

INFORME N° 023-03-GRE-OSITRAN

Para : Alejandro Chang Chiang
Presidente del Directorio

C.c. : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Wilder Pereyra Acuña
Gerente de Supervisión

De : Roberto Urrunaga Pasco-Font
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Propuesta de Addenda 4 al Contrato de Concesión - LAP

Referencia : Oficio N° 375-2003-MTC/02, de fecha 13 de mayo de 2003.

Fecha : 19 de mayo de 2003

I. **OBJETIVO:**

El objetivo del presente informe, es emitir opinión técnica con relación a las nuevas propuestas de modificación de los Numerales 13.2 y Anexo N° 5 del contrato de concesión, que han sido presentadas por Lima Airport Partners S.R.L. – LAP ante el Concedente, en el marco del proceso de negociación del Addendum N° 4 del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).

II. **ANTECEDENTES:**

- A. Con fecha 10 de diciembre de 2002, LPA solicita la eliminación del Numeral 13.2 del contrato de concesión, como parte integrante de la cuarta solicitud de modificación del contrato de concesión del AIJCH.
- B. Mediante Oficio N° 038-2003-PD-OSITRAN, de fecha 03 de marzo de 2003, OSITRAN remite al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) el Acuerdo del Consejo Directivo N° 319-110-03-CD-OSITRAN así como el Informe N° 006-03-GRE-OSITRAN, que contiene la opinión técnica sobre la cuarta solicitud de modificación del contrato de concesión del AIJCH presentada por LAP, documentos en los que OSITRAN opina de manera desfavorable a la eliminación del Numeral 13.2 del contrato de concesión.
- C. Mediante el mismo Oficio N° 038-2003-PD-OSITRAN, se remite adicionalmente el Informe N° 007-03-GRE-OSITRAN, que contiene las medidas complementarias de perfeccionamiento contractual propuestas por OSITRAN frente a la cuarta solicitud de modificación del contrato de concesión del AIJCH. Allí, se propone al MTC la modificación del Numeral 5 del acápite relativo a “Condiciones Generales” del Anexo N° 5 sobre “Política sobre Tarifas” del contrato de concesión, como una

medida destinada a mejorar el contrato de concesión y en particular la posición contractual del Estado.

- D. Con fecha 13 de mayo de 2003 y mediante Oficio N° 375-2003-MTC/02, el MTC solicita a OSITRAN opinión técnica con relación a nuevas solicitudes de LAP con relación al Numeral 13.2 y Anexo N° 5 del contrato de concesión.

III. BASE LEGAL:

- A. Contrato de concesión del AIJCH.
- B. Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN.
- C. D.S. N° 059-96-PCM: Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (TUO).
- D. Resolución N° 034-2001-CD/OSITRAN, Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.

IV. ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE LA EMPRESA CONCESIONARIA:

A. MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 13.2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

Lo que establece el contrato de concesión vigente:

<<13.2 Ley Aplicable. El Concesionario no podrá invocar la aprobación o efectos de una Ley Aplicable como un Evento de Fuerza Mayor en relación con el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario establecidas en el presente Contrato.>>

El tenor de la nueva propuesta de LAP (la anterior era la eliminación de dicho Numeral), con relación al Numeral 13.2 es la siguiente:

<<13.2 Ley Aplicable. El Concesionario sólo podrá invocar la aplicación de una Ley Aplicable o Norma como un Evento de Fuerza Mayor, cuando la aplicación o los efectos de la Ley Aplicable o Norma en cuestión ocasione un incumplimiento de las obligaciones del Concesionario bajo el presente Contrato y este incumplimiento genere: (a) la Caducidad de la concesión, (b) la imposición por el propio Concedente de una penalidad, (c) La imposición de una sanción por OSITRAN, o (d) la ejecución parcial o total de la garantía de Fiel Cumplimiento.>>

A diferencia de lo que actualmente establece el Numeral 13.2 del contrato de concesión, LAP ha presentado una propuesta que implica que la empresa concesionaria podría invocar como un “Evento de Fuerza Mayor”, no sólo *la aplicación o los efectos* de una “Ley Aplicable”, sino también *la aplicación o los efectos* de las “Normas”, tal como éstas han sido definidas en el contrato de concesión, y siempre que dicho incumplimiento genere cualquiera de las situaciones a que se ha hecho referencia.

Lo primero que se considera necesario tomar en cuenta con relación a la propuesta de la empresa concesionaria, es que la Teoría del “Hecho del Príncipe”, nació para corregir las consecuencias de la intervención de los poderes públicos que afectasen, con medidas generales, las condiciones jurídicas conforme a las cuales el concesionario suscribió el contrato de concesión.

En ese sentido, dicha teoría opera cuando tales medidas inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo *que su cumplimiento sea más oneroso*. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Para que el concesionario pudiera invocar los “Hechos del Príncipe”, con el fin de obtener el reajuste del contrato afectado por un *álea administrativa*, se requeriría que la medida general en cuestión tuviera las siguientes características concurrentes¹:

<<1) sea de índole económica o financiera; 2) provoque una excesiva onerosidad sobrevinente; 3) sea imprevista y no exceda el *álea* normal de todo contrato; 4) exista una relación de causalidad entre la medida y la alteración de la ecuación del contrato; y 5) que el daño sea cierto y especial, en el sentido de que afecte más intensamente al contratista que al resto de las personas a quienes se les impone la medida de alcance general, cuyas consecuencias resultan asimilables a la imposición de cargas públicas.>>

Al respecto, es necesario tomar en cuenta, con relación a los llamados “Hechos del Príncipe”, que la consecuencia natural y única es un *resarcimiento o indemnización en beneficio del concesionario afectado*, nada más. Con relación a la diferencia de esta teoría respecto a la Teoría de la Imprevisión, es necesario tomar en cuenta que en el caso de ésta última, el hecho perturbador debe ser ajeno a la voluntad de las partes. Los “Hechos del Príncipe” por definición no son ajenos a la voluntad de las partes, sino que son generados precisamente por la voluntad de una de ellas, el Estado.

Asimismo, es necesario considerar que la Teoría de la Imprevisión, que tiende a facilitar el cumplimiento del contrato, presupone que el contrato pueda ser ejecutado. En cambio, la ocurrencia de la Fuerza Mayor propiamente dicha, supone ***la imposibilidad absoluta de cumplir el contrato de concesión por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes***, en este caso, se debe considerar nuevamente que por definición, los “Hechos del Príncipe” dependen de la voluntad de una de las partes (el Estado). En consecuencia, puede oponerse la “Teoría de la vida contractual” – relativa al régimen aplicable a la Imprevisión – frente a la “Teoría de la muerte contractual” – relativa al régimen aplicable a la ocurrencia de la Fuerza Mayor.

El contrato de concesión, en concordancia con los presupuestos doctrinales a que se ha hecho referencia anteriormente, **ya establece en el Numeral 26.2, compensaciones, resarcimientos económicos a favor de la empresa concesionaria** si por cambios en las “Leyes Aplicables” (que no se vinculen con lo estipulado en los convenios de estabilidad jurídica a que se refiere la Cláusula 25 del Contrato) o en las disposiciones establecidas en las “Normas” (excepto

¹ “El Contrato Administrativo”: CASSAGNE, Juan Carlos, página 81. Editorial Abeledo Perrot, 1999.

aquellas que regulen temas tarifarios o que fijen infracciones o sanciones vinculadas al contrato de concesión), se genera una significativa afectación del equilibrio económico-financiero de la empresa concesionaria.

En efecto, el contrato de concesión en el Numeral 26.2, establece las condiciones para el resarcimiento a cargo del Estado en beneficio de la empresa concesionaria, por la ocurrencia de los “Hechos del Príncipe” que afecten significativamente la ecuación económico-financiera de la empresa concesionaria.

Así mismo, respecto a la posibilidad de la ocurrencia de “Hechos del Príncipe”, que pudieran afectar significativamente la ecuación económico-financiera de la empresa concesionaria, se debe tomar en cuenta que con fecha 02 de febrero de 2001, LAP suscribió con el estado Peruano un Convenio de Estabilidad Jurídica que protege a la empresa contra cambios en el régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, por lo que el riesgo de LAP en cuanto a la materia tributaria vinculada a dicho impuesto está debidamente cubierto.

La aplicación o efectos de una “Ley Aplicable” o de una “Norma” (como especie de Ley Aplicable que es el género), previstas y definidas de manera diferenciada en el contrato de concesión, no pueden ser considerados como “Eventos de Fuerza Mayor”, en primer lugar, por no tratarse de hechos ajenos a la voluntad de las partes, y en segundo lugar, por no ser posible al concesionario “prevenirlos”, de conformidad con lo que establece el Numeral 13.1 del contrato de concesión, cuando establece la definición, para efectos del contrato, de lo que debe entenderse como un “Evento de Fuerza Mayor”.

Los “Hechos del príncipe” y la “Fuerza Mayor”, generan regímenes de diversa naturaleza jurídica, contemplados en el contrato de concesión como corresponde con consecuencias totalmente diferentes, para ambas partes.

Así mismo, con relación a la “Fuerza Mayor”, es necesario considerar que el Numeral 13.3 también contempla las compensaciones de diversa índole que se puede establecer a favor de la empresa concesionaria, cuando un “Evento de Fuerza Mayor” genera una interrupción relevante o la interrupción en el cumplimiento de las obligaciones de la empresa concesionaria.

Adicionalmente, se debe considerar que el Literal d) del Numeral 15.5 vigente, establece que el concesionario puede resolver el contrato de concesión si el Estado incumple *cualquier obligación sustancial* asumida en virtud al contrato de concesión, o si CORPAC o *alguna* Autoridad Gubernamental *relacionada* con la operación del Aeropuerto, incumple *cualquiera* de sus obligaciones, establecidas en las Leyes Aplicables, Normas administrativas o contractualmente asumidas frente al Concesionario ***que cause un perjuicio económico a éste, o de cualquier forma*** impida al concesionario cumplir con sus obligaciones contractuales.

Ello, es relevante a efectos de enfatizar que la empresa concesionaria ya está contractualmente protegida, con mecanismos de diversa índole, de los diferentes riesgos vinculados a la actividad e intervención del Estado, ya sea que se trate de los “Hechos del Príncipe”, recogidos en el Numeral 26.2, como si se trata de incumplimientos del Estado, recogidos en el Numeral 15.5, Literal d)², el mismo que otorga a la empresa concesionaria una posición contractual muy beneficiosa,

² Incorporado al contrato de concesión en virtud al Addendum N° 2 de fecha 25 de julio de 2001.

pues otorga a ésta el poder de calificar los incumplimientos del Estado tan genéricamente previstos en dicho Numeral, y por ende otorga a la empresa una mejora sustancial en su posición contractual, con relación a la que originalmente tenía en el contrato de concesión original.

Adicionalmente, es conveniente tomar en cuenta que la propuesta de la empresa concesionaria con relación al Numeral 13.2, se opondría directamente a la normal ejecución del contrato de concesión, puesto que permitiría a ésta invocar la aplicación del régimen aplicable a la ocurrencia de los “Eventos de Fuerza Mayor” cuando se le imponga penalidades contractuales o se le imponga sanciones administrativamente, lo que como se sabe importan a los actos de poder ordinario de la administración con relación de un contrato de concesión, por lo que no pueden ser calificados como “Eventos de Fuerza Mayor”.

De lo anterior, se desprende que la propuesta de la empresa concesionaria no cumple con las condiciones necesarias y concurrentes para que el concesionario pueda válidamente invocar el régimen aplicable a los “Hechos del Príncipe”, señaladas en el precedente punto cuarto del presente acápite; los que naturalmente se invocan con el fin de obtener el resarcimiento económico correspondiente.

En efecto, la propuesta de LAP no se ajusta a las condiciones y límites que la doctrina y el propio contrato de concesión contemplan con relación a las compensaciones económicas generadas por la ocurrencia de “Hechos del Príncipe” contemplados en el Numeral 26.2, y por la ocurrencia de “Eventos de Fuerza Mayor”, contemplados en el Numeral 13.1.

Así mismo, tomando en cuenta que las compensaciones económicas que corresponde aplicar frente a la ocurrencia de los “Hechos del Príncipe” ya están contempladas en el Numeral 26.2, la propuesta de la empresa concesionaria no señala la forma en que se determinaría la relación de causalidad entre los “Hechos del Príncipe” invocados, y el incumplimiento de la empresa concesionaria en cuestión, ni qué tipo de incumplimientos permitirían a la empresa concesionaria esta ventaja adicional.

En efecto, de la redacción propuesta por LAP no se desprende que las situaciones contempladas por ésta sean concurrentes, por lo que tal propuesta permitiría a LAP invocar como un “Evento de Fuerza Mayor”, por ejemplo, la imposición de una sanción por parte del regulador, o el requerimiento de pago de una penalidad contractual por parte del ente Concedente. Como queda claro, dichos actos son intrínsecos a la existencia de un contrato de concesión de infraestructura y prestación de servicio público, por lo que naturalmente no pueden ni deben ser considerados como “Eventos de Fuerza Mayor”, ya que ello permitiría a la empresa concesionaria solicitar al Estado: un incremento transitorio en las Tarifas Máximas, una prórroga de la vigencia de la concesión, o cualquier otra medida autorizada por el Concedente. Semejante situación afectaría sustancialmente la correcta y normal ejecución del contrato de concesión.

Finalmente, cabe considerar que de ocurrir una situación que altere de modo tal significativo las condiciones en que se suscribió el contrato de concesión, siempre puede la empresa concesionaria utilizar el mecanismos de modificación contractual a que se refiere el Numeral 24.7 del contrato de concesión y el Artículo 33° del TUO, el mismo que ya ha sido utilizado por la empresa concesionaria en varias ocasiones.

Por las razones anteriormente expuestas, se considera improcedente la solicitud de modificación del Numeral 13.2 del contrato de concesión propuesta por la empresa concesionaria y por tanto se recomienda al ente Concedente no aceptar la modificación propuesta.

B. MODIFICACIÓN DEL ANEXO N° 5 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

El Contrato de concesión vigente establece lo siguiente:

<<5. “La fiscalización de OSITRAN de los procesos de subasta y contratación con terceros a que hace referencia el presente Anexo comprende, sin limitarse, la aprobación de las bases, la fijación de precios bases y demás condiciones de contratación así como la supervisión de la ejecución de estos procesos. Esta fiscalización buscará cautelar los intereses del Concedente y CORPAC S.A. así como la libre concurrencia de postores.”>>

<<2. Servicios No Aeroportuarios.

2.1. Locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas prestados directamente por el Concesionario.

La renta máxima de las áreas a ser utilizadas para los fines indicados a continuación será igual a las tarifas actuales de CORPAC S.A. que se detallan en el Apéndice 3 hasta el segundo año de Vigencia de la Concesión inclusive.

La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinado por la libre oferta y demanda. Sin embargo, y con la finalidad de garantizar la transparencia y promover la competencia, la asignación de los locales se efectuará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual será objeto de fiscalización por parte de OSITRAN. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.

Los servicios brindados actualmente son:

- Counter.
- Oficinas.
- Salones VIP.
- Almacén/depósito.
- Talleres de apoyo.
- Terrenos.
- Hangares.

La Retribución de los locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas, mencionada en el punto 2.1, se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos por el Concesionario.>>

Mediante Informe N° 007-03-GRE-OSITRAN, se propuso modificar el texto original del punto 5 del acápite relativo a las “Condiciones Generales” del Anexo N° 5, de acuerdo al texto siguiente:

<<5. “La fiscalización de OSITRAN buscará cautelar los intereses del Concedente y CORPAC S.A. así como la libre concurrencia de postores en los procesos de contratación con terceros, y cuando corresponda realizar subastas.

El acceso a la infraestructura aeroportuaria que califique como Facilidad Esencial de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso emitido por OSITRAN, se sujetará a la aplicación del mismo, incluyendo los casos a que se refieren los numerales 1.2 y 2.1. del presente Anexo.”>>

Los nuevos textos propuesto por LAP con relación al Anexo N° 5 son los siguientes:

<< 5. La fiscalización de OSITRAN buscará cautelar los intereses del Concedente así como la libre concurrencia de postores en los procesos de contratación con terceros y **cuando corresponda realizar subastas según se indica en cada caso en función de la falta de infraestructura disponible y las limitaciones de carácter técnico económico, de seguridad u otra índole o cualquier otro motivo razonable establecido por el Concesionario**³.

<<2.1. Locales y servicios para líneas aéreas y otras empresas que prestan servicios aeronáuticos, y para actividades diversas prestados directamente por el Concesionario

La renta o alquiler que le Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinado por la libre oferta y demanda. **La asignación de los mostradores de procesamiento de pasajeros (Counters) y de oficina a las aerolíneas, se efectuará mediante negociación y contratación directa**⁴.

La Retribución de los locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas, mencionados en el punto 2.1, se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos por el Concesionario.>>

³ El resaltado es nuestro.

⁴ Idem.

Con relación a la propuesta de la empresa concesionaria, es necesario considerar que dicha propuesta implica que sería ésta la que tendría el poder de definir a su libre voluntad las condiciones bajo las cuales se realizarían los procesos de contratación con terceros y, según corresponda, los de subasta. Al respecto, se considera atendible que el Concesionario *proponga* dichas condiciones. Sin embargo, es insustentable desde el punto de vista del marco regulatorio vigente, que sea la empresa concesionaria quien defina o establezca dichas reglas de manera unilateral, cuando se trata de infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial. Ello es una función esencial del órgano regulador e importa a una efectiva promoción de la competencia en la utilización de la infraestructura aeroportuaria, lo cual es una razón de interés público.

El Contrato de Concesión establece obligatoriamente la subasta como mecanismo de asignación de espacios, tanto en los casos en los que está involucrada la asignación de infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial, como en los casos en los que se trata de otro tipo de infraestructura.

La realización de una subasta como mecanismo de asignación de espacios, es necesaria únicamente cuando el Concesionario no está en capacidad de atender todas las solicitudes de acceso a las Facilidades Esenciales. En ese sentido, no se considera eficiente que deba obligatoriamente realizarse una subasta, tal como está estipulado en el contrato de concesión vigente, cuando el Concesionario esté en capacidad de atender todas las solicitudes de asignación de espacio que se le haya presentado.

En tal virtud, cabe enfatizar que la propuesta de OSITRAN permitirá a la empresa concesionaria una mayor eficiencia con relación a la asignación de infraestructura aeroportuaria, pues cuando no se trate de infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial o cuando siendo calificada como tal, el concesionario esté en capacidad de atender todas las solicitudes, no sería necesaria la realización de la subasta.

En ese sentido, se considera conveniente, tanto para la empresa concesionaria, como para los intereses del ente Concedente y particularmente para una correcta incorporación y aplicación del marco regulatorio del Acceso a las Facilidades Esenciales a la ejecución del contrato de concesión del AIJCH; que el Punto 5 de las “Condiciones Generales” del Anexo N° 5, relativo a la “Política sobre Tarifas”, contenga una estipulación que permita aplicar el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución N° 034-2001-CD/OSITRAN, con relación a la infraestructura aeroportuaria que califica como Facilidad Esencial, actualmente detentada y económicamente explotada por LAP. Ello es particularmente relevante en el caso del Punto 1.2 (“Servicios Aeroportuarios Prestados por Terceros”) y en cuanto al Punto 2.1 (“Locales y servicios para líneas aéreas”).

De ese modo, las referencias a la subasta que contienen los Puntos 1.2 y 2.1, se entenderán dentro de lo que establece el Reglamento Marco de Acceso con relación a las subastas, es decir, haciendo que las mismas no sean obligatorias sino sólo cuando no exista infraestructura disponible para atender a todos los solicitantes del acceso.

Si bien en el caso que el contrato de concesión no regule total o parcialmente una materia relativa al derecho de Acceso a la infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial, se aplicará supletoriamente el Reglamento Marco de Acceso, se considera necesario homogenizar en el contrato de concesión el tratamiento del acceso a las Facilidades Esenciales, con el fin de permitir al regulador una efectiva promoción de la competencia en la utilización de tal tipo de infraestructura, así como para reducir la incidencia de discrepancias con la empresa concesionaria con relación a la interpretación y aplicación del marco regulatorio relativo al acceso a las Facilidades Esenciales.

Del mismo modo, de manera adicional consideramos necesario enfatizar la necesidad de sujetar la asignación de la infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial al marco regulatorio de OSITRAN, considerando que éste establece incluso la posibilidad de que la empresa concesionaria pueda solicitar una inaplicación parcial o total del procedimiento regular⁵ contemplado en el Reglamento Marco de Acceso, si ésta acredita la ejecución de un procedimiento de asignación distinto a la subasta, que el regulador pueda verificar que garantiza el acceso equitativo a la infraestructura aeroportuaria. En ese sentido, el referido reglamento permite una flexibilidad que atañe a la eficiencia en el manejo de las decisiones empresariales, y al mismo tiempo garantiza el cumplimiento de condiciones que garanticen a los usuarios intermedios un acceso equitativo a la infraestructura aeroportuaria que califica como Facilidad Esencial.

Por las razones antes expuestas y considerando la necesidad de una correcta aplicación del marco regulatorio, que importa a una efectiva promoción de la competencia en la utilización de la infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial, OSITRAN considera indispensable que la asignación de dicho tipo de infraestructura, se sujete al marco regulatorio vigente, por lo que ratifica su posición, de conformidad con lo establecido en el Informe N° 007-03-GRE-OSITRAN. En consecuencia, se recomienda al ente Concedente desestimar la propuesta alternativa presentada por la empresa concesionaria.

V. CONCLUSIONES:

- A. Con relación a los llamados “Hechos del Príncipe” (aplicación o efectos de una “Ley Aplicable o una “Norma”), es necesario considerar que la consecuencia natural es únicamente un resarcimiento o indemnización económica en beneficio del concesionario.

El contrato de concesión, en concordancia con los presupuestos contemplados doctrinalmente, ya establece en el Numeral 26.2, compensaciones económicas a favor de la empresa concesionaria si por cambios en las “Leyes Aplicables” o en

⁵ Al respecto, conviene tomar en cuenta lo establecido en el Artículo 26° del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN:

<< Artículo 26°.- Excepción al procedimiento.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSITRAN podrá aprobar, de oficio o a pedido de parte, por acuerdo de su Consejo Directivo, la existencia de excepciones generales o particulares al desarrollo del procedimiento y reglas previstas en este capítulo en caso que considere que la aplicación del procedimiento resulta innecesaria para garantizar acceso a la infraestructura considerada como facilidad esencial. Esto es sin perjuicio de que, a falta de acuerdo, OSITRAN pueda emitir los mandatos correspondientes.>>

las disposiciones establecidas en las “Normas” se produce una significativa afectación del equilibrio económico-financiero de la empresa concesionaria.

La aplicación o efectos de una “Ley Aplicable” o de una “Norma” no pueden ser considerados como “Eventos de Fuerza Mayor”, por no tratarse de hechos ajenos a la voluntad de las partes, y por no ser posible al concesionario “prevenirlos”, de conformidad con lo que establece el Numeral 13.1 del contrato de concesión, cuando establece la definición, para efectos del contrato, de lo que debe entenderse como un “Evento de Fuerza Mayor”.

La propuesta de la empresa concesionaria con relación al Numeral 13.2, se opondría directamente a la normal ejecución del contrato de concesión, dado que le permitiría invocar la aplicación del régimen aplicable a la ocurrencia de los “Eventos de Fuerza Mayor” cuando se le imponga penalidades contractuales o se le imponga sanciones administrativamente, lo que constituyen actos de poder ordinario de la administración con relación de un contrato de concesión, por lo que no pueden ser calificados como “Eventos de Fuerza Mayor”.

OSITRAN considera improcedente la solicitud de modificación del Numeral 13.2 del contrato de concesión propuesta por la empresa concesionaria. Por tanto, recomienda al ente Concedente desestimar la modificación propuesta por la empresa concesionaria.

- B. No es posible sustentar desde el punto de vista regulatorio, que sea la empresa concesionaria quien defina o establezca las reglas de acceso a la infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial de manera unilateral. Ello es una función esencial del órgano regulador e importa a una efectiva promoción de la competencia en la utilización de la infraestructura aeroportuaria, la misma que es una razón de interés público.

La propuesta de OSITRAN remitida al Concedente en el Informe N° 007-03-GRE-OSITRAN, permitiría a la empresa concesionaria una mayor eficiencia con relación a la asignación de infraestructura aeroportuaria, pues cuando no se tratase de infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial o cuando siendo calificada como tal, el concesionario estuviese en capacidad de atender todas las solicitudes, no sería necesaria la realización de la subasta.

Es conveniente, para la empresa concesionaria, los intereses del ente Concedente y, particularmente, para una correcta incorporación y aplicación del marco regulatorio del Acceso a las Facilidades Esenciales a la ejecución del contrato de concesión del AIJCH, que el Punto 5 de las “Condiciones Generales” del Anexo N° 5, relativo a la “Política sobre Tarifas”, contenga una estipulación que permita aplicar de manera homogénea el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Así mismo, es necesario reducir la incidencia de discrepancias con la empresa concesionaria con relación a la interpretación y aplicación del marco regulatorio relativo al acceso a las Facilidades Esenciales.

Por tanto, OSITRAN recomienda al ente Concedente desestimar la propuesta alternativa presentada por la empresa concesionaria con relación al Anexo N° 5 del contrato de concesión, cuya modificación fue propuesta por OSITRAN como una medida compensatoria para el Estado por las mejoras en la posición contractual de la empresa concesionaria.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

ROBERTO URRUNAGA PASCO-FONT
Gerente de Regulación

PB/AO/gsg
REG-SAL-GAL-03-3144