

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

- 9 DIC. 2008

RECIBIDO

Firma: *Alvarado* N° 16:40

CARGO

OSITRAN
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Uso Público
GERENCIA DE ASESORÍA LEGAL
FIRMADO DIGITALMENTE

OSITRAN
GERENCIA DE SUPERVISIÓN

- 9 DIC. 2008

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

OSITRAN
GERENCIA DE REGULACIÓN

N° 060-2008-CD-OSITRAN

09 DIC 2008

RECIBIDO

Firma: *J* Hora: 9:53

RECIBIDO
HORISTOS

La Carta N° 0848/2008/GG/AdP recibida el 04 de noviembre del 2008, presentada por la empresa concesionaria Aeropuertos del Perú (AdP), el Informe N° 040-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, elaborado por las Gerencias de Supervisión, Regulación y de Asesoría Legal de OSITRAN; así como el proyecto de Resolución presentado por la Gerencia General;

CONSIDERANDO:



Que, mediante la Carta N° 0848/2008/GG/AdP recibida el 04 de noviembre del 2008, AdP solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) una interpretación del Contrato de Concesión, respecto a la forma de cálculo de la garantía FCC. En dicho escrito, AdP sostiene que la garantía FCC debe ser por un monto equivalente al 25% de los ingresos operacionales y no por la totalidad de ingresos de la empresa concesionaria (que incluye los "reembolsos" por obras);



Que, mediante el Oficio N° 146-08-GRE-OSITRAN de fecha 10 de noviembre del 2008, se notificó al Concedente la solicitud de interpretación formulada por AdP. Asimismo, se le otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles para que éste envíe sus comentarios y opiniones;



Que, a la fecha, el MTC no ha remitido comentario u opinión alguna respecto a la solicitud de interpretación formulada por la empresa concesionaria;



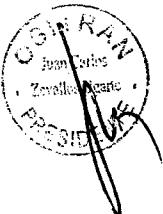
Que, los criterios legales bajo los cuales OSITRAN, en ejercicio de su facultad de interpretación de los Contratos de Concesión bajo su ámbito, se pronunciará sobre la solicitud de AdP, son los que se detallan a continuación;

De acuerdo a lo que establece el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley N° 26917 (Ley de creación de OSITRAN), y a lo establecido en el Manual de Organización y Funciones de la institución¹, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN:

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

¹ Específicamente a lo establecido en el Numeral 14 de la "Funciones Generales" del Consejo Directivo; aprobado mediante Resolución N° 006-2007-CD-OSITRAN.



OSITRAN
RELACIONES INSTITUCIONALES
09 NOV. 2008
RECIBIDO
Firma: *Juan Carlos Zavala* N° 16:41

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 060-2008-CD-OSITRAN

Lima, 03 de diciembre de 2008

VISTOS:

La Carta Nº 0848/2008/GG/AdP recibida el 04 de noviembre del 2008, presentada por la empresa concesionaria Aeropuertos del Perú (AdP), el Informe Nº 040-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, elaborado por las Gerencias de Supervisión, Regulación y de Asesoría Legal de OSITRAN; así como el proyecto de Resolución presentado por la Gerencia General;

CONSIDERANDO:



Que, mediante la Carta Nº 0848/2008/GG/AdP recibida el 04 de noviembre del 2008, AdP solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) una interpretación del Contrato de Concesión, respecto a la forma de cálculo de la garantía FCC. En dicho escrito, AdP sostiene que la garantía FCC debe ser por un monto equivalente al 25% de los ingresos operacionales y no por la totalidad de ingresos de la empresa concesionaria (que incluye los "reembolsos" por obras);



Que, mediante el Oficio Nº 146-08-GRE-OSITRAN de fecha 10 de noviembre del 2008, se notificó al Concedente la solicitud de interpretación formulada por AdP. Asimismo, se le otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles para que éste envíe sus comentarios y opiniones;



Que, a la fecha, el MTC no ha remitido comentario u opinión alguna respecto a la solicitud de interpretación formulada por la empresa concesionaria;



Que, los criterios legales bajo los cuales OSITRAN, en ejercicio de su facultad de interpretación de los Contratos de Concesión bajo su ámbito, se pronunciará sobre la solicitud de AdP, son los que se detallan a continuación;

De acuerdo a lo que establece el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley Nº 26917 (Ley de creación de OSITRAN), y a lo establecido en el Manual de Organización y Funciones de la institución¹, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN:

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

¹ Específicamente a lo establecido en el Numeral 14 de la “Funciones Generales” del Consejo Directivo; aprobado mediante Resolución Nº 006-2007-CD-OSITRAN.



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

Conforme al Artículo 53º del REGO, una de las funciones del Consejo Directivo de OSITRAN es:

"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."

Del mismo modo, conforme a los "Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión"²:

"6.1. Interpretaciones"

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).

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 de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados."

De acuerdo a lo anterior, el pedido de la empresa concesionaria constituye una solicitud de interpretación de los alcances de lo establecido en el Contrato de Concesión, y se enmarca dentro de lo establecido en el marco legal, por lo que desde el punto de vista formal debe declararse procedente;

Por su parte, el Numeral 16.3 del Contrato de Concesión establece las siguientes reglas de interpretación:

"16.3 Criterios de Interpretación"

16.3.1 El presente Contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente.

16.3.2 Las sumillas de las Cláusulas de este contrato servirán como referencia y, en ningún caso afectarán la interpretación de su texto.

16.3.3 En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, las Partes seguirán el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

- o El Contrato;
- o Anexos del Contrato

² Aprobados mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004.

- o *Circulares; y*

- o *Las Bases.*

16.3.4 *El Contrato se suscribe únicamente en idioma castellano.*

16.3.5 *Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.*

16.3.6 *Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.*

16.3.7 *El uso de la disyunción “o” en una enumeración deberá entenderse que comprende exclusivamente a alguno de los elementos de tal enumeración.*

16.3.8 *El uso de la conjunción “y” en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.”*

A continuación, se señala adicionalmente los principios sobre los cuales OSITRAN, en ejercicio de su facultad de interpretación de los Contratos de Concesión bajo su ámbito, se pronunciará sobre la solicitud de AdP:

- **La interpretación literal**

El punto de partida de cualquier interpretación es el texto mismo del Contrato (Artículo 168º del Código Civil). Las partes encuentran seguridad en el texto conocido del mismo y por ello, ese texto literal se caracteriza por: (i) ser el punto de partida del proceso interpretativo; y, (ii) enmarcar la interpretación dentro de los parámetros de lo dicho en el contrato. *Ninguna interpretación puede contradecir el texto expreso y claro.*

- **La buena fe objetiva como principio interpretativo**

La interpretación no debe conducir a resultados extraños o forzados. Debe darse al texto el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso (Artículo 168º del Código Civil). Por ello, el contrato debe ser interpretado de buena fe, es decir, asumiendo que la intención de las partes es *colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen*. Una interpretación que conduzca a concluir que una engaño a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Tampoco es objetivo de la interpretación descubrir que quiso cada uno en su fero interno, sino que quisieron en común.

Debe entenderse las cláusulas de tal manera que tengan efectos. Una interpretación según la cual una cláusula no puede ser aplicada porque no tienen ningún efecto debe descartarse. A ello se denomina “*principio de conservación del acto jurídico*”, según el cual entre dos posibles interpretaciones, una que mantiene los efectos del

contrato y otra que lo deja sin efecto, debe preferirse siempre aquella que favorezca su vigencia.

- **La interpretación sistemática: el Contrato como unidad**

La interpretación sistemática (Artículo 169º del Código Civil), supone entender el contrato como una unidad y comprender que las cláusulas se interrelacionan entre sí. Se busca entonces que la labor del intérprete considere que la interpretación de una cláusula contractual debe tener en cuenta que ésta se encuentra relacionada con otras con las cuales, como conjunto, conforma un todo que debe ser consistente. El intérprete debe en ese sentido preferir, entre varias interpretaciones posibles, *aquella interpretación que da consistencia al todo*. Dada la forma como se celebra el Contrato de Concesión, el contrato es algo más que las cláusulas en el contenido. Documentos como las bases, las circulares, la absolución de consultas, los términos de referencia o anexos técnicos son parte del contrato y deben seguir este principio de interpretación sistemática. Pero si surgen contradicciones entre el texto de distintos documentos, debemos tener reglas para resolver que documentos priman sobre otros. Más adelante, se incluyen las reglas recomendables para priorizar documentos al momento de interpretar el contrato.

- **La interpretación finalista**

La interpretación finalista (Artículo 170º del Código Civil) obliga al intérprete a que la interpretación a que se llegue sea siempre la más adecuada a la naturaleza y fines del contrato. Son relevantes preguntas como *¿Cuál es la finalidad de esta disposición?* Si se interpreta la cláusula en cuestión de esta forma o en este sentido *¿Cumplirá ésta su finalidad?* *¿Cómo se ajusta la interpretación al objetivo que perseguían las partes al celebrar el contrato?*

En su solicitud de interpretación, AdP menciona que tiene dos tipos de ingresos: los relacionados al mantenimiento y operación de los aeropuertos (PAMO) y aquellos “reembolsos” por las inversiones realizadas (PAO y liquidaciones), los cuales son ingresos sólo para efectos tributarios (son facturados);

Ahora bien, el Contrato de Concesión establece que la empresa concesionaria deberá contar con una garantía FCC anual equivalente al 25% de los ingresos percibidos en el año anterior. La posición de AdP al respecto es que el cálculo debería efectuarse sólo sobre la base de los ingresos operacionales y no sobre los “reembolsos” que recibe ésta, tal como se lee a continuación:

“Sin embargo, nuestra interpretación es que la garantía de fiel cumplimiento de contrato debe ser por un monto equivalente al 25% del total de ingresos operacionales (PAMO más ingresos regulados y no regulados) y no alcanzar a estos reembolsos por obras que no son, en el sentido estricto del término, ingresos de la sociedad concesionaria sino simples reembolsos de gastos efectuados por ésta por cuenta del Estado.”

AdP señala además que pretender que la garantía FCC se calcule sobre la base de la sumatoria de los ingresos operacionales y por el “reembolso” de las inversiones sería en realidad una doble garantía, puesto que el Contrato establece también que el concesionario debe contar con una Garantía por Construcción de Obras (garantía CCO). Al respecto, la empresa concesionaria asume lo siguiente:

“Es importante resaltar que el Estado está más que garantizado, puesto que todo el riesgo constructivo lo asume la sociedad concesionaria, siendo que el Estado no reembolsa hasta que las inversiones no hayan culminado y se encuentren debidamente liquidadas a conformidad del organismo regulador.”

Finalmente, AdP invoca lo establecido en la Circular N° 25, donde se indica que la garantía FCC deberá ajustarse en caso el PAMO ofertado fuera inferior al PAMO máximo. Así, el concesionario señala que la garantía FCC estaría vinculada al PAMO y no a los “reembolsos” (en los términos de AdP) por las inversiones;

El Contrato de Concesión establece una serie de garantías, tanto a favor del Concesionario como a favor del Concedente. En el caso de las garantías a favor del Concedente, establece que la empresa concesionaria deberá garantizar todas las obligaciones establecidas en el Contrato, lo cual incluye además el pago de penalidades y demás sanciones y que se asegure los niveles de calidad y servicio de las obras, equipamiento y mantenimiento periódico. En efecto, el numeral 10.2.1 del Contrato dispone lo siguiente:

“10.2.1 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión”

“10.2.1.1 Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo el pago de las penalidades y demás sanciones, así como garantizar los niveles de calidad y servicio de las Obras, del equipamiento y Mantenimiento Periódico, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión de acuerdo al modelo establecido en el Anexo 19, por el monto inicial establecido en las Bases del Concurso, ascendente a US \$ 2'000,000.00 que, anualmente, deberá renovarse por un monto no menor al 25% de los ingresos percibidos en el año anterior. En caso que el 25% de los ingresos sea inferior a los US \$ 2'000,000.00, la garantía será emitida por este último monto. Dicha garantía deberá mantenerse vigente, en mérito a sus sucesivas renovaciones, durante la vigencia de la Concesión hasta dos (2) años después de haber concluido la Concesión.”

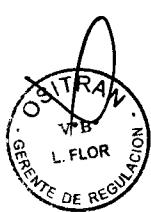
En suma, el Contrato de Concesión establece que la garantía FCC será calculada como el 25% de los ingresos percibidos por la empresa concesionaria en el año anterior. Si dicho monto es inferior a los US\$ 2'000,000.00, la garantía será igual a este último monto;

Tal como se ha señalado en la sección anterior, el Contrato de Concesión establece de manera literal que la garantía FCC deberá calcularse sobre la base de los “ingresos percibidos” por la empresa concesionaria en el año anterior a la fecha de cálculo;

Sobre el particular, debe mencionarse que los "ingresos percibidos" se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Ingresos regulados: generados por el cobro de las tarifas de aterrizaje y despegue, estacionamiento de aeronaves, TUUA, entre otros, conforme lo establecido en el Contrato de Concesión.
- Ingresos no regulados: corresponden al cobro por el uso de la playa de estacionamiento, alquiler de áreas comerciales, entre otros, conforme lo establecido en el Contrato de Concesión.
- Ingresos por Cofinanciamiento: es el monto trimestral (explicado por PAMO, PAO, Liquidaciones, Incentivo a la Generación de Ingresos y Retribución al Estado) a ser pagado por el Concedente al Concesionario conforme lo detallado en la Cláusula Novena y el Anexo 17 del Contrato de Concesión.

Por su parte, cuando el Contrato hace referencia al término "ingresos percibidos", no especifica ninguna regla especial o particularidad tal que conlleve a deducir que debería excluirse parte de los ingresos percibidos por AdP para el cálculo de la garantía FCC;



En este orden de ideas, la propuesta de AdP tendría asidero en el Contrato si es que en él se hubiera señalado alguna precisión respecto a qué se considerará "ingresos percibidos" para el cálculo de la garantía FCC. Es así que la ausencia de dicha especificación impide que se cree una regla especial para el término "ingresos percibidos" a efectos de la determinación de la garantía FCC, tal como argumenta AdP. En consecuencia, toda vez que el Contrato de Concesión no ha establecido excepciones o exclusiones respecto a la definición de "ingresos percibidos", no podría hacerlas el Regulador vía una interpretación del mismo;

Cabe mencionar también que en las Notas a los Estados Financieros, se explica la metodología utilizada para el "reconocimiento de ingresos". Así, en los Estados Financieros de AdP los ingresos se clasifican en i) ingresos aeroportuarios y no aeroportuarios; y los ii) ingresos por cofinanciamiento. En este último rubro, se encuentra los ingresos por el PAMO y el PAO. Acerca del PAO, se detalla que los ingresos y gastos se presentan netos en el Estado de Ganancias y Pérdidas;

Visto lo anterior, consideramos que en el caso planteado por AdP no se observa que el Contrato adolezca de algún vacío que deba ser aclarado, ni que exista alguna contradicción o inconsistencia que deba ser resuelta vía interpretación. De esta forma, la interpretación propuesta por AdP no conlleva a esclarecer o a llenar algún vacío contractual, sino a modificar el sentido de una de sus cláusulas, hecho que como se reitera no es materia de un procedimiento de interpretación;

El Contrato señala que la empresa concesionaria deberá garantizar también la correcta ejecución de las obras, incluyendo las de rehabilitación de ser el caso, además de las cláusulas penales y demás sanciones según corresponda. Al respecto, la Cláusula 10.2.2 del Contrato establece lo que a continuación se cita:



"10.2.2 Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras

10.2.2.1 Para garantizar la correcta ejecución de las Obras, incluyendo las de Rehabilitación de ser el caso, de acuerdo a los Planes de Inversión Anual, incluyendo el pago de las cláusulas penales y demás sanciones según correspondan, el CONCESSIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, por el equivalente al 20% del monto total de la Obra que permanecerá vigente hasta la conclusión de la misma y manifestación de conformidad del OSITRAN."

De acuerdo a dicha obligación, AdP sostiene que habría una "doble garantía" si se tomara como base de cálculo la sumatoria de los ingresos operacionales y los pagos por las inversiones (PAO y Liquidaciones);

Con relación a ello, debe señalarse que la garantías FCC y la FCO tienen finalidades distintas, tal como se resume en la siguiente tabla:

Tabla N° 1
Comparación de Condiciones de Garantías de Fiel Cumplimiento

Concepto	Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras (garantía FCO)	Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión (garantía FCC)
Cláusula	10.2.2.	10.2.1.
Objeto	<i>"Para garantizar la correcta ejecución de las Obras, incluyendo las de Rehabilitación de ser el caso, de acuerdo a los Planes de Inversión Anual, incluyendo el pago de las cláusulas penales y demás sanciones según corresponda (...)"</i> [el subrayado es nuestro]	<i>"Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo el pago de las penalidades y demás sanciones, así como garantizar los niveles de calidad y servicio de las Obras, del equipamiento y Mantenimiento Periódico (...)"</i> [el subrayado es nuestro]
Importe	20% del monto total de la Obra.	Inicial: US\$ 2 MM (Anexo 19 de Bases) Renovación Anual: Mayor entre US\$ 2 MM y 25% de ingresos percibidos en año anterior.
Vigencia	Hasta la conclusión de las Obras y manifestación de conformidad del OSITRAN.	Durante la vigencia de la Concesión (25 años) hasta 2 años después de concluida la Concesión
Ejecución	La Cláusula Octava detalla las obligaciones del Concesionario respecto la ejecución de las Obras e Inversiones. La Cláusula 8.10. estipula que en caso de incumplimiento de dichas obligaciones por parte del Concesionario, dará lugar a la aplicación de penalidades. En caso que el Concesionario incumpla con pagar dichas penalidades dentro del plazo correspondiente, OSITRAN podrá ejecutar la "Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión".	La Cláusula 10.3.1. estipula que "...podrá ser ejecutada en forma total o parcial, una vez identificada la comisión del incumplimiento de todos o cada una de las obligaciones del Contrato y siempre y cuando el mismo no haya sido subsanado por el CONCESSIONARIO dentro de los plazos otorgados (...)"
Texto	a. Garantiza "la correcta ejecución de las obras, conforme a lo establecido	a. Garantiza "el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una

	<p>en el numeral 10.2.2.1. de la cláusula décima del contrato de concesión"</p>	<p>de las obligaciones a cargo del Concesionario derivadas de la celebración del Contrato de Concesión para la ejecución, operación y explotación"</p> <p>b. "También garantiza el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario establecidas en virtud de las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de normas de rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM."</p>
--	---	--

Fuente: Contrato de Concesión

Elaboración: Gerencia de Supervisión de OSITRAN

La garantía FCO cubre los riesgos referidos a la correcta ejecución de las Obras (incluyendo las de Rehabilitación) conforme lo estipulado en la Cláusula Octava del Contrato. Es decir, que durante el periodo de construcción de las Obras éstas se ejecuten conforme las especificaciones técnicas contempladas en el Contrato de Concesión. Es por ese motivo que su vigencia es sólo hasta la culminación de las Obras, sujeta a la conformidad de OSITRAN;

Por su parte, la garantía FCC cubre los riesgos de potenciales incumplimientos de la totalidad de las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión. Asimismo, en cuanto a las Obras, lo que busca es garantizar que éstas brinden niveles de calidad y servicio adecuados para el mantenimiento, la operación y explotación de la Concesión. Por ello, es que la garantía FCC tiene una vigencia incluso dos años después de haber concluido la concesión;

En conclusión, debe señalarse que ambas garantías cubren riesgos distintos, y por tanto, el hecho que se calcule la garantía FCC sobre la base de la totalidad de los ingresos percibidos no generaría que haya una "doble garantía" tal como sostiene AdP;

En la Circular N° 25, de fecha 17 de agosto de 2005, emitida durante el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, se estableció en la Modificación N° 10, la modificación del Numeral 11.2.1.3 de las Bases, de la siguiente manera:

"Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión por un monto de Dos Millones y 00/100 Dólares Americanos (US\$ 2'000,000.00) vigente desde la Fecha de Cierre hasta dos (2) años después del término de la Vigencia de la Concesión.

En caso el Adjudicatario haya presentado en su Propuesta Económica un PAMO inferior al 80% del PAMO Máximo, el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión mencionado en el párrafo anterior se calculará de la siguiente manera:

Sin embargo, sobre el particular, el Contrato de Concesión estableció finalmente lo siguiente:

"10.2.1 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión

10.2.1.1 Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo el pago de las penalidades y demás sanciones, así como garantizar los niveles de calidad y servicio de las Obras, del equipamiento y Mantenimiento Periódico, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión de acuerdo al modelo establecido en el Anexo 19, por el monto inicial establecido en las Bases del Concurso, ascendente a US \$ 2'000,000.00 que, anualmente, deberá renovarse por un monto no menor al 25% de los ingresos percibidos en el año anterior. En caso que el 25% de los ingresos sea inferior a los US \$ 2'000,000.00, la garantía será emitida por este último monto. Dicha garantía deberá mantenerse vigente, en mérito a sus sucesivas renovaciones, durante la vigencia de la Concesión hasta dos (2) años después de haber concluido la Concesión."

Como queda señalado, el Concesionario asumió el compromiso de renovar anualmente la Garantía de Fiel Cumplimiento por un monto no menor al 25% de los ingresos percibidos en el año anterior. En tal sentido, queda claro entonces, que el Contrato de Concesión no recogió el contenido de lo señalado en la Modificación N° 10 de la Circular N° 25 respecto al cálculo de la garantía en función al PAMO y, por tanto, no podría hacerse extensiva dicha Circular a la situación planteada pues el Contrato de Concesión, indudablemente prima sobre la referida Circular;

En efecto, sobre el particular el Numeral 16.3 del Contrato de Concesión establece las siguientes reglas de interpretación:

"16.3 Criterios de Interpretación

- 16.3.1** *El presente Contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente.*
- 16.3.2** *Las sumillas de las Cláusulas de este contrato servirán como referencia y, en ningún caso afectarán la interpretación de su texto.*
- 16.3.3** *En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, las Partes seguirán el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:*
 - *El Contrato;*
 - *Anexos del Contrato*
 - *Circulares; y*
 - *Las Bases.*

Por otro lado, cabe señalar que el Contrato de Concesión en modo alguno establece algún tipo de distinción en el cálculo de la garantía de fiel cumplimiento; por el contrario, el Contrato de Concesión es preciso al señalar como único referente "*un monto no menor al 25% de los ingresos percibidos el año anterior*";

Por consiguiente, pretender que se tenga en cuenta lo dispuesto en la Circular N° 25 para sustentar que la Garantía de Fiel Cumplimiento de contrato debe ser por un monto equivalente al 25% del total de los ingresos operacionales (cofinanciamiento

del PAMO) más ingresos regulados y no regulados, excluyendo los pagos del Concedente (PAO y Liquidaciones), supondría efectuar una distinción donde las partes no lo han acordado, lo cual por cierto, atenta contra el Principio General del Derecho que señala que no se debe distinguir donde la ley no distingue (dado que el Contrato de Concesión es ley entre las partes);

En tal medida, se debe observar lo establecido en el artículo 1361º del Código Civil, el mismo que establece:

*"Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos
Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla." [el subrayado es nuestro]

Por todo lo anotado, no existen razones válidas para pretender cambiar el alcance de lo que está claramente definido y establecido en el Contrato de Concesión, pretendiendo interpretar que la garantía FCC está referenciada al PAMO o ingreso operacional y no a los pagos por las inversiones (PAO y Liquidaciones);

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 040-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN, en aplicación de las funciones del Consejo Directivo previstas en la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917 y el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 03 de diciembre de 2008;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar improcedente la Solicitud de Interpretación presentada por Aeropuertos del Perú S.A. (AdP), referida a la forma de cálculo de la "Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión", por estar plenamente establecido en el Numeral 10.2.1 del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú.

Artículo 2.- Notificar la presente resolución y el Informe N° 040-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria AdP y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 3.- Autorizar 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. N°21079