

INFORME N° 083-05-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

C.c. : Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

Asunto : Solicitud de interpretación del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH), respecto al pago del proceso de expropiación para su ampliación.

Referencia : Oficio N° 199-2005-MTC/02.01

Fecha : 14 de diciembre de 2005

I. OBJETIVO:

El objetivo del presente informe es interpretar las estipulaciones del contrato de concesión del AIJCH, relativas al pago por el proceso de expropiación para la ampliación del AIJCH, como obligación del Estado Peruano.

II. ANTECEDENTES:

1. El literal e) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917¹, Ley de creación de OSITRAN, reconoce la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión a favor de OSITRAN.
2. 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

¹ **“Artículo 7.- Funciones**

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. (...)”

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 resaltado es nuestro)

3. 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; (...)”

4. 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.”

5. Por su parte, las Bases en su numeral 10.3, respecto al destino de los recursos que se originen a favor del Estado a consecuencia de la concesión, señala 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 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.

² Texto conforme a las modificaciones aprobadas en virtud al Addendum N° 3 del contrato de concesión, suscrito con fecha 30 de septiembre de 2002 y al Addendum N° 4 del contrato de concesión, suscrito con fecha 30 de junio de 2003.

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.” (El resaltado es nuestro)

6. Con fecha 02 de diciembre de 2005, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en calidad de concedente, mediante Oficio N° 199-2005-MTC/02.01 solicitó a OSITRAN que interprete el Contrato de Concesión e informe respecto a:

“- Si para el cumplimiento de la obligación a cargo del Concedente contenida en la cláusula 5.23, modificada por la addenda N° 3 al Contrato de Concesión se puede emplear la retribución que paga trimestralmente LAP al Estado en gastos implícitos de un proceso de expropiación, tales como tasación, saneamiento, cerco perimétrico custodia y defensa de las áreas de terreno expropiados, entre otros.

- Si la literalidad del punto 10.3.1.2.b) de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, cuando hace referencia a ‘... será destinado para el pago del justiprecio de los terrenos a ser expropiados para la ampliación del aeropuerto...’ implica la obligación de emplear los fondos de la retribución destinados para la expropiación exclusiva y excluyentemente para el pago del justiprecio o si las circunstancias indicadas en el párrafo anterior permiten asumir los costos que componen el proceso de expropiación.”

III. ANALISIS LEGAL:

7. El Contrato de Concesión establece, con relación a la interpretación contractual de sus términos, lo siguiente:
- a) De acuerdo a lo que establece la Cláusula Primera del 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”³.*
- 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

³ 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.”

de discrepancia en la interpretación de los alcances del contrato, la prelación en la interpretación será la siguiente:

- 1º El contrato de concesión y sus Anexos, (lo que incluye los Apéndices de éstos últimos).
- 2º Las Circulares.
- 3º Las Bases.
- 4º Los Anexos de las Bases.

2. Tal como se concluyó en el Informe N° 051-05-GAL-OSITRAN, el Estado está obligado, en principio a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, libres de todo gravamen, “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.

Asimismo, en el caso que no se cumpla con el plazo máximo establecido para la entrega de las áreas, el Contrato de Concesión es preciso al señalar que se constituye en causal de caducidad del contrato por causa atribuida al concedente, lo que a su vez implicaría el pago de una indemnización a favor de la empresa concesionaria.

3. En tal sentido, y a fin de contar con los terrenos que se debe entregar a LAP para la ampliación del AIJCH, el Estado, representado por el MTC, debe llevar a cabo una serie de actividades a fin de cumplir con tal obligación. Esto implicará la realización de procesos judiciales de expropiación para adquirir los terrenos, ahora de propiedad privada.

En efecto, para efectos de responder a la consulta del MTC a que se refiere el documento de la referencia y comprender los alcances de la obligación a cargo del Estado, se debe tomar en cuenta que para que el Estado cumpla efectivamente con la prestación principal constituida por la entrega a LAP de terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, deberá llevar a cabo previamente, una serie de prestaciones parciales, todas las cuales son indispensables para ejecutar la prestación principal. En ese sentido, el contrato de concesión hace una referencia clara al contenido de la obligación a cargo del Estado y establece la importancia del cumplimiento de dicha obligación para el proyecto concesional. Sin embargo, el contrato de concesión no detalla específicamente los pasos que debe cumplir el MTC para ejecutar la obligación a su cargo, evidentemente porque no es parte del alcance del contrato de concesión el hacerlo, para eso existen “Leyes Aplicables” que establecen las reglas y procedimientos aplicables al proceso expropiatorio.

4. Al respecto, sobre el proceso de expropiación es necesario remitirnos a la ley de la materia⁴: la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, y demás legislación aplicable:

⁴ Tal como nos remite el artículo 928° del Código Civil:
“Artículo 928.- Régimen legal de la expropiación
La expropiación se rige por la legislación de la materia.”

- a. El artículo 1º de la Ley N° 27117 define a la expropiación como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.
 - b. El artículo 7º establece un procedimiento excepcional para la expropiación de bienes destinados a obras de infraestructura de servicios públicos de gran envergadura.
 - c. Para llevar a cabo un procedimiento de expropiación, conforme a la misma norma y a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, a fin de obtener la transferencia de los bienes privados a favor del Estado, es necesario que:
 - El Poder Ejecutivo deberá presentar su iniciativa expropiatoria, debidamente fundamentada, ante el Congreso, solicitando su autorización mediante Ley.
 - La emisión de una Ley (se entiende, del Congreso) autorizando la expropiación.
 - La ejecución de la expropiación mediante una Resolución Suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.
 - La tasación comercial del bien a expropiarse.
 - La realización de un proceso abreviado, conforme a los artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil.
 - Demás acciones necesarias.
5. En nuestra opinión, el Estado debe llevar a cabo una serie de actividades dirigidas a perfeccionar jurídicamente la expropiación, las mismas que implican la realización de gastos que deben ser asumidos por el Estado.

Esta es también la orientación que tiene la Ley N° 27117, cuando en su Primera Disposición Complementaria⁵ dispone que el sujeto activo de la expropiación asume todos los gastos que origine el procedimiento expropiatorio, incluyendo las costas procesales, gastos notariales y registrales y los honorarios de los peritos que no sean de parte.

La referida norma especifica todas aquellas prestaciones parciales que debe llevar a cabo el Estado, por lo que debe ser aplicada para establecer, vía interpretación contractual; el alcance de la obligación a cargo del Estado.

Esta interpretación es consistente con los principios establecidos en los Lineamientos para la Interpretación, Modificación y Reconversión de los Contratos de Concesión, aprobados por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, por lo que es claro que corresponde al MTC asumir todos los gastos que implique la adquisición de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCh y su entrega a LAP en los términos establecidos en el contrato de concesión.

⁵ **“Primera.- De las costas procesales y demás gastos**

El sujeto activo de la expropiación asume todos los gastos que origine el procedimiento expropiatorio, incluyendo las costas procesales, gastos notariales y registrales y los honorarios de los peritos, a excepción de los de parte. Los honorarios de los peritos dirimientes son los que determinen las disposiciones pertinentes del Arancel de Derechos Judiciales.”

6. Adicionalmente, el MTC solicita que se interprete el contrato de concesión en el sentido de si es posible o no que las sumas que recibe por concepto de retribución, que deben destinarse al pago del justiprecio, puedan ser utilizadas también para solventar los costos que demande el proceso de expropiación en su conjunto.

Como ya hemos visto, la norma sustantiva de la materia determina que corresponde al ente activo costear la totalidad de dichos gastos. Pues bien, ese es también el alcance de la obligación del Estado establecida en el Contrato de Concesión. Ello, se desprende de la modificación introducida en el numeral 5.23 del Contrato de Concesión, que permite al Estado redistribuir los recursos de la concesión a fin de cumplir con la entrega de las áreas necesarias para la ampliación del AIJCH.

De esta manera, el contrato de concesión permite al MTC destinar para tal fin, incluso montos superiores al 20% de la cantidad mínima de la Retribución (a que se refiere el literal b) del numeral 10.3 de las Bases Consolidadas) o incluso la totalidad, si ello es necesario para efectos de que el Estado cumple oportunamente con su obligación. De ese modo, el MTC podrá reducir o incluso suspender el pago del 80% de la cantidad mínima de la Retribución, destinada para la inversión, mantenimiento y operación de los demás aeropuertos administrados por CORPAC.

7. Por tales consideraciones, el sentido de la modificación contractual introducida mediante Adenda N° 3 y de la legislación de la materia, es atribuir la responsabilidad al Estado para asumir los gastos del proceso expropiatorio y la realización de todas las actividades necesarias para su autorización.

Siendo esto así, el Contrato de Concesión debe interpretarse en el sentido que el Estado debe destinar los montos de la Retribución que percibe, al cumplimiento de su obligación contractualmente asumida de adquirir por expropiación, los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, pues su entrega en el plazo contractualmente establecido constituye una obligación fundamental, cuyo incumplimiento es causal de caducidad del Contrato de Concesión.

8. Para mayor abundamiento, es preciso citar lo que la doctrina precisa respecto al tema. Así, José Canasi en su obra *El Justiprecio en la Expropiación Pública*⁶, señala que “las costas (...) forman parte integrante también de una justa indemnización, que es el precio equitativo y razonable (...)”.

Con ello la doctrina ratifica la interpretación del Contrato de Concesión, basada en la legislación de la materia y en las disposiciones contractuales.

⁶ Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 199.

IV. CONCLUSIONES:

1. La obligación de adquirir los predios necesarios para la ampliación del AIJCH, a cargo del Estado, es de vital importancia para el Contrato de Concesión, cuyo incumplimiento constituye causal de caducidad contractual.
2. De acuerdo a la legislación de la materia, corresponde al Estado, representado por el MTC, asumir los costos que implique el proceso de expropiación, así como llevar a cabo todas las acciones conducentes a tal fin.
3. De acuerdo al contrato de concesión y en atención a la facultad de interpretación contractual que corresponde a OSITRAN, el concedente debe destinar los montos por retribución al pago de los gastos implícitos en el proceso de expropiación.

V. RECOMENDACIÓN:

En atención a todo lo expuesto en el presente informe, recomendamos su elevación al Consejo Directivo a fin de que esta instancia, ejerciendo las facultades conferidas por Ley, proceda a ratificar la interpretación del Contrato de Concesión, contenida en las conclusiones precedentes.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

PB-ST/gsg
REG-SAL-GAL-05-9625
MP: 9279