

INFORME N° 042-05-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para la interpretación del contrato de concesión del AIJCH, respecto al Destino de la “Retribución”

Referencia : Oficio N° 711-2004-MTC/02

Fecha : 23 de junio de 2005

I. ANTECEDENTES:

1. El 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), aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM¹, establece lo siguiente:

<<Artículo 23.- Las bases de las Licitaciones Públicas Especiales y de los Concursos de Proyectos Integrales y los Contratos de Concesión correspondientes, serán aprobados por las PROMCEPRI.

El contenido de las bases de que trata la parte pertinente del Reglamento, es de carácter enunciativo y no limitativo.

En las referidas bases se determinará el destino y la utilización de los recursos que se puedan generar para el Estado por efecto del otorgamiento de la concesión al sector privado, en aplicación del presente Texto Único Ordenado.

De no ejecutarse el procedimiento establecido en las bases en los plazos fijados, el Comité Especial respectivo, por propia iniciativa o a solicitud de los interesados, declarará sin efecto la referida Licitación o Concurso.>>

[el subrayado es nuestro]

2. Las Bases de la Licitación Pública Internacional para la entrega en concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” establece lo siguiente:

<< 10.3. Destino y utilización de los recursos que se generen para el Estado, por efecto de la entrega en concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez al Sector Privado:

10.3.1. La cantidad mínima de la Retribución será destinada y utilizada para:

10.3.1.1 Durante el primer y segundo año de Vigencia de la Concesión, 100% para la inversión, mantenimiento y

¹ Publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1996.

operación de los demás aeropuertos administrados por CORPAC.

10.3.1.2 A partir del tercer año de Vigencia de la Concesión:

- a) El 80% de la cantidad mínima de la Retribución, será destinada para la inversión, mantenimiento y operación de los demás aeropuertos administrados por CORPAC, de acuerdo al Presupuesto aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas, hasta el octavo año de la Vigencia de la Concesión. Vencido dicho plazo, previa evaluación del OSITRAN, el MTC autorizará el incremento del porcentaje de ingresos a favor de CORPAC.
- b) El 20% de la cantidad mínima de la Retribución, para el MTC, que será destinado para el pago del justiprecio de los terrenos a ser expropiados para la ampliación del Aeropuerto, que será efectuado por el MTC.

10.3.2. **En el supuesto que los ingresos que se generen sean superiores al monto mínimo establecido**, el saldo será destinado para el mantenimiento y construcción de pistas de aterrizaje en los aeropuertos de la República del Perú, que están a cargo del MTC.

10.3.3. Los recursos que se generen para el Estado, por efecto de la entrega en concesión del Aeropuerto, serán cobrados por el OSITRAN y entregados al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado para su distribución de acuerdo a lo estipulado en los incisos 10.3.1. y 10.3.2.>>

3. Con fecha 14 de febrero de 2001, el Estado Peruano suscribió el Contrato de Concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez"; con la empresa Lima Airport Partners S.R.L. (LAP).

4. El Numeral 4.1 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

<< 4.1. **Retribución.** El Concesionario pagará la Retribución a OSITRAN, quien a su vez la entregará a la entidad del Estado que el Concedente determine, de conformidad con las Leyes Aplicables.

La Retribución será pagadera trimestralmente a más tardar el último Día Útil del mes inmediato siguiente, comenzando después del final del primer trimestre del primer Año de Concesión y terminando el último Día Útil del mes inmediatamente siguiente al final del último Año de Concesión o las prórrogas de la Concesión.>>

5. Del mismo modo, mediante Addendum N° 3² se modificó en Numeral 5.23 del contrato de concesión en el sentido 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>>.

[el subrayado es nuestro y corresponde a la modificación introducida por Addendum N° 3]

6. Con fecha 18 de marzo de 2005, se publica el Decreto de Urgencia N° 008-2005, el mismo que establece lo siguiente:

<<Artículo 2.- Constitución de Fideicomisos por las entidades del Estado

Autorizar a las entidades y organismos del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, a constituir fideicomisos con los recursos que aporten los concesionarios o que se originen de las concesiones ya otorgadas, que se destinen a la adquisición de bienes, contratación de servicios, constitución de garantías o a otros permitidos por Ley, y que resulten necesarios para el financiamiento, desarrolla y ejecución, de los distintos proyectos de concesión.

La constitución de los fideicomisos deberá ser aprobada previamente mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del sector bajo cuyo ámbito se desarrolló la concesión.

Tratándose de concesiones de competencia de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, la constitución de fideicomisos deberá ser previamente aprobada por acuerdo de consejo regional o municipal, según corresponda.

Lo dispuesto en el presente artículo es de aplicación a los procesos de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a que se refiere el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM y sus normas reglamentarias y complementarias, que lleva adelante el Estado a través de las entidades

² Suscrito con fecha 30 de septiembre de 2002.

competentes de sus tres niveles de gobierno, así como para aquellas concesiones otorgadas al amparo de las normas legales antes indicadas.>>

[*el subrayado es nuestro*]

7. Con fecha 08 de junio de 2005, mediante Oficio N° 711-2004-MTC/02, el Vice Ministro de Transportes solicita a OSITRAN que *“en virtud de la facultad de interpretación de los contratos de concesión que le confiere el literal e) del numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley 26917, se interprete el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez en relación a la facultad del MTC para destinar parte de los fondos recibidos de la retribución para el cofinanciamiento de la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de la República, el mismo que hoy se encuentra en proceso de promoción para la entrega en concesión al sector privado por parte de PROINVERSION”*.

II. OBJETIVO:

El objeto del presente informe es analizar los alcances de la facultad del Estado, para determinar el destino y la utilización de los recursos que se generan a su favor, por efecto del otorgamiento de la concesión al sector privado, de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

III. BASE LEGAL:

- 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 (en adelante, TUO de concesiones), aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1996.
- 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.
- D.S N° 010-2001-PCM, Reglamento General de OSITRAN; publicada en el Diario Oficial el 07 de febrero de 2001.
- Contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.
- D. U. N° 008-2005: Norma para facilitar el financiamiento de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

IV. ANALISIS:

1. De acuerdo a lo que establece la Cláusula Primera del contrato de concesión del AIJCH, todos los Anexos y Apéndices al contrato de concesión forman parte integrante del mismo:

<<(…) Todos los Anexos y Apéndices al presente Contrato forman parte integrante del mismo.
(…)

Cualquier término que no se halle definido en el presente 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, y, en su defecto, el significado que se le dé al mismo en el curso normal de las operaciones aeroportuarias en el Perú.

Las Bases de la Licitación Pública internacional del AIJCH, según lo que establece la Cláusula Primera y el Numeral 24.12, se aplican para efectos de la interpretación del contrato de concesión. Al respecto el Numeral 24.12 señala lo siguiente:

<< 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:

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

2. En ese sentido, el contrato de concesión del AIJCH ha considerado a las Bases de la Licitación dentro de la prelación aplicable, en caso de discrepancia en la interpretación de una estipulación contractual, y no específicamente como parte del contrato de concesión.
3. El Artículo 23° del TUO de concesiones, establece que en las Bases de las Licitaciones Públicas Especiales, se determinará el destino y la utilización de los recursos que se puedan generar para el Estado, por efecto del otorgamiento de las concesiones de infraestructura y servicios públicos al sector privado. Al respecto, es necesario tomar en cuenta que se trata de infraestructuras de propiedad del Estado, cuya entrega en concesión, genera el derecho a recibir del sector privado determinadas contraprestaciones que constituyen recursos públicos.
4. Como recursos públicos, las “Retribuciones” o cánones que paga el sector privado al Estado como contraprestación por el derecho de concesión otorgado; son destinados y utilizados por el Estado de acuerdo a sus fines establecidos en la normativa aplicable.

En tal virtud, es claro que el destino y utilización de dichos recursos públicos forman parte de la esfera de atribuciones y decisiones exclusivas del Estado. En consecuencia, una empresa concesionaria (como LAP) no tiene atribución ni competencia respecto a la determinación del destino y utilización de la Retribución que paga al Estado.

5. El Numeral 10.3 de las Bases de la Licitación Pública Internacional del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, establece que a partir del tercer año de vigencia de la concesión, el 80% de dicha “Retribución” mínima se utilizará para la inversión, mantenimiento y operación de los demás aeropuertos administrados por CORPAC y el otro 20%, para el pago del justiprecio de los terrenos a ser expropiados para la ampliación del Aeropuerto, que será efectuado por el MTC.
6. Mediante Addendum N° 3 celebrado con fecha 30 de septiembre de 2002, es que se modifica en Numeral 5.23 del contrato de concesión del AIJCH, estableciéndose que, a efectos de cumplir con lo dispuesto en dicho numeral, con relación a la ampliación del AIJCH y a la entrega de terrenos correspondiente por parte del Estado a LAP, el Concedente (es decir el Estado

Peruano), está facultado a redistribuir los recursos provenientes de los ingresos generados por la concesión del AIJCH, a que se refiere el numeral 10.3 de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional.

7. Es claro que el sentido del numeral precitado es que la redistribución de recursos provenientes de la concesión del AIJCH que la Adenda 3 faculta al Concedente, esta limitada a efectos de cumplir con la ampliación de Aeropuerto. En efecto, una interpretación diferente implicaría transgredir lo establecido por el Numeral 5.23 del Contrato de Concesión.
8. En consecuencia, el establecimiento de una facultad de naturaleza estrictamente estatal, como es el destino y utilización de los recursos públicos constituidos por los montos pagados por LAP por concepto de "Retribución", fue incorporado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones al Numeral 5.23 del contrato de concesión.

Sin embargo, aunque el medio utilizado en tal ocasión por el Estado, para precisar la existencia de dicha facultad de redistribución de la "Retribución" pagada por LAP, podría no ser el más idóneo, tratándose de una decisión de tal naturaleza, somos de la opinión que la naturaleza del derecho de destinar y utilizar dichos recursos públicos no ha variado ni puede variar, es decir, en cualquier caso sigue tratándose de una decisión de índole estrictamente estatal.

En ese sentido, es claro que LAP no tiene derecho con relación a la determinación del destino y utilización de la Retribución al Estado, porque la utilización de dichos fondos no tiene incidencia en su esfera de derechos y obligaciones otorgados por el contrato de concesión.

En consecuencia, en el caso de la eventual celebración de un nuevo Addendum al contrato de concesión del AIJCH, para efectos de establecer un nuevo destino y utilización de los montos pagados por LAP por concepto de Retribución; la participación de LAP en tal caso sería una mera formalidad, puesto que no cabría que el Estado le otorgue compensación alguna como consecuencia de la modificación, dado que ello presupondría la ruptura de su equilibrio económico-financiero, cosa que en tal caso no es posible.

9. Al respecto, resaltamos el hecho que el destino y utilización que haga al Estado Peruano de la "Retribución" que paga LAP, no incide en modo alguno en la existencia y ejecución de la relación concesional. Ello, porque es claro que más allá de cuál sea el destino y utilización que el Estado determine para los fondos relativos al pago de la Retribución de LAP, *el Estado no puede eximirse en modo alguno, del cumplimiento de la obligación de entrega de terrenos a que alude el Numeral 5.23 y Anexo 11 del contrato de concesión, con el fin de no generar la causal de caducidad a que se refiere el Literal c) del Numeral 15.5 ("Terminación de la Concesión por el Concesionario") del contrato de concesión.*

En ese sentido, aún cuando el Estado Peruano, en ejercicio de una atribución de la que es titular, determinara un destino y utilización de la Retribución pagada por LAP, diferente al que señala el Numeral 10.3 de las Bases de la Licitación o el Numeral 5.23 del contrato de concesión, es claro que el Estado

Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ***mantiene incólume su responsabilidad por el cumplimiento adecuado y oportuno de la entrega de terrenos a LAP, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 5.23 y Anexo 11 del contrato de concesión***, para efectos de no generar la causal de caducidad a que se refiere el Literal c) del Numeral 15.5 del contrato de concesión del AIJCH.

10. En ese orden de ideas, atendiendo a la naturaleza de derecho público del derecho de destinar y utilizar los fondos provenientes de la Retribución pagada por LAP, aún cuando por el mérito de la modificación del Numeral 5.23 del contrato de concesión mediante Addendum N° 3, una de las formas válidas de modificar el destino y utilización de dichos recursos públicos, podría ser la **celebración de otro Addendum al contrato de concesión del AIJCH**; se debe considerar que el Estado está facultado a establecer un destino y utilización diferente para tales recursos públicos, mediante la emisión de la norma legal correspondiente.
11. En ese sentido, con fecha 18 de marzo de 2005, se publicó el Decreto de Urgencia N° 008-2005, que autorizó a las entidades y organismos del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales (los tres niveles de gobierno), a constituir fideicomisos con los recursos que aporten los concesionarios *o que se originen de las concesiones ya otorgadas*, para que se destinen a la adquisición de bienes, contratación de servicios, constitución de garantías o a otros permitidos por Ley, y que resulten necesarios para el financiamiento, desarrolla y ejecución, de los distintos proyectos de concesión.

V. **CONCLUSIONES:**

1. La redistribución de recursos provenientes de la concesión del AIJCH que la Adenda 3 faculta al Concedente, esta limitada a efectos de cumplir con la ampliación de Aeropuerto, tal lo establece el Numeral 5.23 de l contrato de concesión.
2. La atribución de destinar y utilizar los fondos provenientes de las Retribuciones o cánones pagados por el sector privado al Estado, como contraprestación por el derecho de concesión de obras públicas de infraestructura y servicios públicos otorgado; es una atribución de naturaleza exclusivamente estatal, y dichos recursos califican como recursos públicos.
3. El Numeral 5.23 del contrato de concesión, modificó temporalmente el destino de la Retribución a que se refiere el Numeral 10.3 de las Bases de la Licitación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, por el mérito de la celebración del Addendum N° 3. En tal virtud, una de las formas válidas de modificar nuevamente el destino de la Retribución es la celebración de otro Addendum al contrato de concesión.
4. Tratándose de una atribución exclusiva del Estado, y de fondos que son recursos públicos, el Estado puede establecer un destino y utilización distinto de dichos recursos públicos, mediante la norma autoritativa correspondiente, como es el caso del Decreto de Urgencia N° 008-2005.

Ya sea que el destino y utilización de los fondos generados por el pago de la “Retribución” de LAP al Estado Peruano, se modifique por vía de una modificación contractual o por el mérito de una norma autoritativa, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mantiene indemne su responsabilidad frente a LAP por el cumplimiento adecuado y oportuno de lo establecido en el Numeral 5.23 y Anexo 11 del contrato de concesión, para efectos de no generar la causal de caducidad a que se refiere el Literal c) del Numeral 15.5 del contrato de concesión del AIJCH.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

FVZ/gsg
REG-SAL-GAL-05-4880
MP: 4512