

INFORME N° 003-06-GS-GAL-OSITRAN

Para : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente General (e)

De : Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Solicitud de Interpretación del Numeral 5.6 del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” presentada por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP)

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 624-164-05-CD-OSITRAN, Informe N° 039-05-GAL-OSITRAN, Acuerdo N° 661-174-05-CD-OSITRAN, Resolución N° 032-2005-CD-OSITRAN

Fecha : 23 de enero de 2006

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 29 de marzo de 2005, se adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 624-164-05-CD-OSITRAN, aprobando el Informe N° 066-GG-I1-OSITRAN. En consecuencia, el Consejo Directivo de OSITRAN determinó por unanimidad lo siguiente:
 - <b) En consecuencia, serán consideradas como “Mejoras Obligatorias” de acuerdo a los términos del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, los Proyectos señalados en la Tabla 4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión para la Etapa Inicial y Periodo Remanente de Vigencia de la Concesión, con excepción del “Proyecto Hotel” y las inversiones en mantenimiento que se efectúen únicamente para incrementar la vida útil de los bienes de la concesión.>>
2. Con fecha 08 de abril de 2005 y mediante Oficio Circular N° 031—05-GG-OSITRAN, se notificó a LAP el Acuerdo de Consejo Directivo N° 624-164-05-CD-OSITRAN y el Informe N° 066-GG-I1-OSITRAN.
3. Con fecha 29 de abril último, LAP presenta ante OSITRAN un recurso de Reconsideración en contra del precitado Acuerdo, con base a lo establecido en los Artículos 206° y 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

4. Con fecha 10 de junio se remite a LAP el Oficio N° 188-05-GG-OSITRAN, requiriendo a la empresa concesionaria, identificar los triggers (o consideraciones relativas al volumen de tráfico u otras), que califican efectivamente cada una de las Mejoras del Período Remanente, como “Mejoras Eventuales”, de conformidad con lo establecido en el Numeral 1.33 de la Cláusula Primera, el Anexo N° 19 del contrato de concesión, lo establecido en los Numerales 6.6.3.1.1. y 6.6.1.2. de las Bases de la Licitación Pública Internacional del AIJCH, así como lo establecido en la Sección 3.0 del Anexo 6 (Términos de Referencia Técnicos) de las Bases.
5. Con fecha 13 de junio, LAP remite a OSITRAN una comunicación en la que señala que en su opinión no existe vinculación entre lo solicitado por OSITRAN y la determinación de cuáles son Mejoras Obligatorias, según lo establecido en el contrato de concesión. Asimismo, solicita que se le otorgue una ampliación del plazo de presentación, de quince (15) días hábiles adicionales.
6. Con fecha 16 de junio de 2005, se adopta el Acuerdo de Consejo Directivo N° 661-174-05-CD-OSITRAN, el mismo que con base al Informe N° 039-05-GAL-OSITRAN, aprueba el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que desestima el recurso de reconsideración presentado por LAP.
7. En tal virtud, con fecha 20 de junio de 2005, se emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2005-CD-OSITRAN, la misma que se notificó a LAP con fecha 22 de junio de 2005, mediante Oficio Circular N° 049-05-CD-OSITRAN. Dicha Resolución establece lo siguiente:

<<Artículo 1°.- Desestimar el recurso de Reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L. en contra del Acuerdo N° 624-164-05-CD-OSITRAN, dejando a salvo el derecho de la empresa concesionaria para iniciar un nuevo procedimiento administrativo de interpretación del contrato de concesión, en cuanto cuente con los medios de prueba a que se ha hecho referencia.>>

[El subrayado es nuestro]

II. OBJETO:

El objeto del presente informe es emitir opinión legal con relación a la nueva solicitud de interpretación contractual presentada por LAP, respecto al alcance del Numeral 5.6 del contrato de concesión del AIJCH, con el fin de que ésta sea elevada al Consejo Directivo de OSITRAN, para que ejerza la función a que se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917.

III. BASE LEGAL:

- Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público; se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público; publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 1998.
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).
- Contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.
- “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión”, aprobado mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN. (Lineamientos).

IV. ANALISIS:

1. Mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 624-164-05-CD-OSITRAN y Resolución N° 032-2005-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN ejerció la función de interpretación del Contrato de concesión del AIJCH, de acuerdo a lo establecido mediante Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917. Para tal efecto, OSITRAN aplicó la interpretación sistemática del contrato de concesión, de acuerdo a los “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión”, y a lo establecido en el Numeral 24.12 del contrato de concesión.
2. En su solicitud de interpretación del contrato de concesión, LAP sostiene los mismos argumentos empleados en el Recurso de Reconsideración presentado contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 624-164-05-CD-OSITRAN, con fecha 13 de junio de 2005.

Al respecto, la empresa concesionaria sostiene nuevamente que todas las mejoras de Período Remanente de vigencia de la concesión son “Mejoras Eventuales”. Sin embargo, no aporta prueba alguna de que cada una de ellas efectivamente responda a la eventual ocurrencia de un trigger, relacionado al volumen de tráfico u otros según lo establecido en el contrato de concesión.

3. Considerando lo establecido en el contrato de concesión, se debe tomar en cuenta que la simple afirmación de LAP, en el sentido que todas las Mejoras del Período Remanente de Vigencia de la Concesión son “Mejoras Eventuales”, no es concluyente en modo alguno, pues para tal efecto, LAP tendría que haber cumplido con identificar en cada caso, el trigger que efectivamente califica y otorga a cada mejora la naturaleza de “Mejora Eventual”, en cumplimiento de lo establecido en el Numeral 1.33 de la Cláusula Primera del contrato de concesión.
4. Al respecto, se debe considerar que el Artículo 162.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece lo siguiente:

<<Artículo 162.- Carga de la prueba

162.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.>>

[El subrayado es nuestro]

5. Asimismo, el Numeral 2 del Artículo VI del Título Preliminar de la LPAG, establece que:

<<Artículo VI.- Precedentes administrativos

(...)

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. (...)>>

6. En ese sentido, se debe considerar que si bien OSITRAN ya se pronunció sobre lo que se entiende como Mejora Obligatoria, Eventual y Complementaria en el contrato de concesión del AIJCh; se dejó a salvo el derecho de LAP de iniciar un nuevo procedimiento de interpretación *cuando contara con los elementos probatorios requeridos por OSITRAN*.
7. En efecto, OSITRAN requirió a LAP para que sustente ante OSITRAN los triggers que de acuerdo al Numeral 1.33 y Anexo 19 del contrato de concesión (relativo a los “Criterios para la implementación del desarrollo de la infraestructura aeroportuaria”), tipificaría cada Mejora del período remanente como Eventual y por ejemplo, no como una Mejora Complementaria (en caso responda a la prestación de servicios comerciales, hoteleros u otros) o finalmente una Obligatoria (si debe efectuarse necesariamente sin considerar ningún criterio). Sin embargo, ni en el procedimiento administrativo que concluyó con la emisión de la Resolución N° 032-2005-CD-OSITRAN, ni al presentar la nueva solicitud de interpretación del Numeral 5.6 del contrato de concesión, LAP ha cumplido con presentar los elementos probatorios requeridos por OSITRAN.

V. CONCLUSIONES:

1. LAP no ha presentado pruebas, ni sustentado la existencia de un error en la interpretación contractual ya efectuada por OSITRAN, por lo que se debe declarar improcedente su nueva solicitud de interpretación contractual.
2. Como consecuencia de lo anterior, se debe ratificar lo siguiente:
 - a) La Cláusula primera del contrato de concesión define expresamente qué son Mejoras Complementarias, Mejoras Eventuales y Mejoras Obligatorias. Dichas definiciones se deben interpretar necesariamente, de manera sistemática con lo establecido en los Numerales 5.6, 5.7, 5.8 y Anexo 6 (Propuesta Técnica) del contrato de concesión. Los montos de inversión a que alude el Numeral 5.6.1.1., son únicamente compromisos de inversión mínima, de acuerdo a lo que expresamente establece el contrato de concesión.
 - b) Tanto el Numeral 5.6.1, como el Numeral 5.6.2, aluden a las Mejoras (ya sea Obligatorias, Eventuales y Complementarias) que necesariamente debe ejecutar la empresa concesionaria, durante el Período Inicial y Remanente (respectivamente), siendo que el contrato expresamente señala que se ejecutarán todas esas Mejoras, de acuerdo al Anexo 6.
 - c) Con base a los criterios de calificación contenidos en los Numerales 1.32, 1.33 y 1.34 de la Cláusula Primera del contrato de concesión, LAP debió probar ante OSITRAN que todas y cada una de las Mejoras del Período remanente son efectivamente Mejoras Eventuales, identificando para tal efecto el trigger correspondiente, de conformidad a lo dispuesto por el contrato de concesión y las Bases.

VI. RECOMENDACIONES:

Con base a las consideraciones expuestas, se recomienda a la Gerencia General, poner en conocimiento de Lima Airports Partners S.R.L. (LAP) y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones el presente informe.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal