

INFORME N° 051-05-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

C.c. : Pablo Valle Cabieses
Gerente de Supervisión

Asunto : Solicitud de interpretación del Contrato de Concesión respecto al alcance de la obligación del Concedente de entrega de terrenos saneados para la ampliación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH)

Referencia : Solicitud de Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) relativa a la interpretación del Numeral 2 del Anexo 11 del contrato de concesión del AIJCH

Fecha : 08 de agosto de 2005

I. OBJETIVO:

El objetivo del presente informe es analizar legalmente las estipulaciones contractuales del contrato de concesión del AIJCH, relativas a la obligación del Estado Peruano de entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, “debidamente saneados”.

II. 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:

<<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:

- a) 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.
- b) 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.
- c) 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).

III. 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:

a) De acuerdo a lo que establece la Cláusula Primera del contrato de 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.*

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:

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

2° Las Circulares.

3° Las Bases.

4° 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**

¹ Definidas en el contrato de concesión del modo siguiente:

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

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.

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;
- 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*”.

6. 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”.
7. 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.
8. El Artículo 1484° y 1485° 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*]

9. Respecto al concepto de *saneamiento*, Manuel de la Puente y Lavalle² 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

² En “El Contrato en General”, Tomo III, pag. 393, Palestra Editores, Lima-Perú, 2001.

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 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 avista 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

³ Op., Cit., página 406.

⁴ Op., Cit., página 396.

⁵ Op., Cit., página 398.

⁶ Op., Cit., página 413.

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 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 las 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 al Plan Maestro).
 - d) En ese sentido, el Numeral 5.23 del contrato de concesión guarda estricta coherencia con lo establecido en el Artículo 1485° 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.

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.

IV. CONCLUSIONES:

1. En virtud al contrato para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCH, el Estado Peruano ha otorgado a 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.
2. 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.

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 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.>>

3. 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.
4. 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.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

PBD/gsg
REG-SAL-GAL-05-6096
Mp: 5129