

INFORME N° 128-04-GAL-OSITRAN

A : Wilder Pereyra Acuña
Gerente de Supervisión

C.c. : Alejandro Chang Chiang
Presidente del Consejo Directivo

Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Opinión Legal sobre alcances de Numeral 5.5 del Contrato de
Concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”

Referencia : Memorando N° 192-04-GS-OSITRAN y Carta N° LAP/296-04/GL

Fecha : 29 de noviembre de 2004

I. OBJETO:

El objeto del presente informe es realizar un análisis legal, con el fin de proponer una interpretación del Numeral 5.5 “Cooperación del Concedente”, del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH).

II. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 18 de noviembre último, Lima Airport Partners S.R.L (LAP), remite a OSITRAN la comunicación de la referencia, por medio de la cual señala lo siguiente:
 - Como “Autoridad Gubernamental”, CORPAC S.A. debe abstenerse de competir o interferir de cualquier manera con los servicios a cargo de LAP.
 - De acuerdo al Numeral 5.5. del contrato de concesión del AIJCH, CORPAC S.A. está prohibida de otorgar en arrendamiento a terceros (como el Banco Continental) espacios o áreas para que sean usados con fines comerciales en el área del Aeropuerto o en los dos (2) K.m. colindantes al mismo.
 - Solicitan al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del Numeral 5.5.
2. Con fecha 24 de noviembre último, mediante el memorando de la referencia, la Gerencia de Supervisión solicita opinión legal respecto a la interpretación del alcance del Numeral 5.5. del contrato de concesión.

III. BASE LEGAL:

1. Contrato de concesión del AIJCH.
2. Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN.
3. D.S. N° 010-2001-PCM, que aprueba el Reglamento General de OSITRAN (RGO-OSITRAN).

IV. ANALISIS:

1. Mediante Addendum N° 3, suscrito con fecha 30 de septiembre de 2002, se modificó el Numeral 5.5 del Contrato de Concesión del AIJCH en los términos siguientes:

<<5.5. “Cooperación del Concedente. El Concedente, a petición razonable del Concesionario, prestará su apoyo en la obtención, a costo y a cargo exclusivo del Concesionario, de cualquier licencia u autorización que se requiera para llevar a cabo cualquiera de las operaciones contempladas en el presente Contrato.

El Concedente se compromete a coordinar y apoyar para que las Autoridades Gubernamentales y las Fuerzas Armadas desarrollen sus funciones de forma tal que el Concesionario pueda lograr y mantener los Requisitos Técnicos Mínimos, así como operar el Aeropuerto de la forma más eficiente.

El Concedente se obliga a **abstenerse y hacer que toda Autoridad Gubernamental y las Fuerzas Armadas se abstengan** de competir o interferir de cualquier manera, directa o indirectamente, en la prestación de cualquier **servicio a cargo del Concesionario**, tanto en el Aeropuerto como en el área colindante definida por la franja de 2 Km. de ancho adyacente al perímetro del Aeropuerto.>>

2. Para efectos de determinar el alcance de la obligación a que se refiere el Numeral 5.5, es necesario tomar en cuenta qué se entiende por “Autoridades Gubernamentales”, para efectos de la ejecución del contrato de concesión. Al respecto, el Numeral 1.6 de la Cláusula Primera del contrato de concesión estipula lo siguiente:

<<1.6. **“Autoridad Gubernamental”** significará cualquier gobierno o autoridad nacional, regional, departamental, provincial o municipal, o cualquiera de sus dependencias o agencias, reguladoras o administrativas, o cualquier entidad u organismo, conforme a Ley, **que ejerza poderes ejecutivos, legislativos, administrativos o judiciales, o que pertenezca a cualquiera de los gobiernos, autoridades o instituciones anteriormente citadas, con jurisdicción sobre las Personas o materias en cuestión.**>>

3. Al respecto, lo primero que se debe tomar en consideración es que CORPAC S.A. es una empresa constituida en virtud del Decreto Ley N° 19527, y transformada en una sociedad mercantil sujeta al régimen legal de las personas jurídicas de derecho privado, en virtud del Decreto Legislativo N° 099.
4. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el *Artículo 7° del Decreto Legislativo N°757*, cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, *iguales condiciones son aplicables a ambos*¹. Es en atención a ello que el referido Decreto Legislativo señala expresamente lo siguiente:

<<**En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública** con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.>>

¹Dicha norma recoge lo establecido en el Artículo 60° de la Constitución Política del Perú, con relación a que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Por tanto, de acuerdo a la norma anterior², CORPAC S.A. como empresa, carece de atribuciones de imperio que son propias únicamente de la Administración Pública, estando impedida de ejercer poderes ejecutivos, legislativos, administrativos o judiciales.

5. En consecuencia, es claro que en los términos del contrato de concesión, CORPAC S.A. no es una “Autoridad Gubernamental”, y que tampoco puede ser comprendida dentro de la definición de “Fuerza Armada”, justamente porque carece de “poderes ejecutivos, legislativos, administrativos o judiciales”.

Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta que el Numeral 5.5 del contrato de concesión se refiere al Estado como Administración Pública; es decir, a las Autoridades Gubernamentales que sí tiene “*Ius Imperium*” y no al Estado cuando actúa como empresa de derecho privado.

6. Por otro lado, la restricción para las “Autoridades Gubernamentales” y “Fuerza Armada” establecida en el mencionado Numeral 5.5, es para competir o interferir en la prestación de los servicios “**que están a cargo del Concesionario**”.

Al respecto, el Numeral 2.1 del Anexo 5, titulado “Locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas prestados directamente por el Concesionario”; sí alude a locales y áreas *que sólo pueden ser brindados a las líneas aéreas por parte del Concesionario*, caso en el que se debe tomar en cuenta que aún así, se contempla condiciones para promover la competencia. Ello es completamente diferente a lo establecido en el Numeral 2.3 del Anexo N° 5, titulado simplemente “Locales y Servicios Comerciales”, el cual alude a locales y áreas comerciales, necesarios para fines distintos a la prestación de “Servicios Aeronáuticos” y “Servicios Aeroportuarios”; locales y áreas que sí pueden ser provistos por empresas distintas a LAP, y que se refieren a actividades económicas que se prestan en régimen de competencia en el mercado.

7. Sobre este particular, consideramos que la prestación de servicios bancarios, no está comprendida ni dentro de los “Servicios Aeronáuticos”, ni dentro de los “Servicios Aeroportuarios” a cargo del Operador Principal por cuenta de LAP, y que se trata de una actividad económica que se presta en régimen de libre competencia, no existiendo ni en el contrato de concesión, ni en las “Leyes Aplicables” una disposición que otorgue a LAP la exclusividad en el alquiler de espacios necesarios para la prestación de servicios bancarios en el AIJCH.
8. Con relación al “Contrato de Colaboración Empresarial” a que hace referencia LAP en la comunicación de la referencia, es necesario considerar que la cláusula Cuarta de dicho contrato establece que éste no altera la asignación de funciones, derechos y responsabilidades de las partes, establecidas en la normatividad

² La cual es una de las “Leyes Aplicables” definidas en el Numeral 1.28 del contrato de concesión:

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

vigente o en el contrato de concesión. Por lo que es claro que dicho contrato no ampara la pretensión de LAP a que se refiere la comunicación de la referencia.

V. CONCLUSIONES:

1. De acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión y ara efectos de su ejecución, CORPAC S.A. no es una “Autoridad Gubernamental”, y tampoco parte de la “Fuerza Armada”, estando impedida de ejercer poderes ejecutivos, legislativos, administrativos o judiciales. En tal virtud, la restricción a que se refiere el Numeral 5.5 no alcanza a la precitada empresa de derecho privado.
2. El Numeral 2.3 del Anexo N° 5 (“Locales y Servicios Comerciales”), alude a locales y áreas comerciales que son necesarios para fines distintos a la prestación de “Servicios Aeronáuticos” y “Servicios Aeroportuarios”; siendo que dichos locales y áreas que sí pueden ser provistos por empresas distintas a LAP, y que se refieren a actividades económicas que se prestan en régimen de competencia en el mercado.

VI. RECOMENDACIÓN:

Someter el presente informe a consideración del Consejo Directivo y recomendar la aprobación de la interpretación del contrato de concesión del AIJCH que sustenta, en ejercicio de la facultad que le confiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917; y, en consecuencia, declarar improcedente la pretensión de Lima Airport Partners S.R.L a que se refiere la Carta N° LAP/296-04/GL.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal