

INFORME N° 078-04-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

c.c : Alejandro Chang Chiang
Presidente del Consejo Directivo

Wilder Pereyra Acuña
Gerente de Supervisión

Asunto : Interpretación del Numeral 18.1 del Contrato de Concesión
del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez"

Referencia : Oficio N° 921-2004-MTC/02 de fecha 09 de julio de 2004

Fecha : 13 de agosto de 2004

I. OBJETIVO:

El objetivo del presente informe, es emitir la opinión legal solicitada en el Oficio de la referencia, relativa a la interpretación de la Cláusula Décimo Octava del Contrato para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (AIJCH), a efectos de establecer la forma en que se tratará el hallazgo de pasivos ambientales detectados después de la aprobación de la Auditoría Ambiental y Estudio de Impacto Ambiental a que se refiere el Numeral 18.1 de dicho contrato.

II. ANTECEDENTE:

1. El Numeral 18.1 de la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

<<CLAUSULA 18 MEDIO AMBIENTE

18.1 Auditoría Ambiental y Estudio del Impacto Ambiental:

En un plazo de doce (12) meses contados a partir de la Fecha de Cierre, el Concesionario conviene en realizar, a su propio costo, una auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental, efectuados por una firma de consultores independientes de reconocido prestigio internacional y experiencia pertinente, seleccionada y contratada por el Concesionario de una lista, de cuando menos tres (3) firmas, proporcionada por OSITRAN a dicho efecto. Dicha auditoría y estudio de impacto ambiental deberá incluir al Aeropuerto en su integridad y a los efectos de todas las operaciones realizadas en el mismo, incluyendo, sin limitarse, a los tanques y ductos de combustible, y los efectos contaminantes del ruido, humos, gasolina, aceites y otros hidrocarburos. El estudio de Impacto Ambiental deberá indicar un plazo máximo recomendable para el inicio de las actividades de limpieza y mitigación a cargo de cada una de las Partes así como el costo estimado de las mismas.

En la medida en que dichos estudios recomienden que se lleven a cabo actividades de limpieza y mantenimiento en el Aeropuerto, éstas se realizarán bajo la responsabilidad de:

18.1.1 El Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera de la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre; en este caso, el Concedente deberá contar con el apoyo que pueda requerir razonablemente y con los derechos de acceso que fueren necesarios, tratando el Concedente de no interrumpir las operaciones normales del Aeropuerto, en la medida de lo posible; o

18.1.2 El Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido desde la Fecha de Cierre.

En la medida en la que se presentare cualquier reclamación de terceros en contra del Concesionario con respecto a cualquiera de los asuntos que el Concedente está obligado a subsanar, con sujeción a la Cláusula 18.1.1, el Concedente conviene en asumir la responsabilidad derivada de ello e indemnizar al Concesionario por tal reclamación, o por cualquier daño o perjuicio incurrido por el Concesionario o sus representantes que se derive de dicha reclamación, siempre y cuando el Concesionario haya interpuesto, o permitido al Concedente interponer todas las acciones, recursos y excepciones necesarias o convenientes para eliminar, limitar o reducir al máximo posible el pago o sanción respectivo.

Presentada la auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental ante OSITRAN, para la correspondiente aprobación por parte del Concedente, quien aprobará el estudio de impacto ambiental en un plazo máximo de noventa (90) días calendario contados a partir de la fecha de presentación, las Partes presentarán un cronograma de ejecución de las actividades de limpieza, mitigación y mantenimiento a su cargo, según las responsabilidades que señala el estudio, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario de la fecha de su aprobación. Las Partes acuerdan que cualquier discrepancia en relación a las recomendaciones contenidas en el estudio será resuelta por el Consejo Nacional de Ambiente –CONAM.

Las Partes deberán iniciar las actividades de limpieza y mitigación a su cargo en el plazo máximo recomendado en el estudio de impacto ambiental, adoptando todas las medidas que fueren necesarias, incluyendo la aprobación oportuna del estudio presentado, la construcción de instalaciones y provisión de equipos que pudieran ser requeridos. Todas las edificaciones, instalaciones y equipos deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos.

Exceptuando las estipulaciones de la Cláusula 18.1.1, o en caso el Concesionario no cumpliera con realizar la auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental en el plazo que se señala en la presente cláusula, el Concesionario se responsabilizará e indemnizará al Concedente, y a cualquier Autoridad Gubernamental, sus respectivos funcionarios, empleados, agentes y contratistas contra cualquier, pérdida, obligación, daño y gasto emergente relacionado con cualquier tipo de contaminación u otros daños ambientales relacionados con el Aeropuerto. Con sujeción a la Cláusula 18.1.2, el Concesionario se asegurará de cumplir, a su propio costo, todo aspecto relacionado con las previsiones y requisitos del estudio de impacto ambiental respecto a la operación, administración y mantenimiento del Aeropuerto.

Si una de las Partes no ejecuta las actividades de limpieza y mantenimiento a su cargo, en la oportunidad que establece el cronograma presentado, deberá indemnizar a la otra Parte por los daños originados por dicho retraso, sin perjuicio de la aplicación de sanciones a que hubiere lugar.

En el supuesto que el Concedente no contara con los recursos económicos necesarios para llevar a cabo las actividades de limpieza y mitigación del daño ambiental a su cargo, el Concesionario a solicitud del Concedente realizará dichas actividades y descontará de la Retribución el monto correspondiente a tal efecto, previa aprobación del OSITRAN.(...)>>

2. En cumplimiento de lo establecido en el Numeral 18.1 del Contrato de Concesión, con fecha 04 de febrero de 2002, Lima Airport Partners S.R.L (LAP) empresa concesionaria del AIJCH, presentó ante OSITRAN un Estudio de Impacto Ambiental, elaborado por las empresas Golder Associates Perú S.A. y ERM Argentina S.A.
3. Con fecha 05 de febrero del mismo año, LAP presentó el precitado Estudio para la correspondiente aprobación por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), de conformidad con lo establecido por el Numeral 18.1 del Contrato de Concesión.
4. Con fecha 09 de diciembre de 2002, se emitió la Resolución Ministerial N° 779-2002-MTC/02, la misma en la que se resuelve lo siguiente:

<<ARTÍCULO PRIMERO.- Aprobar el Estudio de Impacto Ambiental del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y sus respectivos Anexos, presentado por la empresa Lima Airport Partners S.R.L, el cual consta de dos volúmenes, de acuerdo al siguiente detalle:

INFORME FINAL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) páginas
000001 a 000298

ANEXOS DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Páginas
000299 a 000760

ARTICULO SEGUNDO.- Aprobar el Informe de Auditoria Ambiental del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, presentado por Lima Airport Partners S.R.L, el cual consta de dos volúmenes, de acuerdo al siguiente detalle:

INFORME FINAL DE AUDITORIA AMBIENTAL páginas 000001 a
000561

ESTUDIO COMPLEMENTARIO TERMINAL DE COMBUSTIBLE páginas
000562 a 000640>>

5. Con fecha 10 de marzo de 2004, LAP presentó ante el MTC un Informe Complementario a la Auditoria Ambiental del AIJCH¹, mediante Carta N° 106-04-GL, el cual se encuentra en proceso de evaluación ante el Concedente.

¹ También elaborado por Golder Associates Perú S.A. y ERM Argentina S.A.

6. El Objetivo del precitado informe era el siguiente:
 - a) Reportar los trabajos de remediación efectuados por LAP en el AIJCH hasta la fecha de elaboración de dicho informe.
 - b) Reportar los nuevos hallazgos de pasivos ambientales.
 - c) Dar a conocer los montos invertidos a la fecha, así como los estimados necesarios para los trabajos de remediación identificados a la fecha.

7. El mencionado Informe Complementario concluye en líneas generales lo siguiente:
 - a) Como consecuencia de las labores de remodelación y construcción en el AIJCH, se ha obtenido acceso a zonas anteriormente restringidas; encontrándose más pasivos ambientales que corresponden a la operación anterior al inicio de la concesión.
 - b) Otra consecuencia de lo anterior, es que se pudo realizar estudios en áreas anteriormente ocupadas o sin acceso, confirmándose la presencia de asbestos, que probablemente pertenezcan a la estructura original del AIJCH, señalándose que puede afirmarse con certeza que dicho material fue colocado antes de la fecha de Cierre.
 - c) Como consecuencia de los trabajos de remoción de suelos, en la Plataforma del AIJCH y como parte de la remoción de parte de la línea de distribución de combustible, se ha realizado trabajos de remoción de suelo contaminado con hidrocarburos y secciones de la red de abastecimiento de combustible de la Plataforma central.

8. Con fecha 09 de julio de 2004, se remite a OSITRAN el Oficio N° 921-2004-MTC/02, en el cual se solicita que se interprete el Contrato de Concesión y emita opinión con relación a sí para la determinación de hallazgos de pasivos ambientales existentes a la Fecha de Cierre, se requiere la modificación del Contrato de Concesión o si es posible definir dicha situación mediante la interpretación de la Cláusula Décimo Octava de dicho contrato.

9. Con fecha 02 de agosto de 2004, LAP remite a OSITRAN la Carta N° LAP/229-04/GL, en dicha comunicación la empresa concesionaria señala lo siguiente:
 - a) LAP ha cumplido oportunamente sus obligaciones establecidas en la Cláusula Décimo Octava del contrato de concesión.
 - b) Al 05 de febrero de 2002, fecha en que LAP presentó el Estudio de Impacto Ambiental ante el MTC para su correspondiente aprobación, existía una imposibilidad física para que las empresas contratadas por LAP², pudieran acceder a zonas que en tal oportunidad estaban restringidas o sin acceso, las cuales sólo pudieron ser evaluadas ambientalmente con posterioridad a dicha fecha, como consecuencia de las labores de remodelación y ampliación del AIJCH.
 - c) De acuerdo al Numeral 18.1 y 18.2 del contrato de concesión, el Estado Peruano es responsable de la limpieza y mitigación de todos los daños ambientales generados antes de la Fecha de Cierre, así como LAP lo es por los daños ambientales ocasionados después de dicha Fecha.

² Seleccionadas de la Lista de empresas elegibles, que para tal efecto le otorgó OSITRAN con fecha 26 de marzo de 2001, mediante Carta N° 034-2001-DTIT/OSITRAN, de conformidad con el procedimiento establecido en el contrato de concesión.

- d) De acuerdo a lo que establece el Numeral 12.4, al Concesionario no le corresponde ninguna responsabilidad por las operaciones y actividades en el Aeropuerto que hayan ocurrido con anterioridad a la Fecha de Cierre, con independencia de la fecha en que dichos daños hayan podido ser identificados.
- e) De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, no existe fundamento legal para sostener que LAP debe hacerse responsable por daños ambientales generados antes de la Fecha de Cierre.
- f) Dicho principio de responsabilidad es acorde con lo establecido en el Código Civil y en el Código del Medioambiente y los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo N° 613.

III. BASE LEGAL:

- 1. Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez".
 - a) Numeral 1.28, 1.30, 1.51 de la Cláusula Primera.
 - b) Numeral 18.1 y 18.2 de la Cláusula Décimo Octava.
 - c) Cláusula Décimo Segunda
 - d) Numeral 1.6 del Anexo N° 14.
- 2. Ley N° 26917.
- 3. Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM.
- 4. Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), aprobado por D.S. N° 041-2002-MTC.
- 5. Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.
- 6. Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado por D.S. N° 041-2002-MTC.
- 7. Lineamientos para la Interpretación, Modificación y Reconversión de los Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 494-144-04-CD-OSITRAN.

IV. MATERIA DE ANALISIS:

De acuerdo a los precitados antecedentes, con el fin de interpretar la Cláusula Décimo Octava del Contrato de concesión, a efectos de establecer la forma de tratamiento del hallazgo de pasivos ambientales detectados después de la aprobación de la Auditoria Ambiental y Estudio de Impacto Ambiental a que se refiere el Numeral 18.1 de dicho contrato, es necesario determinar lo siguiente:

A. CUÁLES SON LAS NORMAS SOBRE ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE CONCEDENTE Y CONCESIONARIO QUE ESTABLECE EL CONTRATO DE CONCESIÓN:

- 1. La Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Concesión contiene las reglas generales relativas a las responsabilidades e indemnizaciones que corresponde al Concedente y al Concesionario:
 - a) Dicha regla general es que cada una de las partes responde por las actuaciones a su cargo, ejecutadas antes y después de la Fecha de Cierre. Así, de acuerdo al Numeral 12.4 del contrato, al Concesionario <<no le corresponde ninguna responsabilidad por las actividades y operaciones que hayan ocurrido con anterioridad a la Fecha de Cierre>>.

- b) De acuerdo al Numeral 1.17, la Fecha de Cierre es la fecha en la cual las condiciones establecidas en la cláusula Décimo Primera se hayan cumplido, lo cual ocurrió el 14 de febrero de 2001.
 - c) Del mismo modo, de acuerdo al Numeral 12.1, <<CORPAC S.A., o la entidad o entidades correspondientes del Estado Peruano, serán responsables de todas las obligaciones que se deriven de la operación del Aeropuerto hasta la Fecha de Cierre, no siéndolo en Concesionario ni el Operador Principal (...).>>
 - d) De manera equivalente, el Numeral 12.1 establece que el Concesionario reconoce que <<el Concedente no tendrá responsabilidad alguna frente al Concesionario, a los Inversionistas Estratégicos o cualquiera de sus cesionarios, agentes o acreedores, por cualquier pérdida, daño o demora de cualquier naturaleza, que resulte directa o indirectamente de cualquier acto, omisión, negligencia o incumplimiento que surja durante el curso de, en relación con, o como consecuencia del otorgamiento de la Concesión.>>
2. En concordancia con la norma general a que se hace referencia en el Numeral precedente, el Numeral 18.1 de la Cláusula Décimo Octava del contrato de concesión establece lo siguiente:
- a) El Concedente es responsable de las actividades de mantenimiento y limpieza en el AIJCH, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medioambiental que requiera de las actividades de limpieza o las actividades de litigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre.
 - b) El Concesionario es responsable de las actividades de mantenimiento y limpieza en el AIJCH, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medioambiental que requiera de las actividades de limpieza o las actividades de litigación haya ocurrido después de la Fecha de Cierre.
3. Adicionalmente, es necesario considerar que el Numeral 1.6 del Anexo N° 14 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

<<1.6 Protección del Medio Ambiente

El Aeropuerto deberá ser planificado, desarrollado, construido y operado de tal manera que limite el impacto negativo en el área urbana aledaña y en el medio ambiente natural y de forma tal que satisfaga los estándares y requisitos establecidos en las Leyes Aplicables, en especial el Código del Medio Ambiente y de Recursos Naturales - Decreto Legislativo 613, así como el Anexo 16 de la OACI.>>

En ese sentido, la referida norma especifica las obligaciones de LAP con relación a la protección medioambiental, las mismas que se generan como consecuencia del otorgamiento en concesión de AIJCH. Esta norma ratifica que las responsabilidades a cargo de concesionario, se dan por sus actuaciones después de la Fecha de Cierre.

4. De acuerdo a lo que establecen los “Lineamientos para la interpretación, Modificación y reconversión de los contratos de concesión” aprobados por OSITRAN, uno de los principios aplicables a la facultad de interpretar los

contratos de concesión, otorgada a OSITRAN en virtud a lo establecido por el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917; es el Principio de Equilibrio.

En atención a dicho principio, con el fin de realizar la interpretación contractual materia del presente informe, es conveniente considerar lo siguiente:

<<El principio de equilibrio económico-financiero constituye en la actualidad uno de los más sólidos criterios que rigen la contratación pública, en especial la referida al ámbito de las concesiones, la ecuación económico financiera se ha llegado a enunciar unánimemente por la doctrina como la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo y la compensación económica que en razón de aquello le corresponderá (...) asimismo la jurisprudencia administrativa ha precisado en reiteradas oportunidades la importancia y necesidad de mantener el equilibrio económico financiero de los contratos públicos, por cuanto no sólo favorece el interés privado que puedan tener los contratistas sino que también vela por el interés público de la comunidad (...).>>

5. Dicha consideración es relevante, a propósito de la mención que hace LAP en su Carta N° LAP/229-04/GL, de fecha 02 de agosto de 2004 y por cuanto corresponde a OSITRAN verificar el cabal cumplimiento de los contratos de concesión, por lo que en ejercicio de su facultad de interpretar dichos contratos, deberá respetar el equilibrio económico financiero establecido en el contrato de concesión, con base a la asignación de responsabilidades y asunción de riesgos que imputa el contrato a cada una de las partes.

B. SI EXISTE EN EL CONTRATO ALGÚN CONDICIONAMIENTO RELEVANTE, PARA EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE TAL RESPONSABILIDAD:

1. El Numeral 18.1 del contrato de concesión establece la obligación del concesionario de realizar a su propio costo, una auditoria ambiental y estudio de impacto ambiental, que incluya al Aeropuerto en su integridad, los efectos de todas las operaciones realizadas en el mismo, incluyendo, sin limitarse, a los tanques y ductos de combustible, y los efectos contaminantes del ruido, humos, gasolina, aceites y otros hidrocarburos. Asimismo, debía incluir el plazo máximo recomendable para el inicio de las actividades de limpieza y mitigación a cargo de cada una de las Partes, así como el costo estimado de las mismas.
2. LAP cumplió con dicha obligación contractual, y el Concedente efectuó la aprobación correspondiente mediante Resolución Ministerial N° 779-2002-MTC/02.
3. En nuestra opinión, del Numeral 18.1 del Contrato de Concesión, no se desprende que la asunción de responsabilidades, y costos asociados de la mitigación de daños medioambientales a cargo de cada una de las Partes, esté limitada a lo que determine la Auditoria ambiental y estudio de impacto ambiental presentada por LAP, con fecha 05 de febrero de 2002.
4. Una interpretación de esa naturaleza no es concordante con lo establecido en los Numerales 12.1, 12.4 y 18.1 del contrato de concesión, y hace adicionalmente imposible para el concesionario cumplir con lo establecido en el Numeral 1.6 del Anexo N° 14 del contrato de concesión.

5. El Contrato de Concesión no restringe el derecho del Concesionario de acreditar ante el Concedente, la existencia de pasivos medioambientales adicionales, cuya ocurrencia se haya dado antes de la Fecha de Cierre y cuya detección haya estado físicamente imposibilitada para el Concesionario, lo cual corresponderá al ente técnico del MTC verificar.
6. De acuerdo a lo que establece el Artículo 73° del Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado por D.S. N° 041-2002-MTC, corresponde a la Dirección General de Asuntos Socio-Ambientales de dicha entidad, velar por el cumplimiento de las normas de conservación del medio ambiente del sub - sector, con el fin de garantizar el adecuado manejo de los recursos naturales durante el desarrollo de las obras de infraestructura de transporte³.
7. En tal virtud, corresponde a dicha dependencia del MTC, determinar la consistencia técnica del Informe Complementario a la Auditoria Ambiental del AIJCH, que fuera presentado por LAP ante el MTC mediante Carta N° 106-04-GL, con fecha 10 de marzo último. En dicho proceso de evaluación, el mencionado ente técnico deberá verificar si los nuevos daños medioambientales detectado por LAP, corresponden efectivamente a una fecha anterior a la Fecha de Cierre.

V. CONCLUSIONES:

1. LAP cumplió con la obligación contractual de presentar ante el Concedente una Auditoria Ambiental y un Estudio de Impacto Ambiental, de conformidad con lo establecido por el Numeral 18.1 del Contrato de Concesión, el mismo que se aprobó mediante Resolución Ministerial N° 779-2002-MTC/02.
2. De una interpretación concordada de los Números 12.1, 12.4 y 18.1 del Contrato de Concesión, no se desprende en modo alguno que la asunción de responsabilidades, y costos asociados de la mitigación de daños medioambientales generados las Partes, esté limitada a lo que determine la Auditoria Ambiental y Estudio de impacto ambiental presentada por LAP, con fecha 05 de febrero de 2002. Una interpretación en contrario, violaría lo establecido en dichas normas y haría para LAP inejecutable la obligación establecida en el Numeral 1.6 del Anexo N° 14 del Contrato de Concesión.
3. Corresponde a la Dirección General de Asuntos Socio-Ambientales del MTC, verificar que si los nuevos daños medioambientales detectados por LAP, incluidos en su Informe Complementario o los que eventualmente pudiera detectar en el futuro, corresponden efectivamente a una fecha anterior a la Fecha de Cierre.

³ Ello ha sido precisado por el MTC a LAP mediante Oficio N° 1072-2003-MTC/02, de fecha 24 de septiembre de 2003.

VI. RECOMENDACIONES :

Con base al análisis y a las conclusiones a que se hace referencia con anterioridad no es necesario modificar el Contrato de Concesión, recomendándose al ente Concedente que considere la interpretación del Numeral 18.1 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” en el siguiente sentido:

<< De la interpretación concordada de los Numerales 12.1, 12.4, 18.1 y Numeral 1.6 del Anexo N° 14 del contrato de concesión, se desprende que la imputación de responsabilidades y la asunción de los costos asociados a la ejecución de las actividades de mitigación de los daños medioambientales generados por el Concedente, antes de la Fecha de Cierre o por la empresa Concesionaria, después de dicha fecha en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, conforme las reglas estipuladas en el Numeral 18.1; no está limitada a lo que se haya determinado en la Auditoría Ambiental y Estudio de impacto ambiental presentada por LAP y aprobada por Resolución Ministerial N° 779-2002-MTC/02, o las que se pudiera presentar eventualmente en el futuro.>>

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal