

INFORME TÉCNICO N° 02-01-DTIT/OSITRAN

Para : **Cecilia Balcazar Suárez**
Gerente General

Asunto : **Solicitud de modificación del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez**

Fecha : 22 de marzo del 2001

I. OBJETIVO

El objetivo del presente informe es realizar el análisis de la procedencia de la solicitud de modificación del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", presentada por la empresa concesionaria LIMA AIRPORT PARTNERS SRL, solicitud que fue remitida a OSITRAN con fecha 27 de febrero último, así como realizar el análisis de fondo de las modificaciones propuestas, con el fin de remitirlas al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción - quien representa al Concedente en el contrato de concesión - en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 7.1º - f) de la Ley N° 26917 y el artículo 34º del D.S. N° 010 - 2001 - PCM.

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 13 de febrero último, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada - COPRI, remitió a OSITRAN la transcripción del Acuerdo que adoptaron los Ministros integrantes de dicha comisión con fecha 12 de febrero pasado, mediante el cual se ratifica que la suscripción del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" se realizará el 14 de febrero, y; se considera adecuada al común interés de las partes la solicitud del consorcio Frankfurt - Bechtel - Cosapi, presentada ante la COPRI mediante comunicación N° 075 - 00 - FBC.
2. Con fecha 14 de febrero de 2001, la Empresa LIMA AIRPORT PARTNERS SRL (LAP), suscribió con el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (MTC), el contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez".
3. Con fecha 27 de febrero de 2001, LAP presenta ante OSITRAN mediante carta N° 002 - 01 - LAP P, una solicitud en la que propone la modificación del texto de siete numerales del contrato de concesión, así como la eliminación de tres numerales del referido contrato.

III. ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD

1. El Estado Peruano, quien tiene la calidad de órgano concedente de la infraestructura de uso público, estará representado, en su rol de contraparte de la empresa concesionaria por el MTC.
2. El referido contrato, constituye el título jurídico que otorga a LAP la condición de concesionario del Estado Peruano y le otorga el derecho para el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos en el contrato, así como; la responsabilidad de la operación del Aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en Concesión), la asignación de slots para aterrizaje y despegue, la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3 del contrato, el diseño y construcción de las Mejoras, y la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos, durante la Vigencia de la Concesión.
3. De acuerdo a lo que establece el literal a) del numeral 3.2º de la Ley N° 26917, son Entidades Prestadoras aquellas empresas públicas y privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.
4. LAP es una Entidad Prestadora bajo la competencia de OSITRAN.
5. Tal como lo establece el numeral 3.1º y el literal a) del artículo 5º de la mencionada ley, OSITRAN vela por el adecuado cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.
6. En virtud a lo establecido por el literal f) del numeral 7.1º de la ley de creación de OSITRAN y el artículo 34º del D.S. N° 010 - 2001 - PCM, es función de este organismo emitir opinión técnica sobre la procedencia de la revisión de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, y; en caso ésta sea procedente, remitir el informe técnico correspondiente al órgano concedente.
7. Conforme las disposiciones contenidas en el artículo 32º del D.S. N° 059 - 96 - PCM - Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas y servicios públicos (TUO), el órgano concedente está facultado a modificar el contrato de concesión cuando ello resulte conveniente, en consecuencia, el MTC es el órgano competente con capacidad para aprobar una modificación de los contratos de concesión.

8. Están legitimados a proponer una modificación del contrato de concesión: El MTC, el concesionario y OSITRAN, sin perjuicio que la decisión corresponde únicamente al MTC.
9. El 33º del TUO, establece aquello que las partes deberán respetar, es decir, tanto concedente como concesionario; para que pueda ser aprobada una modificación de contrato:
 - a. La naturaleza de la concesión,
 - b. Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, y;
 - c. El equilibrio financiero de ambas partes
10. En su calidad de concesionario de infraestructura de transporte de uso público, LAP está facultado de acuerdo a ley, a solicitar al órgano competente MTC, que evalúe las modificaciones propuestas.
11. LAP tiene interés sustancial, concreto y actual en las modificaciones propuestas porque éstas atañen a las condiciones en las que ejecutará las obligaciones del contrato de concesión y precisan el sentido y alcance de las obligaciones a cargo de la empresa concesionaria.
12. Del mismo modo, las modificaciones propuestas inciden en la precisión de los derechos y obligaciones del Estado en la ejecución del contrato.
13. Por las razones expuestas, OSITRAN considera que la solicitud presentada por la empresa concesionaria del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" es procedente.

IV. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS POR LAP

A continuación se analiza cada una de las modificaciones propuestas por LAP referidas a seis cláusulas del contrato de concesión del contrato de concesión. Para ello, se presentará el texto original del contrato, la propuesta remitida por LAP y el análisis correspondiente.

1. Modificación del Numeral 5.20.

Texto original

“5.20 Emergencias. El Operador Principal deberá contar con un plan de emergencias y operación de siniestros, aprobado por OSITRAN, y deberá observar las condiciones establecidas en el Anexo 4 del presente Contrato. El Concesionario deberá presentar a OSITRAN para su aprobación, dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario contado a partir de la Fecha de Cierre, un plan de emergencias y operación de siniestros. En tanto dicho plan no sea aprobado, regirá el que esté en vigor para el Aeropuerto a la Fecha de Cierre.”

Texto propuesto

“5.20 Emergencias. El **Concesionario** deberá contar con un plan de emergencias y operación de siniestros, aprobado por OSITRAN, y deberá observar las condiciones establecidas en el Anexo 4 del presente Contrato. El Concesionario deberá presentar a OSITRAN para su aprobación, dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario contado a partir de la Fecha de Cierre, un plan de emergencias y operación de siniestros. En tanto dicho plan no sea aprobado, regirá el que esté en vigor para el Aeropuerto a la Fecha de Cierre.”

Evaluación

Con el fin de establecer una concordancia entre el numeral 5.9 del contrato de concesión, que establece que el concesionario deberá obtener la Licencia de Operación requerida para operar el Aeropuerto, y; el numeral 5.20, que establece que el Operador Principal deberá contar con un Plan de Emergencias y operación de siniestros, se considera conveniente la solicitud de modificación al texto original. Con dicha modificación se evitará posteriores problemas de interpretación con relación a quién es el sujeto obligado a obtener las autorizaciones y licencias que establecen las Leyes Aplicables y cumplir con la presentación del referido plan ante la DGAC.

Sin embargo, con la finalidad de otorgar la autorización a la que hace referencia el numeral 5.20, según las condiciones que allí se establece, OSITRAN podrá solicitar a LAP le presente la conformidad del Operador Principal respecto al Plan de Emergencia y Operación de siniestros elaborado por la empresa concesionaria, pues el interés que subyace a la redacción original, es que el Operador Principal - que es quien tiene la experiencia en la operación de aeropuertos - sea quien traslade su experiencia en la elaboración del mencionado Plan y se comprometa a cumplirlo.

La redacción del numeral 5.20. propuesta por OSITRAN, sería la siguiente:

“5.20 Emergencias. El **Concesionario** deberá contar con un plan de emergencias y operación de siniestros, aprobado por OSITRAN, **el mismo que** deberá observar las condiciones establecidas en el Anexo 4 del presente Contrato. El Concesionario deberá presentar a OSITRAN para su aprobación, dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario contado a partir de la Fecha de Cierre, un plan de emergencias y operación de siniestros. En tanto dicho plan no sea aprobado, regirá el que esté en vigor para el Aeropuerto a la Fecha de Cierre. **Una vez aprobado el Plan, el Concesionario deberá presentar ante OSITRAN una comunicación del Operador Principal manifestando su conformidad con el contenido del mismo.**”

2. Eliminación del numeral 15.2.7.

Texto original

“15.2.7 Incumplimiento en el Pago de un Endeudamiento Garantizado Permitido El incumplimiento por parte del Concesionario en el pago de principal o intereses, a su vencimiento, de un Endeudamiento Garantizado Permitido que no se subsane dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento, o el plazo mayor que solicite al Concedente el Acreedor Permitido, a quien no se haya hecho el pago (“Evento de Incumplimiento”);”

Texto propuesto

Eliminación del numeral.

Evaluación

OSITRAN considera aceptable la solicitud propuesta, la misma que se refiere a la eliminación del referido numeral como causal de caducidad del contrato de concesión.

La cláusula segunda del contrato de concesión establece que el objeto del contrato de concesión es otorgar al Concesionario “el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos” en el contrato, de modo que en virtud de la Concesión, “el Concesionario será responsable de la operación del Aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en Concesión), de la asignación de slots para aterrizaje y despegue, de la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3 del presente Contrato, del diseño y construcción de las Mejoras, y de la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos, durante la Vigencia de la Concesión. “

En ese sentido, el incumplimiento del concesionario en pagar el Endeudamiento Garantizado Permitido - lo cual es una obligación que tiene el concesionario con los Acreedores Permitidos - no es un incumplimiento del objeto del contrato, es decir, un incumplimiento en contra del concedente, por lo que no debería acarrear la caducidad de la relación contractual que une al concedente con el concesionario.

A pesar de que OSITRAN considera que esta cláusula resultaría favorable para los intereses de los eventuales Acreedores Permitidos, en la medida en que representa un incentivo muy claro para el cumplimiento oportuno de las obligaciones del concesionario con éstos, también coincide con la posición del concesionario en el sentido que la relación jurídica que une al concesionario con los Acreedores Permitidos, debe contar con sus propios mecanismos de coerción frente a los eventuales incumplimientos del concesionario, por lo que la opinión

de OSITRAN es a favor de la eliminación del referido numeral del contrato de concesión.

3. **Numeral 15.2.8.**

Texto original

“15.2.8 Cierre del Aeropuerto.- El cierre del Aeropuerto o la suspensión de las actividades del mismo en relación con el tráfico aéreo comercial por más de setenta y dos (72) horas consecutivas excepto cuando esto ocurra como consecuencia de un Evento de Fuerza Mayor o por decisión o acto del Concedente;”

Texto propuesto

“15.2.8 Cierre del Aeropuerto.- El cierre del Aeropuerto o la suspensión de las actividades del mismo en relación con el tráfico aéreo comercial por más de setenta y dos (72) horas consecutivas excepto cuando esto ocurra como consecuencia de un Evento de Fuerza Mayor o por decisión o acto del Concedente ***o del responsable de prestar los Servicios de Aeronavegación;***”

Evaluación

El texto actual del numeral 15.2.8 establece que es causal de caducidad de la concesión el cierre del Aeropuerto o la suspensión de las actividades del mismo referidas al tráfico aéreo comercial por más de setenta y dos horas, excepto cuando ello ocurra como consecuencia de un Evento de Fuerza Mayor o por decisión o acto del concedente.

De acuerdo a lo que establece el contrato de concesión, CORPAC S.A. es la empresa pública que tiene a su cargo la prestación de los Servicios de Aeronavegación. En ese sentido, una huelga o paralización de las actividades de dicha empresa con relación a los mencionados servicios, puede derivar en una paralización de las actividades del Aeropuerto, la misma que en tales circunstancias no será de responsabilidad, ni el concesionario ni el concedente, por lo que dicha situación debe ser contemplada en la cláusula bajo comentario, con el fin de evitar una imprevisión que origine problemas en la ejecución del contrato.

La modificación propuesta por LAP busca precisar la responsabilidad de las decisiones o actos que puedan dar lugar a una paralización del Aeropuerto, siendo opinión de OSITRAN que dicha modificación al contrato es adecuada y colaborará en un mejor desarrollo de la relación contractual entre el concesionario y el concedente.

No obstante para mayor precisión, la redacción del numeral bajo comentario propuesta por OSITRAN es la siguiente:

“15.2.8 Cierre del Aeropuerto.- El cierre del Aeropuerto o la suspensión de las actividades del mismo en relación con el tráfico aéreo

comercial por más de setenta y dos (72) horas consecutivas excepto cuando esto ocurra como consecuencia de un Evento de Fuerza Mayor o por decisión o acto del Concedente **o del responsable de prestar los Servicios de Aeronavegación, de conformidad con las leyes aplicables.**"

4. Numeral 15.7.3.8.

Texto original

"15.7.3.8. Al Concesionario hasta el valor contable de los Bienes de la Concesión, determinado de acuerdo con los Procedimientos de Contabilidad, menos el importe pagado conforme a las secciones 15.7.3.1, 15.7.3.2, 15.7.3.3, 15.7.3.4, 15.7.3.5, 15.7.3.6 y 15.7.3.7 anteriores,"

Texto propuesto

"15.7.3.8. Al Concesionario hasta el valor contable de **las Mejoras**, determinado de acuerdo con los Procedimientos de Contabilidad, menos el importe pagado conforme a las secciones 15.7.3.1, 15.7.3.2, 15.7.3.3, 15.7.3.4, 15.7.3.5, 15.7.3.6 y 15.7.3.7 anteriores,"

Evaluación

El numeral 15.7.3 establece la prelación en el pago luego de otorgada la buena pro al nuevo concesionario, como consecuencia de la cesión de posición contractual forzada por la ocurrencia de una causal de caducidad de la concesión en los casos no previstos por los numerales 15.5. y 15.6.

La modificación propuesta por LAP busca corregir un probable error del texto original del contrato que establece que el pago que se hará al concesionario será sobre el valor de los "Bienes de la Concesión", ya que éstos, tal como están definidos en el propio contrato de concesión, son aquellos que se entregan para su aprovechamiento económico al inicio de la concesión y son de propiedad del Estado. Lo que correspondería pagar al concesionario en tales circunstancias, es el valor contable de las Mejoras, que son las inversiones que éste realizará de acuerdo con su Propuesta Técnica.

Por tal razón, OSITRAN considera pertinente la modificación solicitada.

5. Numeral 15.7.4.

Texto original

“15.7.4 Los pagos que subsecuentemente efectúe el Nuevo Concesionario al Concedente, con base en los ingresos de la Concesión, serán aplicados según lo establecido en esta Cláusula, excepto que no se incluirá al Concesionario para efecto de dicho pago.”

Texto propuesto

“15.7.4 Los pagos que subsecuentemente efectúe el Nuevo Concesionario al Concedente, con base en los ingresos de la Concesión, serán aplicados según lo establecido en **el numeral 15.7.3.**”

Evaluación

La cláusula 15.7 regula el procedimiento de ejecución en caso se produzca la caducidad de la concesión por cualquier motivo, a excepción de la terminación del contrato a pedido del concesionario (debido al incumplimiento del concedente), la misma que está regulada en el numeral 15.5. o la terminación de la concesión por el ejercicio de la facultad que contempla la cláusula exorbitante regulada en el numeral 15.6.

El numeral 15.7.4. establece el orden de prelación en los pagos que se efectuarán luego de la sustitución del concesionario y en caso que el pago inicial no haya existido o no haya alcanzado para honrar las deudas existentes a la fecha de caducidad del contrato; excluyendo al concesionario actual de dicha participación. Sin embargo, el numeral 15.7.3 sí reconoce el derecho del concesionario a participar en el orden de prelación en el caso que el nuevo proceso de promoción prevea un pago inicial por parte de la nueva sociedad concesionaria.

El tratamiento previsto en el numeral 15.7.4 no es coherente con el establecido en la cláusula 15.7.3, más aún si se tiene en consideración que el concesionario no tiene ninguna participación en la decisión de cuál será la modalidad para entregar la concesión a un nuevo concesionario. Como se ha señalado anteriormente, el contrato, tal como está redactado, excluye al concesionario del orden de prelación a pesar de que la causal de caducidad podría no ser imputable a éste y sin considerar que las inversiones realizadas podrían alcanzar montos considerables, dependiendo del momento en el que se produzca la caducidad del contrato.

OSITRAN considera que en caso de caducidad de la concesión por hechos imputables al concesionario, éste será pasible de una sanción administrativa y de la aplicación de la cláusula penal a que se refiere en numeral 5.8, razón por la que se considera excesiva la sanción consistente en excluir al concesionario del orden de prelación a que se refiere el numeral 15.7.4.

En ese sentido, la modificación que propone LAP no otorga a esta empresa derecho preferente de cobro, ya sea en detrimento del Estado u otros beneficiarios preferentes con relación al concesionario, sino que se limita a homogenizar el tratamiento que recibirá el concesionario independientemente de cuál sea la modalidad de promoción de la inversión privada.

En efecto, la propuesta de LAP consiste en extender el tratamiento previsto en el numeral 15.7.3 al numeral 15.7.4.

En consecuencia, OSITRAN está de acuerdo con lo solicitado y propone la siguiente redacción alternativa del numeral 15.7.4:

"15.7.4 Los pagos que subsecuentemente efectúe el Nuevo Concesionario al Concedente, con base en los ingresos de la Concesión, serán aplicados **en el mismo orden de prelación que establece el numeral 15.7.3 y hasta el valor contable de las Mejoras que no haya sido cubierto con la suma a que hace referencia dicho numeral.**"

6. Numeral 17.4.

Texto original

"17.4 Controversias No Técnicas de Mayor Valor. (...)
(...)

El arbitraje tendrá lugar en la Ciudad de Washington, D.C., o en la Ciudad de Lima, a elección del Concesionario, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los sesenta (60) Días Útiles siguientes a la fecha de instalación del tribunal arbitral. El tribunal arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará un árbitro, y el tercer árbitro será designado por acuerdo de los dos árbitros previamente designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como presidente del tribunal arbitral. Si los dos (2) árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días Útiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, dicho árbitro será designado por el CIADI a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro de un plazo de diez (10) Días Útiles contados a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por el CIADI a pedido de la otra Parte."

Texto propuesto

“17.4 Controversias No Técnicas de Mayor Valor. (...) (...)

El arbitraje tendrá lugar en la Ciudad de Washington, D.C., o en la Ciudad de Lima, a elección del Concesionario, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente **en el plazo que establezca el** tribunal arbitral. El tribunal arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará un árbitro, y el tercer árbitro será designado por acuerdo de los dos árbitros previamente designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como presidente del tribunal arbitral. Si los dos (2) árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días Útiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, dicho árbitro será designado por el CIADI a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro de un plazo de diez (10) Días Útiles contados a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por el CIADI a pedido de la otra Parte.”

Evaluación

Normalmente los centros de arbitraje no contemplan un plazo tan reducido como el que establece el contrato para la emisión del laudo arbitral. Asimismo, debe considerarse que normalmente los propios árbitros son los que determinan los plazos, teniendo en consideración la complejidad de la materia objeto de controversia.

Por tales razones, OSITRAN considera adecuada la modificación propuesta por el concesionario, debido a que es fundamental incentivar la utilización de la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias, por lo que la redacción que se aprobaría para el numeral 17.4, de merecer aprobación por parte del concedente, sería la siguiente:

“17.4 Controversias No Técnicas de Mayor Valor. (...) (...)

El arbitraje tendrá lugar en la Ciudad de Washington, D.C., o en la Ciudad de Lima, a elección del Concesionario, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente **en el plazo que establezca para tal efecto el** tribunal arbitral. El tribunal arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará un árbitro, y el tercer árbitro será designado por acuerdo de los dos árbitros previamente designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como presidente del tribunal arbitral. Si los dos (2) árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días Útiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, dicho árbitro será designado por el CIADI a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro de un plazo de diez (10)

Días Útiles contados a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por el CIADI a pedido de la otra Parte.”

7. Eliminación del numeral 21.4.

Texto original

“21.4 Sustitución del Concesionario, Operador Principal y Fiduciario. Los Acreedores Permitidos, conjunta o individualmente, podrán solicitar al Concedente la sustitución del Concesionario, por cualquier causa que consideren grave y que amenace o permita la Caducidad de la Concesión, de acuerdo al presente Contrato. El Concedente comunicará al Concesionario sobre el pedido del o de los Acreedores Permitidos concediéndole un plazo máximo de tres Días Útiles para que formule sus descargos luego de lo cual evaluará dicho pedido y emitirá su decisión. En el caso de sustitución de Concesionario, ésta se hará conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 15.7.2. Asimismo los Acreedores Permitidos, conjunta o individualmente, podrán solicitar al Concedente la sustitución del Operador Principal o del Fiduciario. El Concedente comunicará a estos, según sea el caso, sobre el pedido del o de los Acreedores Permitidos concediéndoles un plazo máximo de tres Días Útiles para que formulen sus descargos luego de lo cual evaluará dicho pedido y emitirá su decisión. “

Texto propuesto

Eliminación del numeral.

Evaluación

Si bien se considera excesivo que un incumplimiento del concesionario con sus Acreedores Permitidos derive en una caducidad de la concesión, tal como establecía la original redacción del numeral 15.2.7, OSITRAN sí considera importante mantener la posibilidad de que los Acreedores Permitidos, en conjunto, presenten una solicitud de cambio del concesionario al concedente.

La propuesta de OSITRAN supone eliminar la posibilidad de que los Acreedores Permitidos puedan actuar a título individual, por la inestabilidad que ello podría producir en la buena marcha de la concesión. Asimismo, se propone excluir del texto la posibilidad de que los Acreedores Permitidos soliciten la sustitución del operador principal, ya que la relación jurídica de éstos es con el concesionario y no con el operador, siendo improcedente permitir que intervengan en la operación y en asuntos técnicos de la operación del Aeropuerto.

La modificación propuesta por OSITRAN busca preservar la posibilidad de un reclamo consorciado por parte de los Acreedores Permitidos, lo cual es importante también en términos de información para el OSITRAN y para el concedente, puesto que es de público interés prevenir situaciones de ejecución de garantías contra la empresa concesionaria. No obstante, el Estado conserva la titularidad para decidir si aprueba o desaprueba la solicitud de los Acreedores Permitidos de sustituir al concesionario.

El texto alternativo que propone OSITRAN, es el siguiente:

"21.4 Sustitución del Concesionario: Los Acreedores Permitidos, de manera conjunta, podrán solicitar al Concedente la sustitución del Concesionario, **en caso de incumplimiento en el pago de principal o intereses de un Endeudamiento Garantizado Permitido siempre que dicha omisión no haya sido subsanada dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a su vencimiento**. El Concedente comunicará al Concesionario sobre el pedido de los Acreedores Permitidos, concediéndole un plazo máximo de **quince (15) días útiles** para que formule sus descargos, luego de lo cual evaluará dicho pedido y emitirá su decisión. En el caso de sustitución del Concesionario, ésta se hará conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 15.7.2."

8. Numeral 24.7.

Texto original

24.7 Modificaciones.

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica de OSITRAN. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

De conformidad con el Artículo 33 del Reglamento del TUO, el Concedente podrá modificar el presente Contrato cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el Concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el Concedente podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el Concesionario, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:

- (i) Que el Concesionario pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido con relación a la naturaleza de la garantía que se otorgue al Acreedor Permitido, dentro de lo previsto en la Cláusula 21.1; y,
- (ii) Para adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la Vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre.

Queda sin embargo establecido que ninguna modificación del Contrato contemplada en la presente Cláusula 24.7 podrá en forma alguna afectar negativamente los intereses del Concedente ni reducir de alguna manera las obligaciones del Concesionario relacionadas con la operación y mantenimiento del Aeropuerto, la prestación de Servicios Aeroportuarios y la construcción de las Mejoras y los servicios en general, conforme a las Leyes Aplicables y a lo establecido en el presente Contrato.

Texto propuesto

24.7 Modificaciones.

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica de OSITRAN. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

De conformidad con el Artículo 33 del Reglamento del TUO, el Concedente podrá modificar el presente Contrato cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el Concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el Concedente podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el Concesionario, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:

(i) Que el Concesionario pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o

(ii) Esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue al Acreedor Permitido, dentro de lo previsto en la Cláusula 21.1; y,

(ii) Para adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la Vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre.

Queda sin embargo establecido que ninguna modificación del Contrato contemplada en la presente Cláusula 24.7 podrá en

forma alguna afectar negativamente los intereses del Concedente ni reducir de alguna manera las obligaciones del Concesionario relacionadas con la operación y mantenimiento del Aeropuerto, la prestación de Servicios Aeroportuarios y la construcción de las Mejoras y los servicios en general, conforme a las Leyes Aplicables y a lo establecido en el presente Contrato.

Evaluación

El contrato de concesión, según se manifiesta la intención del organismo licitante al redactar el numeral 24.7, limita los supuestos de renegociación o reconversión del contrato de concesión a dos supuestos.

El contrato de concesión establece restricciones que podrían constituir dificultades para el concesionario en el proceso de obtener el financiamiento necesario para el éxito del proyecto.

La modificación que propone LAP consiste en crear una causal adicional para solicitar modificaciones al contrato de concesión. Dicha causal adicional tiene como objetivo, que el concesionario pueda solicitar modificaciones contractuales que le faciliten la obtención de Endeudamiento Garantizado Permitido y que ello no esté limitado sólo al caso en que la obtención de tal endeudamiento esté relacionado a la naturaleza de las Garantías Permitidas a que alude el numeral 21.1. del contrato.

Las mencionadas Garantías Permitidas a saber son: (a) La posibilidad de establecer una garantía fiduciaria en favor de los Acreedores Permitidos; (b) La posibilidad de establecer una Hipoteca sobre su derecho de concesión; o (c) Con autorización previa del Concedente, constituir garantía sobre sus ingresos para garantizar obligaciones derivadas de la concesión y de su explotación.

En suma, la empresa concesionaria solicita estar en la posibilidad de poder pedir al Estado la modificación de algún aspecto del contrato con el fin de obtener financiamiento, aunque tal endeudamiento no se vincule a la naturaleza de las Garantías Permitidas, lo cual, según la redacción actual del numeral 24.7. no es posible.

En la medida que el Estado Peruano conserva la prerrogativa de desaprobar una solicitud de modificación de contrato orientada a que el concesionario obtenga financiamiento, si dicha modificación perjudica el equilibrio económico del Estado, OSITRAN considera pertinente la solicitud propuesta por LAP.

9. Eliminación del último párrafo del numeral 24.7.

LAP fundamenta esta modificación que propone en el hecho que constituye una contradicción con relación a los términos del artículo 33º

del TUO, porque al estipular que ninguna modificación propuesta puede "reducir de alguna manera" las obligaciones a cargo de la empresa concesionaria de acuerdo a las Leyes aplicables y al contrato de concesión, será inoperante la cláusula en su integridad.

Por otro lado, sostiene que el Estado conserva en cualquier caso la prerrogativa de rechazar cualquier modificación del contrato.

Al respecto, es importante considerar que los contratos de concesión pueden sufrir modificaciones de diversa naturaleza; es posible, así, que se presenten: (i) procesos de renegociación que involucran una revisión integral de las contraprestaciones sustantivas pactadas entre las partes, (ii) modificaciones que supongan cambios menores que pretenden aclarar el texto del contrato o corregir errores en su redacción, (iii) reconversiones, que implican una modificación del objeto del contrato y (iv) interpretaciones, que de acuerdo al artículo 7º - e) de la Ley N° 26917, competen al organismo regulador y que se limitan a establecer un precedente en términos de cuál será el sentido que OSITRAN le dará a ciertas cláusulas en su proceso de aplicación.

El numeral 24.7. limita los supuestos de renegociación o reconversión del contrato de concesión y no prevé los supuestos en que fuera necesario realizar otro tipo de modificaciones o interpretaciones.

Sin embargo, el marco general para los procesos de modificación de contratos de concesión está fijado en las normas legales vigentes en materia de concesiones, por lo cual se contrapone a dicho marco legal, el hecho que el contrato de concesión establezca restricciones adicionales, más aún teniendo en consideración la necesaria mutación que las diferentes causas económicas, tecnológicas y legales pueden originar en un contrato con una vigencia de treinta años.

Adicionalmente, hay que tener en consideración que el marco institucional vigente garantiza las condiciones que se debe tomar en cuenta para una debida evaluación de cualquier propuesta de modificación de un contrato de concesión, puesto que se requiere una opinión técnica de OSITRAN y el consentimiento expreso del organismo concedente.

En virtud a las consideraciones esgrimidas, OSITRAN considera pertinente la solicitud propuesta por LAP.

10. Numeral 26.2.

Texto original

“26.1 Si por cambios en las Leyes Aplicables (que no se vinculen con lo estipulado en los convenios de estabilidad jurídica a que se refiere la Cláusula 25 del presente Contrato ni a las disposiciones establecidas en las Normas, que son aquellas vinculadas a los

actos de poder ordinario sobre la relación contractual y la prestación de servicios involucrados) y que tengan exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados:

(...)"

Texto propuesto

"26.1 Si por cambios en las Leyes Aplicables (que no se vinculen con lo estipulado en los convenios de estabilidad jurídica a que se refiere la Cláusula 25 del presente Contrato) o en las disposiciones establecidas en las Normas (excepto aquellas que regulen temas tarifarios o que fijen infracciones y sanciones vinculadas al presente Contrato), que son aquellas vinculadas a los actos de poder ordinario sobre la relación contractual y la prestación de servicios involucrados y que tengan exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados:

(...)"

Evaluación

La solicitud de LAP consiste en aclarar que el equilibrio económico - financiero puede verse afectado no sólo por cambios en las leyes aplicables, sino también por cambios en otras disposiciones establecidas por el regulador.

OSITRAN considera que la propuesta remitida por el concesionario es pertinente, por cuanto elimina del supuesto propuesto para el rompimiento del equilibrio económico - financiero, a las Normas referidas a aspectos vinculados a la operación del sistema tarifario de la infraestructura de transporte de uso público que compete al OSITRAN, y; a las infracciones y sanciones vinculadas al cumplimiento del contrato, casos que no podrán ser incluidos en los supuestos de evaluación del rompimiento del equilibrio económico - financiero.

La modificación propuesta supone reducir, al concesionario y a sus posibilidades de financiar el proyecto; el denominado "riesgo regulatorio" a un 15% del total de ingresos del concesionario, lo cual consideramos que es adecuado teniendo en cuenta que el regulador está en la capacidad de establecer estándares de calidad y requerimientos adicionales a los establecidos en el contrato de concesión, que podrían suponer costos que no fueron previstos en la evaluación financiera de esta operación. En conclusión, el regulador mantendría la competencia para establecer estos requerimientos adicionales a los previstos en el contrato, pero velando porque los mismos no superen el 15% del total de ingresos del concesionario, puesto que de otro modo, sería factible que el concesionario solicite una revisión de aspectos sustantivos del contrato, como el plazo o el régimen tarifario, debido a una ruptura de su equilibrio económico financiero.

Por tales consideraciones, la propuesta de redacción del numeral 26.2. es aceptada por OSITRAN.

V. CONCLUSIONES

En virtud al análisis efectuado y las consideraciones expuestas, OSITRAN propone al MTC, órgano concedente, la siguiente redacción alternativa al texto del contrato de concesión:

1. "5.20 Emergencias. **El Concesionario** deberá contar con un plan de emergencias y operación de siniestros, aprobado por OSITRAN, ***el mismo que*** deberá observar las condiciones establecidas en el Anexo 4 del presente Contrato. El Concesionario deberá presentar a OSITRAN para su aprobación, dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario contado a partir de la Fecha de Cierre, un plan de emergencias y operación de siniestros. En tanto dicho plan no sea aprobado, regirá el que esté en vigor para el Aeropuerto a la Fecha de Cierre. ***Una vez aprobado el Plan, el concesionario deberá presentar ante OSITRAN una comunicación del operador principal manifestando su conformidad con el contenido del mismo.***"

2. "15.2.8 Cierre del Aeropuerto.- El cierre del Aeropuerto o la suspensión de las actividades del mismo en relación con el tráfico aéreo comercial por más de setenta y dos (72) horas consecutivas excepto cuando esto ocurra como consecuencia de un Evento de Fuerza Mayor o por decisión o acto del Concedente ***o del responsable de prestar los Servicios de Aeronavegación, de conformidad con las leyes aplicables.***"

3. " 15.7.3.8. Al Concesionario hasta el valor contable de ***las Mejoras***, determinado de acuerdo con los Procedimientos de Contabilidad, menos el importe pagado conforme a las secciones 15.7.3.1, 15.7.3.2, 15.7.3.3, 15.7.3.4, 15.7.3.5, 15.7.3.6 y 15.7.3.7 anteriores,"

4. "15.7.4 Los pagos que subsecuentemente efectúe el Nuevo Concesionario al Concedente, con base en los ingresos de la Concesión, serán aplicados ***en el mismo orden de prelación que establece el numeral 15.7.3 y hasta el valor contable de las Mejoras que no haya sido cubierto con la suma a que hace referencia dicho numeral.***"

5. "17.4. Controversias No Técnicas de Mayor Valor. Las Controversias No Técnicas en las que (a) el monto involucrado sea superior a Cinco Millones de Dólares (US\$5'000,000) o su equivalente en Nuevos Soles; o (b) que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero; o (c) aquellas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el Concedente en representación del Estado Peruano declara que al Concesionario se le considere como "nacional de otro Estado Contratante" por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, y el Concesionario acepta que se le considere como tal, para este efecto.

El arbitraje tendrá lugar en la Ciudad de Washington, D.C., o en la Ciudad de Lima, a elección del Concesionario, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente **en el plazo que establezca para tal efecto** el tribunal arbitral. El tribunal arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará un árbitro, y el tercer árbitro será designado por acuerdo de los dos árbitros previamente designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como presidente del tribunal arbitral. Si los dos (2) árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días Útiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, dicho árbitro será designado por el CIADI a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro de un plazo de diez (10) Días Útiles contados a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por el CIADI a pedido de la otra Parte."

6. "21.4 Sustitución del Concesionario: Los Acreedores Permitidos, de manera conjunta, podrán solicitar al Concedente la sustitución del Concesionario, **en caso de incumplimiento en el pago de**

principal o intereses de un Endeudamiento Garantizado Permitido siempre que dicha omisión no haya sido subsanada dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a su vencimiento. El Concedente comunicará al Concesionario sobre el pedido de los Acreedores Permitidos, concediéndole un plazo máximo de **quince (15) días** útiles para que formule sus descargos, luego de lo cual evaluará dicho pedido y emitirá su decisión. En el caso de sustitución del Concesionario, ésta se hará conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 15.7.2."

7. " 24.7 Modificaciones.

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica de OSITRAN. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

De conformidad con el Artículo 33º del Reglamento del TUO, el Concedente podrá modificar el presente Contrato cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el Concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el Concedente podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el Concesionario, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:

- (i) **Que el Concesionario pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o**
- (ii) **Esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue al Acreedor Permitido, dentro de lo previsto en la Cláusula 21.1; o**
- (iii) Para adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la Vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre."

8. "26.2. **Si por cambios en las Leyes Aplicables (que no se vinculen con lo estipulado en los convenios de estabilidad jurídica a que se refiere la cláusula 25 del presente contrato)**

o en las disposiciones establecidas en las Normas (excepto aquellas que regulen temas tarifarios o que fijen infracciones o sanciones vinculadas al presente contrato), que son aquellas vinculadas a los actos de poder ordinario sobre la relación contractual y la prestación de servicios involucrados y que tengan exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados:

- a) a la inversión, titularidad u operación del Aeropuerto; o
- b) al presente Contrato

los Ingresos Brutos anuales del Concesionario se redujeran en un 15% o más con respecto al promedio de los ingresos de los dos años de Vigencia de la Concesión inmediatamente anteriores, o alternativamente, los costos y/o gastos anuales del Concesionario se incrementaran en un 15% o más con respecto al promedio de los costos y/o gastos de los dos años de Vigencia de la Concesión inmediatamente anteriores o el efecto compuesto de la reducción de los Ingresos Brutos anuales del Concesionario y del incremento de los costos y/o gastos anuales del Concesionario produjeran un resultado neto igual o mayor a cualquiera de las dos alternativas anteriores, se considerará que el equilibrio económico del presente Contrato se ha visto significativamente afectado, siempre y cuando tales efectos se hayan producido sólo como consecuencia de cambios en las Leyes Aplicables.

En tal caso, el Concesionario podrá, cada dos años de Vigencia de la Concesión y dentro de los primeros treinta días siguientes de vencido dicho plazo, proponer por escrito ante OSITRAN y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico existente a la Fecha de Cierre. Estas soluciones y procedimientos podrán incluir, entre otras propuestas, la modificación de las Tarifas y de la Vigencia de la Concesión".

Del mismo modo, OSITRAN propone al órgano concedente, la eliminación de las siguientes estipulaciones contractuales en el texto del contrato de concesión:

1. Eliminación del numeral 15.2.7.
2. Eliminación del último párrafo del numeral 24.7.

VI. RECOMENDACIONES

En consideración al análisis efectuado en el acápite IV, OSITRAN recomienda al órgano concedente, la aprobación de la modificación al texto del contrato de concesión, según la propuesta de redacción a que hace referencia el acápite V de la presente Opinión Técnica.

CARLOS ASMAT DYER
Jefe de la División Técnica de
Infraestructura de Terminales

REG-DTIT-80-01

OFICIO N° - 01 - PD / OSITRAN

Lima, 21 de marzo de 2001

Señor Ingeniero

Ministro

LUIS ORTEGA NAVARRETE

Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción

Ref.: Carta N° 002 - LAP P

Oficio N° 312 / 2001 / DE / COPRI

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de remitirle la Opinión Técnica de OSITRAN relativa a la solicitud de modificaciones al texto del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", en concordancia con lo establecido en el artículo 7.1º - f) de la Ley N° 26917 y el artículo 34º del D.S. N° 010 - 2001 - PCM. La mencionada solicitud fue remitida a este organismo por la empresa LIMA AIRPORT PARTENERS SRL (LAP) mediante la Carta de la referencia, con fecha 27 de febrero del presente año.

El 13 de febrero último, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada - COPRI, remitió a OSITRAN la transcripción del Acuerdo de los Ministros integrantes de dicha comisión de fecha 12 de febrero pasado, mediante el cual se decide remitir a este organismo la solicitud presentada por el consorcio Frankfurt - Bechtel - Cosapi, mediante comunicación N° 075 - 00 - FBC.

Adjuntos a la presente comunicación, sírvase encontrar como Anexo I el documento con la opinión técnica de OSITRAN sobre la procedencia de la solicitud formulada por LAP, así como la opinión correspondiente a las modificaciones propuestas por la mencionada empresa, del mismo modo; como Anexo II se acompaña copia de la Carta de la referencia y como Anexo III, copia del oficio de la referencia.

Son otro particular quedo de usted.

Atentamente,

LEONIE ROCA VOTO BERNAELS

Presidenta

