sido aprobada mediante Decreto Supremo que tiene carácter general y es de aplicación nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 29158²¹, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (ii) el numeral 24.4 del Contrato de Concesión prevé que el "contrato se interpretará y regirá de acuerdo con las leyes del Perú", en ese sentido, es exigible el Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, (iii) el Estado al momento de otorgar en concesión el aeropuerto, ha hecho uso del Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, norma que define los conceptos que son utilizados en diversas obras de edificación, (iv) las Bases contenían un presupuesto referencial que podía ser objeto de modificación por parte del Concesionario, quien podía incluir o no, partidas por los diferentes costos que asumía, en base a los riesgos asignados en el diseño de Contrato de Concesión, por lo que, éste pudo incluir el concepto de demoliciones.

²¹ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 20 de diciembre de 2007.

74. En ese orden de ideas, considerando que el Concesionario ha determinado los costos que corresponden por la ejecución de la segunda pista de aterrizaje, entre otros, costos que están incluidos en su oferta técnica; no cabe interpretar que el Concedente esté en la obligación de efectuar pago adicional alguno por dicho concepto, pues, conforme a lo señalado, ello no obra en el texto del Contrato de Concesión y las Bases, en particular, en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, menos aún en el contenido de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN que interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión²².
75. Al respecto, cabe recordar que en atención al numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH y a lo señalado en el presente informe, los riesgos vinculados con la demolición y eliminación de cualquier edificación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, corresponderán ser asumidos por el Concesionario. Dichos conceptos formaban parte del diseño del Contrato de Concesión, siendo el Concesionario quien debía determinar su magnitud y costo, para posteriormente incluirlos en su Oferta. Debe precisarse que dichos riesgos, no se encuentran previstos el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, conforme a lo indicado en el presente Informe.
76. En el caso particular de la Oferta del Concesionario, su presupuesto contiene la realización de obras preliminares. Asimismo, los referidos presupuestos contemplan un costo contingente, en caso se incrementen los costos durante la ejecución de la obra. Al respecto, cabe mencionar que la decisión de incluir un valor contingente, responde a que los terrenos para la ejecución de la segunda pista y otros, debían ser entregados por el Estado Peruano en un momento posterior, una vez que expropie los terrenos. Así, una vez efectuada la entrega física, el Concesionario recién tomaría conocimiento del valor real del costo del presupuesto para la ejecución de los trabajos preliminares, por lo que éste tendría que prever dicho costo en su Oferta.
77. En el supuesto negado que la oferta del Concesionario contenga errores u omisiones con relación a los costos que corresponden por la ejecución de la segunda pista de aterrizaje y otros, dichos errores y omisiones no pueden ser reputados al Concedente, debiendo ser asumidos por el Concesionario²³.

²² Aceptar la propuesta del Concesionario implicaría variar las condiciones del proceso para la entrega en concesión al sector privado del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, privilegiando a un postor frente a otro, remunerándose los errores u otorgando monto adicional de manera posterior a la Oferta. Esta situación implica una vulneración al principio de igual de postores.

²³ El numeral 3.4 de la Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, establece la limitación de responsabilidad del Estado con relación a las Ofertas de los Postores. Al respecto, tenemos:

3.4 Limitaciones de Responsabilidad

3.4.1 Decisión Independiente de los Postores

Todos los Postores Calificados deberán basar su decisión de presentar o no su Oferta Económica en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas y entrevistas.

3.4.2 Limitación de Responsabilidad

El Estado Peruano o cualquier dependencia de éste, (...) no se hacen responsables de, y no garantizan, no expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que suministren a los efectos de, o dentro de la Licitación. En consecuencia, ninguna de las Personas que participen podrán atribuir

E.3 Sobre la Resolución del Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN

78. Como hemos señalado, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, estableciendo la obligación contractual de entrega de los terrenos que son necesarios para la ampliación del AIJCH.
79. En dicha oportunidad, OSITRAN resolvió, entre otros, que el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP de acuerdo al Contrato de Concesión. Similar decisión ha sido reiterada en el Acuerdo N° 932-235-07-CD-OSITRAN de fecha 28 de febrero de 2007 que aprueba el Informe N° 09-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
80. Discrepamos de la opinión del Concesionario, en el sentido que la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN no resuelve cuál es la interpretación del término "debidamente saneado" previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, sino que *"sienta los criterios interpretativos que deben orientar la evaluación de cualquier supuesto adicional que no hubiera sido expresa y directamente regulado en la Resolución, y que pudiera presentarse en las áreas en cuestión"*. Al respecto, una breve lectura del texto de la Resolución de Consejo Directivo nos permite colegir, claramente, que el Consejo Directivo resolvió cuál es la interpretación del término "debidamente saneado", previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, definiendo la obligación que corresponde al Concedente para la entrega de los terrenos para la ampliación del aeropuerto. De este modo, el Consejo Directivo dio cumplimiento a su obligación de determinar el sentido de la Cláusula del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación.
81. Cabe precisar que, respecto a la decisión adoptada en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, el Concedente ni el Concesionario no cuestionaron dicha interpretación, por lo que conforme a lo previsto en el artículo 212° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la interpretación adoptada constituye un acto firme²⁴.

responsabilidad alguna a ninguna de las partes antes mencionadas (...) por el uso que pueda darse a dicha información, o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización u otra causa no expresamente contemplada en este inciso 3.4.2."

²⁴ El artículo 212° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, establece que:

"Artículo 212°.- Acto Firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho de articularlos quedando firme el acto."

[El subrayado es nuestro]

82. Se entiende por acto firme, según lo señalado por Morón Urbina²⁵, aquel que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, al haberse extinguido los plazos fugaces para ejercer el derecho de contradicción. Vencidos estos plazos, sin presentar recursos o habiéndolos presentados en forma incorrecta sin subsanarlos, el administrado queda sujeto a estos actos, sin poder alegar petitorios, reclamaciones o instrumentos procesales análogos.
83. De otro lado, el artículo 218° de la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé que:

"Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o

b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210 de la presente Ley; o

d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202 y 203 de esta Ley; o

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales."

84. En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, en base a lo señalado en el artículo 218° precedente, agota la vía administrativa, por lo que no cabe impugnación administrativa alguna, debiendo haberse recurrido al Poder Judicial, en su oportunidad.
85. En ese orden de ideas, considerando que la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH tiene por objeto revisar la responsabilidad del Estado Peruano para la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto, respecto de lo que debe entenderse por "*debidamente saneado*", pretendiendo variar de

²⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. División de Estudios Administrativos Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Páginas. 464-465.

este modo un acto firme contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN y que agota la vía administrativa, dicha pretensión resulta manifiestamente improcedente.

86. Por último, lo señalado en la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097, Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132, Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL e Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL, sobre lo que debe entenderse por "debidamente saneado" en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, no resulta pertinente, en base a los argumentos antes descritos.

POR LO EXPUESTO y en virtud del Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo; el Literal d) del Artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM; a lo dispuesto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; estando a lo acordado en la Sesión del Consejo Directivo de fecha 23 de septiembre de 2009 y, al Informe N° 019-09-GS-GAL-OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR improcedente la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en base a los argumentos expuestos en la presente Resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 019-09-GS-GAL-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a Lima Airport Partners S.R.L.

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. PD N° 17770-09