

## INFORME N° 017-02-GEE-OSITRAN

A : **Jorge Alfaro**  
Gerente General

Asunto: **Proyecto de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión  
Del Aeropuerto Jorge Chavez (AIJCH)**

Fecha : 03 de mayo de 2002

---

El presente informe tiene el objetivo de analizar las solicitudes de Lima Airport Partners SRL (LAP), de modificar el contrato de concesión del AIJCH, y poner a consideración del Consejo Directivo el pronunciamiento institucional sobre la opinión técnica al Vice Ministerio de Transportes (MTC).

En principio consideramos que si bien todo contrato es perfectible, especialmente una concesión de largo plazo, no es conveniente para la imagen de la estabilidad jurídica del país que los contratos se modifiquen. Sin embargo, existen circunstancias en que es conveniente la modificación de los contratos cuando es beneficiosa para las partes, cuando beneficia a los usuarios de los servicios o cuando la parte no beneficiada es debidamente compensada.

### **1 Antecedentes**

- 1.1 Con fecha 15 de noviembre de 2000, el Estado Peruano otorga al consorcio conformado por las empresas Flughafen Frankfurt Main – Bechtel Enterprises International Limited – Cosapi S.A., la Buena Pro de la licitación pública internacional para la concesión del AIJCH.
- 1.2 Con fecha 14 de febrero de 2001, el Estado Peruano y la empresa LAP, suscriben el contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCH
- 1.3 Adenda N° 1 al contrato de concesión suscrita el 06 de abril del 2001, mediante la cual las partes acuerdan modificar los numerales 5.20, 15.2.7, 15.2.8, 15.7.3.8, 15.7.4, 17.4, 21.4, 24.7 y 26.2.
- 1.4 Carta s/n de LAP del 28 de mayo del 2001, solicitando primera la modificación de los siguientes temas, vinculados a los numerales indicados del contrato de concesión:
  - a. Restablecimiento del equilibrio económico, (numeral 26.2 de la cláusula 26 del contrato de concesión);
  - b. Fuerza mayor (numerales 13.1.3, 13.2, 13.3, 13.4, 15.1.4, 15.6 y 15.7);
  - c. La construcción de la segunda pista de aterrizaje (numerales 5.6.2.1 y 15.5);
  - d. La Definición de Acreedores Permitidos (numeral 1.1), y;
  - e. Garantías (numerales 21.1 y 21.3).
- 1.5 Carta s/n de LAP del 29 de mayo del 2001, solicitando segunda la modificación de los siguientes temas y numerales del contrato de concesión:
  - a. Consideraciones de índole operacional: (Numeral 1.26., 1.42., 2.3., 4.4., 5.5., 5.19., Cláusula 7, Apéndice 2 del Anexo 3, Anexo 5 y Anexo 9).
  - b. Consideraciones de índole técnico: (Numeral 1.49., 10.2., 12.1., 12.4., 15.2.1., 15.2.3., 15.2.4., 15.2.5., 15.4., 15.7.2.1., 17.7., 17.8., 18.1., 24.1., y Cláusula 9).

- 1.6 Carta s/n de LAP del 01 de junio de 2001, solicitando la tercera modificación a los siguientes temas y numerales del contrato de concesión:
  - a. Política sobre tarifas: Numeral 3.2. del Anexo N° 5
  - b. Equilibrio Económico: Numeral 26.2.
- 1.7 Adenda N° 2 al contrato de concesión suscrita el 25 de julio del 2001, mediante la cual las partes acuerdan modificar los numerales 1.1, 13.1.3, 13.3, 13.4, 15.1.4, 15.5, 21.1 y 21.3.
- 1.8 Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios al referido proyecto de Adenda.
- 1.9 Mediante Oficio N° \_\_\_\_\_, se solicita a la Directora General de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, que formalice el requerimiento de emisión de una opinión técnica del Consejo Directivo de OSITRAN, relativa al Proyecto del Addendum N° 3 del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez".
- 1.10 Con fecha 29 de abril, LAP remite a OSITRAN copia de la Carta de la misma fecha que dirige al Vice-Ministro de Transportes, adjuntando dos Cartas de la Overseas Private Investment Corporation – OPIC y la Kreditanstalt für Wiederaufbau – KFW, en las que manifiestan su interés en la modificación del numeral 26.2. del contrato de concesión.

## **2 Criterios Generales**

Los criterios generales que han guiado el análisis y la opinión técnica que contiene el presente documento, así como nuestras recomendaciones de redacción alternativas, relativos a las solicitudes de modificación, son los siguientes:

- 2.1 El ejercicio de la función de supervisión para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, no debe significar una intervención en la gestión administrativa y en las decisiones comerciales de la empresa concesionaria.
- 2.2 El bienestar de los usuarios.
- 2.3 La asignación esencial de riesgos entre las partes a la suscripción del contrato.
- 2.4 El perfeccionamiento del contrato.

## **3 Análisis de las Solicitudes de Modificación**

### **2.1 Numeral 1.26 Ingresos Brutos**

#### **a. Solicitud de LAP**

Mediante la carta del 29/05/01, LAP solicita la modificación del numeral 1.26 en los siguientes términos:

*"1.26 "Ingresos Brutos" significará todo ingreso del Concesionario y las Filiales descontando el Impuesto General a las Ventas o el impuesto que lo sustituya, que afecta el valor agregado de sus operaciones de venta, prestación de*

servicios o contratos de construcción, percibido o devengado, lo que ocurra primero, sobre bases contables de acuerdo a los Procedimientos de Contabilidad aplicables en el Perú, por todas las fuentes de ingreso provenientes de cualquier actividad, operación, negocio, ventas y/o prestación de servicios realizados en el Aeropuerto o con relación al mismo, salvo y sujeto a lo dispuesto en el Anexo 5.

Los Ingresos Brutos no incluyen (i) los recursos o desembolsos provenientes de mutuos u otras modalidades de crédito, depósitos y cobranzas por cuenta de terceros que reciba el Concesionario y/o las Filiales **incluyendo sin limitación los montos recibidos como reembolso por los costos de servicios básicos, tales como electricidad, agua y teléfono por los cuales el Concesionario podrá cobrar un costo administrativo por la cobranza de tales servicios una contraprestación máxima de quince por ciento (15%) por cada factura o recibo**; (ii) los ingresos que reciban las Filiales por parte del Concesionario, por concepto de construcción y diseño arquitectónico que estén dedicadas de manera preponderante a las actividades de construcción, **ingeniería** y diseño; (iii) únicamente los ingresos de la Filial que actúe como Operador Principal y que le sean pagados por el Concesionario exclusivamente con relación al Contrato de Operación; (iv) los ingresos de las Filiales que actúen como Operadores Secundarios y que hayan sido seleccionados mediante concurso público supervisado por OSITRAN, cualquiera que sea la fuente de pago, y (v) los montos destinados para CORPAC S.A. por concepto de Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) internacional y por la tarifa de aterrizaje y despegue, conforme a lo establecido en el Anexo 5 del presente Contrato, en ningún caso incluirá las moras y penalidades establecidas en la Cláusula 4.4. del presente Contrato; **y (vi) ingresos por la cobranza de los costos incurridos en la emisión de identificaciones y/o pases de control (foto checks) para Usuarios y/o vehículos..** En el caso del inciso (iv), los ingresos devengados o percibidos a favor del Concesionario serán computados dentro de los Ingresos Brutos a efectos de calcular el monto de la Retribución.

OSITRAN podrá revisar y objetar los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos, **dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, posteriores a cada oportunidad de pago de la Retribución, vencido el cual se considerará el pago conforme.**

El procedimiento para la impugnación, a estas objeciones por parte del Concesionario, será el siguiente:

En un plazo de tres (3) Días Útiles, siguientes a la recepción de las objeciones formuladas por la División Técnica de Infraestructura de Terminales de OSITRAN o la que lo sustituya, el Concesionario presentará su apelación ante dicho órgano, **o si lo prefiere el Concesionario, podrá optar por presentar el informe de un perito experto en la materia, independiente y de reconocido prestigio internacional, el mismo que será seleccionado por el Concesionario de una lista proporcionada por OSITRAN, en el plazo de tres días calendario, contados a partir de la recepción de dicha lista. La selección del perito deberá ser comunicada al OSITRAN, en un plazo de diez (10) días calendario, siguientes a la recepción de las objeciones.....”**

#### **b. Antecedentes específicos**

1. Mediante Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N°168-61-01 del 26 de abril del 2001, se considera que los cobros a terceros por los servicios de energía, agua y teléfono forman parte de la exclusión a la que se refiere el literal (i) del segundo párrafo del numeral 1.26, estando afectos a la retribución el 15% adicional al costos de los servicios por gastos administrativos.

2. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que opina favorablemente por las solicitudes de modificación de los numerales 1.26, únicamente a la inclusión de los servicios de ingeniería.
3. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN
4. Carta s/n de LAP del 19 de abril del 2002, por la cual solicitan una nueva modificación del numeral 1.26 y en adición a la solicitud del 29 de mayo del 2001. La justificación obedece a los requerimientos solicitados por el potencial acreedor permitido. La modificación solicitada consiste en la inclusión de un nuevo literal:
 

*“.. y (vi) los ingresos de seguros que tengan su origen en el pago de indemnizaciones de seguros, con excepción de seguros de lucro cesante.”*
5. Oficio N° 162-02-OSITRAN del 12 de abril del 2002, mediante el cual se solicita a la COPRI su opinión sobre el sentido de la definición de ingresos brutos en el contrato respecto a la facturación de los servicios públicos.
6. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios.

En el referido proyecto de adenda, la solicitud de modificación de LAP del numeral 1.26, es la siguiente:

*“1.26 Ingresos Brutos significará todo ingreso del Concesionario y las Filiales descontando el Impuesto General a las Ventas o el impuesto que lo sustituya, que afecta el valor agregado de sus operaciones de venta, prestación de servicios o contratos de construcción, percibido o devengado, lo que ocurra primero, sobre bases contables de acuerdo a los Procedimientos de Contabilidad aplicables en el Perú, por todas las fuentes de ingreso provenientes de cualquier actividad, operación, negocio, ventas y/o prestación de servicios realizados en el Aeropuerto o con relación al mismo, salvo y sujeto a lo dispuesto en el Anexo 5.*

*Los Ingresos Brutos no incluyen (i) los recursos o desembolsos provenientes de mutuos u otras modalidades de crédito, depósitos y cobranzas por cuenta de terceros que reciba el Concesionario y/o las Filiales **así como los montos correspondientes a los costos de servicios básicos, tales como electricidad, agua y teléfono, facturados por el Concesionario a terceros;** (ii) los ingresos que reciban las Filiales por parte del Concesionario, por concepto de construcción, **ingeniería** y diseño arquitectónico que estén dedicadas de manera preponderante a las actividades de diseño y construcción; (iii) únicamente los ingresos de la Filial que actúe como Operador Principal y que le sean pagados por el Concesionario exclusivamente con relación al Contrato de Operación; (iv) los ingresos de las Filiales que actúen como Operadores Secundarios y que hayan sido seleccionados mediante concurso público supervisado por OSITRAN, cualquiera que sea la fuente de pago, y (v) los montos destinados para CORPAC S.A. por concepto de Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) internacional y por la tarifa de aterrizaje y despegue, conforme a lo establecido en el Anexo 5 del presente Contrato; **y (vi) los ingresos que tengan su origen en el pago de indemnizaciones de seguros, con excepción de seguros de lucro***

**cesante. No ha sido solicitado formalmente** En ningún caso incluirá las moras y penalidades establecidas en la Cláusula 4.4. del presente Contrato. En el caso del inciso (iv), los ingresos devengados o percibidos a favor del Concesionario serán computados dentro de los Ingresos Brutos a efectos de calcular el monto de la Retribución.

OSITRAN podrá revisar y objetar los ingresos consignados por el Concesionario para el cómputo de los Ingresos Brutos, **dentro de un plazo de dos (2) años, posteriores a cada oportunidad de pago de la Retribución, no siendo aplicable para este caso lo dispuesto en la Cláusula 19.2 del presente Contrato.**

El procedimiento para la impugnación, a estas objeciones por parte del Concesionario, será el siguiente:

En un plazo de tres (3) Días Útiles, siguientes a la recepción de las objeciones formuladas por la División Técnica de Infraestructura de Terminales de OSITRAN o la que lo sustituya, el Concesionario presentará su apelación ante dicho órgano, **o si lo prefiere el Concesionario, podrá optar por presentar el informe de un perito experto en la materia, independiente y de reconocido prestigio internacional, el mismo que será seleccionado por el Concesionario de una lista proporcionada por OSITRAN, en el plazo de tres días calendario, contados a partir de la recepción de dicha lista. La selección del perito deberá ser comunicada al OSITRAN, en un plazo de diez (10) días calendario, siguientes a la recepción de las objeciones.....”**

### c. Análisis

En primer lugar se hace notar el cambio entre la solicitud de modificación original del concesionario del 29 de mayo del 2001 y la que se presenta en el proyecto de adenda remitido por el MTC mediante correo electrónico del 19 de abril último. Nos referimos a la solicitud de excluir a los costos de emisión de pases de seguridad, de la definición de los ingresos brutos. Sobre el particular, se emitió opinión desfavorable mediante el informe de la DTIT N° 022 del 8 de noviembre del 2001.

Respecto a la solicitud del concesionario para la inclusión de la recuperación de los costos por los servicios públicos utilizados por terceros como deducción explícita de los ingresos brutos y por lo tanto no afectos a la tasa de retribución, se opina lo siguiente:

Se ha podido comprobar en base a información proporcionada por el propio concesionario<sup>1</sup> que ha estado cobrando una tarifa por los servicios públicos de energía eléctrica y agua mayor a la cobrada por las empresas de servicio público, por lo que es necesario el perfeccionamiento del acuerdo del Consejo Directivo N° 168-61 referido, en el sentido de que cualquier diferencia entre la tarifa establecida por la empresa de servicios públicos y la cobranza realizada por LAP debe formar parte de los ingresos brutos y por lo tanto afecta a la retribución, y no solamente el porcentaje establecido del 15% por gastos administrativos.

Asimismo, existen argumentos de carácter económico para excluir de los ingresos brutos de LAP, el importe del costo de los consumos de servicios públicos realizados por los arrendatarios de los locales y espacios del AIJCH, por cuanto este consumo de servicios y por lo tanto el costo asociado, no es atribuible necesariamente a la operación o administración de la infraestructura o al cumplimiento de las obligaciones del concesionario Por lo tanto es razonable

<sup>1</sup> Nota N° 032-2001-DTIT del 3 de julio del 2001

considerar que el costo del servicio sea enteramente atribuible al usuario. En este caso es perfectamente factible considerar que la suma recibida por el concesionario constituye un cobro por servicios generados por terceros. Para que el consumo de un servicio pueda ser atribuible enteramente al usuario, se requiere por lo tanto la clara identificación del mismo así como del importe consumido, mediante el uso de la tecnología y equipo apropiado. Por otro lado, consideramos que los cobros por servicios públicos por cuenta de terceros se deben limitar a los arrendatarios de locales, por cuanto en el caso de otros usuarios intermedios u operadores secundarios, la prestación de servicios básicos es parte de las obligaciones del concesionario en el cumplimiento de los estándares operacionales, como es el caso de la iluminación de las pistas de aterrizaje y zonas de estacionamiento.

Un argumento adicional a favor de este razonamiento son los usos y costumbres en el mercado de alquiler de locales comerciales, donde el importe de la renta corresponde exclusivamente a la retribución por el espacio arrendado, mientras que el costo de los servicios básicos es pagado por los arrendatarios de acuerdo a sus consumos. Asimismo, hay que tener en cuenta el aumento de costos que representaría para los arrendatarios si sus pagos por servicios básicos son considerados parte de los ingresos del concesionario, debido al traslado del porcentaje de la retribución que haría LAP, al costo de estos servicios.

Respecto a la solicitud del concesionario para incluir los de los ingresos de las filiales por servicios de ingeniería, dentro las deducciones especificadas en el literal (ii) del numeral 1.26, existen argumentos y antecedentes que opinan favorablemente por la modificación solicitada, en el sentido que los servicios de ingeniería forman parte de los servicios que se requieren para la realización de una obra de construcción, al igual que los servicios de diseño y construcción especificados en el referido numeral.

En cuanto a la solicitud del concesionario para la inclusión del nuevo literal (vi) sobre los pagos recibidos por el concesionario por concepto de indemnizaciones de seguros, como un concepto de ingresos que también debe ser deducido de la definición de ingresos brutos; consideramos que la fuente de ingreso tiene las características que ameritan su deducción en el sentido de no tener un origen y naturaleza distinto a la explotación de la infraestructura concesionada..

Con relación a la solicitud del concesionario para establecer un plazo máximo de dos años, contados a partir de la realización de cada pago por retribución, para el ejercicio de la facultad de OSITRAN de revisar y observar los pagos por retribución realizados por LAP; se hace mención que en la solicitud original de 29 de mayo del 2001, el concesionario solicitó que este plazo fuera de 30 días calendario. Al respecto, se opina lo siguiente:

El plazo para que OSITRAN objete la liquidación de Ingresos Brutos del concesionario es una materia no regulada por el contrato de concesión. Actualmente se aplica en este caso el plazo a que alude el Artículo 1º de la Resolución N° 017 – 2000 – CD/OSITRAN, es decir 30 días calendario, lo cual es inconveniente desde el punto de vista técnico.

La complejidad y especialización de los temas involucrados en el proceso de evaluación de la liquidación de los Ingresos Brutos del concesionario, amerita un plazo más razonable para que el organismo supervisor esté en capacidad de hacer la evaluación técnica correspondiente. Esta razonabilidad requiere que la revisión de los ingresos brutos se realice por ejercicios anuales, para lo cual se requiere contar con el periodo de los dos años a partir de la finalización de cada ejercicio.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es razonable que la empresa concesionaria tenga la certeza con relación al plazo en que OSITRAN puede válidamente objetar la liquidación de Ingresos Brutos por ellos efectuada para pagar la Retribución, pues constituye un supuesto de incumplimiento grave por parte del concesionario, el no pagar la Retribución, se entiende, no hacerlo válidamente.

Por otro lado, es importante mencionar la intención de OSITRAN de realizar auditorias anuales de los ingresos brutos de todas las empresas concesionarias.

Respecto a la solicitud del concesionario de ampliar el plazo para la selección del perito de parte de LAP, de 3 a 10 días, y modificar la fecha de referencia desde la cual empezará a regir el plazo, desde la recepción de las objeciones de OSITRAN en lugar desde la recepción de la lista de peritos; se considera razonable con la finalidad de preservar el derecho del concesionario de ejercer válidamente su derecho de defensa en el proceso de supervisión y fiscalización de sus Ingresos Brutos, toda vez que el plazo de 3 días establecido en el contrato resultaría muy corto para llevar a cabo el proceso de negociación y selección del perito.

#### **d. Conclusiones**

Se recomienda incluir explícitamente en las exclusiones de la definición de ingresos brutos, el importe que representa costo de los servicios públicos facturados a los arrendatarios de locales y espacios en el AIJCH, acotando los servicios a la energía eléctrica, agua y alcantarillado, telefonía fija y gas.

Se opina favorablemente por la inclusión los de los ingresos de las filiales por servicios de ingeniería, dentro las deducciones especificadas en el literal (ii) así como la inclusión del nuevo literal (vi) sobre los pagos recibidos por el concesionario por concepto de indemnizaciones de seguros, en los términos solicitados por el concesionario.

Igualmente, se opina favorablemente por la modificación solicitada de establecer un plazo máximo de dos años, para el ejercicio de la facultad de OSITRAN de revisar y observar la liquidación de Ingresos brutos del concesionario con el fin de pagar la Retribución, con la precisión de que los dos años se empiezan contar desde el 31 de diciembre de cada ejercicio durante el cual se realizaron los pagos por retribución.

Asimismo, se opina favorablemente por ampliar el plazo para la selección del perito de parte de LAP, de 3 a 10 días, y modificar la fecha de referencia desde la cual empezará a regir el plazo para la selección.

Por último, se ratifica en la conclusión del Acuerdo del Consejo Directivo N° 259.-86-02 del 28 de febrero del 2002, de considerar los ingresos obtenidos por LAP por la venta de pases de seguridad dentro de la definición de ingresos brutos y por lo tanto afectos a la retribución.

## **2.2 Numeral 5.5 Cooperación del Concedente**

### **a. Solicitud de LAP**

Mediante la carta del 29/05/01, LAP solicita la modificación del numeral 5.5 en los siguientes términos:

*"5.5 Cooperación del Concedente. .....*

***El Concedente asimismo se obliga a abstenerse o a hacer que cualquier otra Autoridad Gubernamental directa o indirectamente, se abstenga de competir, o de interferir de cualquier otra manera con la prestación de cualquiera de los servicios que de acuerdo al presente Contrato correspondan al Concesionario, tales como servicio de publicidad comercial, abastecimiento de combustible, manejo de carga, alimentación o servicios de estacionamiento en el Aeropuerto.”***

**b. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que opina favorablemente por atender la solicitud de modificación del numeral 5.5 pero con una redacción alternativa.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN
3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En el referido proyecto de adenda, la solicitud de modificación de LAP del numeral 5.5, es la siguiente:

***“5.5 Cooperación del Concedente. ....***

***.....***

***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.”***

4. Adicionalmente, a manera de concordancia se solicita adicionalmente, la inclusión en el numeral 2.5 Garantías de Estado del párrafo siguiente:

***“ En virtud a lo antes dispuesto, el Concedente se obliga a abstenerse y hacer que toda Autoridad Gubernamental y/o las Fuerzas Armadas se abstengan de competir, o de interferir de cualquier otra manera, directa o indirectamente, con la prestación de Servicios Aeroportuarios y/o Servicios de Aeronavegación, dentro del área geográfica detallada en el párrafo precedente.”***

5. Memorando N° 0163-2002-MTC/ 15.16 del Director General de Aviación Comercial del 26 de abril del 2002, en el cual manifiesta su conformidad con la idea expresada en la modificación propuesta de la cláusula 5.5, la misma que a su entender, volvería innecesaria la modificación de la cláusula 2.5. Sobre esta última, considera que el MTC podría apoyar y coordinar la abstención de otras autoridades de competir, pero no puede responsabilizarse por ello, Por otro lado, no sería admisible una limitación a los servicios de aeronavegación por la obligación del Estado de garantizar estos servicios

c. **Análisis**

Se considera aceptable el tema de fondo de la propuesta de la empresa concesionaria, con relación al segundo párrafo propuesto por LAP para el numeral 5.5. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que dichas labores de apoyo en modo alguno importan un traslado de la responsabilidad del concesionario de lograr y mantener los Requisitos Técnicos Mínimos a que alude el Anexo 14 del contrato de concesión, responsabilidad que le corresponde enteramente a LAP, por tal razón OSITRAN propone una redacción alternativa para el numeral 5.5.

Por otro lado, el tercer párrafo que LAP propone para el numeral 5.5., se trata de una precisión de la restricción del Estado de competir con su empresa concesionaria, por ello, por sistemática contractual se propone al Concedente la inclusión de dicho párrafo en el numeral 2.5. del contrato de concesión que sí se refiere a la garantía del Estado de abstenerse de competir con LAP.

Así mismo, no se considera aceptable que se introduzca una restricción del Concedente para prestar servicios de aeronavegación, ya que los mismos no han sido materia de concesión y no están a cargo de LAP sino de CORPAC<sup>2</sup>. En todo caso, se deberá precisar que la restricción sólo se refiere a los servicios a cargo de LAP de acuerdo al contrato de concesión.

Por otro lado, no se considera aceptable que la restricción de competencia del Estado para la prestación de servicios aeroportuarios tenga que tener un radio igual al que corresponde a la imposibilidad de otorgamiento de autorización para la construcción de un nuevo aeropuerto (150 Km.).

La propuesta de LAP con relación al último párrafo propuesto para el numeral 2.5. no ha sido formalmente solicitada, por lo que se debe declarar inadmisibles y no deberá ser materia de evaluación. A mayor abundamiento, la DGAC en el Oficio N° 0163, señala que con la adopción de los dos párrafos propuestos por LAP para el numeral 5.5., hace innecesario el último párrafo del numeral 2.5. que LAP propone.

d. **Conclusiones**

Consecuente con el análisis anterior, se propone la siguiente redacción para los numerales 5.5. y 2.5. respectivamente:

*“5.5. Cooperación del Concedente. .....*

*.....*

***El Concedente se compromete a coordinar y apoyar para que las Autoridades Gubernamentales y las Fuerzas Armadas desarrollen sus funciones de forma tal que faciliten al Concesionario el cumplimiento de su obligación de lograr y mantener los Requisitos Técnicos Mínimos, así como a operar el Aeropuerto de la forma más eficiente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por la cláusula veintidós del presente contrato.”***

*“2.5. Garantía del Estado. .....*

*.....*

***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 de acuerdo a lo***

---

<sup>2</sup> Exceptuando los definidos en el Anexo 3 a cargo del concesionario

**establecido por el presente contrato, ello incluye el área correspondiente al Aeropuerto y el área colindante definida por la franja de 2 Km. de ancho adyacente al perímetro del Aeropuerto.**

## **2.3 Numeral 5.19 Aduanas y Otras Autoridades**

### **a. Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 5.19 fue la siguiente:

***“5.19 Aduanas y Otras Autoridades Gubernamentales. Durante la Vigencia de la Concesión, las áreas para uso gratuito asignadas a las Autoridades Gubernamentales (Migraciones, Aduanas, y otras), consideradas en el Anexo 10 de este Contrato podrán ser reajustadas y los espacios que ocupen reasignados de acuerdo a las necesidades operativas del Aeropuerto.”***

### **b. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que opina favorablemente por la posibilidad de reubicar a las entidades públicas consignadas en el Anexo 10, siempre que ello no dificulte el cumplimiento de sus funciones en el aeropuerto.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios.

En el referido proyecto de adenda, la solicitud de modificación de LAP del numeral 5.5, es la siguiente:

***“5.19 Aduanas y Otras Autoridades Gubernamentales. El Concesionario proporcionará a las entidades a que se refiere el Anexo 10 y en las condiciones mencionadas en dicho Anexo, en forma gratuita, oficinas no amobladas, pero adecuadas para permitir labores propias de dichas autoridades, incluyendo las de vigilancia. Las áreas para uso gratuito asignadas a las Autoridades Gubernamentales consideradas en el Anexo 10 de este Contrato podrán ser reasignadas por el Concesionario de acuerdo a las necesidades operativas del Aeropuerto.”***

### **c. Análisis**

Sobre el particular, teniendo en cuenta los antecedentes y con la finalidad de facilitar la administración de las operaciones del AIJCH, se considera conveniente otorgar flexibilidad en la asignación de las áreas asignadas a las entidades públicas que desarrollan sus funciones en el AIJCH, sin que signifique una reducción de las mismas, toda vez que las necesidades operacionales o la realización de las inversiones así lo requieran.

### **d. Conclusión**

Se opina favorablemente por la modificación en los términos establecidos en el proyecto de adenda del 19 de abril del 2002.

## **2.4 Numeral 10.2 Restitución del Monto Garantizado**

### **a. Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 10.2 fue la siguiente:

*" 10.2 Restitución del Monto Garantizado. En caso de ejecución parcial o total de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el Concesionario deberá restituir, o hacer restituir, la Garantía de Fiel Cumplimiento al monto establecido. Si el Concesionario no restituye la Garantía de Fiel Cumplimiento al monto original requerido en la Cláusula 10.1 en un plazo de treinta (30) días calendario contado a partir de la fecha en la cual se realizó la ejecución de la misma, el Concedente a través de OSITRAN, mediante comunicación escrita a ese efecto, declarará resuelto el presente Contrato y, como consecuencia de ello, la Concesión caducará en la fecha de dicha notificación."*

### **b. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que opina por desestimar la solicitud de modificación del numeral 10.2.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Carta S/N de LAP del 10 de abril del 2002 mediante la cual adjuntan la cronologías de los procesos seguidos para la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento al año de vigencia del contrato de concesión.
4. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios.

### **c. Análisis**

La nueva evidencia presentada por LAP permite comprobar que la emisión de la garantía a que se refiere el numeral 10.2, requiere previamente la emisión de contra garantías de respaldo emitidas por los principales accionistas de LAP y la emisión de estas contra garantías requieren seguir el debido proceso de aprobación correspondiente para los cual el plazo de 10 días resulta corto. Es un problema del tiempo mínimo que requiere la emisión de instrumentos financieros con la debida conformidad.

Por otro lado, el incumplimiento de la cláusula 10.2 constituye causal de caducidad del contrato de concesión, por lo que no se considera conveniente para la concesión que la vigencia de la misma pueda estar en riesgo por razones ajenas a la voluntad de las partes.

En conclusión, se opina favorablemente por la modificación solicitada del numeral 10.2

### **e. Conclusión**

Se opina favorablemente por la modificación en los términos establecidos en el proyecto de adenda del 19 de abril del 2002.

## 2.5 Numeral 15.2.1 Incumplimiento de Contrato

### a. Solicitud de LAP

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 15.2.1 fue la siguiente:

*“15.2.1. Incumplimiento de Contrato. El incumplimiento por parte del Concesionario de cualquiera de las obligaciones contenidas en el presente Contrato deberá ser subsanado en el plazo máximo de sesenta (60) días calendario siguientes a la recepción por parte del Concesionario de la notificación que para tal efecto le remita OSITRAN o en el plazo **mayor** que OSITRAN establezca en la notificación respectiva, con el fin de que la acción u omisión sea rectificadas. De no efectuarse la subsanación en el plazo establecido en la respectiva notificación se iniciará el procedimiento administrativo sancionador a cargo de OSITRAN.  
.....”*

### b. Antecedentes específicos

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que propone desestimar la solicitud de modificación del numeral 15.2.1
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Carta conjunta de la OPIC y la KfW del 6 de marzo del 2002 en la cual expresan su opinión de considerar crucial, entre otros, que el numeral 15.2.1 deba modificarse, en el sentido de que el plazo mínimo de subsanación sea 60 días calendario o uno mayor que pueda establecer OSITRAN.
4. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios.

Los cambios solicitados en el proyecto de adenda son los siguientes

*“15.2.1. Incumplimiento de Contrato. El incumplimiento por parte del Concesionario de cualquiera de las obligaciones del presente Contrato, que genere un incumplimiento **calificado como grave por el presente Contrato en los numerales que van del 15.2.1.1 al 15.2.1.7, deberán ser subsanados, en el plazo de sesenta (60) días calendario siguientes a la recepción por parte del Concesionario de la notificación que para tal efecto le remita OSITRAN o en el plazo mayor que OSITRAN establezca en la notificación respectiva, con el fin de que la acción u omisión sea rectificadas. Se excluye de este plazo los numerales siguientes: (i) el numeral 15.2.1.3 del presente Contrato, el mismo que deberá ser subsanado en el plazo de treinta (30) días calendario siguientes a la recepción por parte del Concesionario de la notificación que para tal efecto le remita OSITRAN o en el plazo mayor que OSITRAN establezca en la notificación respectiva y (ii) el numeral 15.2.1.2 del presente***

**Contrato, el mismo que deberá ser subsanado en el plazo de quince (15) días calendario siguientes a la recepción por parte del Concesionario de la notificación que para tal efecto le remita OSITRAN, o en el plazo mayor que OSITRAN establezca en la notificación respectiva. El plazo de sesenta (60) días calendario o el plazo mayor que OSITRAN establezca, también será aplicable como plazo de subsanación para todos los numerales de la Cláusula 15.2 del presente Contrato que no tengan un plazo específico definido en los mismos.**

**Las demás obligaciones del Concesionario cuyo incumplimiento no de lugar a una causal de caducidad, se subsanarán en el plazo que establezca el OSITRAN.**

.....  
**Los siguientes supuestos constituirán incumplimiento grave del Concesionario y se sujetarán a lo dispuesto en la Cláusula 15.1, si dentro de los plazos antes señalados no son debidamente subsanados: .....**

**c. Análisis**

Con el fin de velar por la continuidad del contrato de concesión y de la prestación de los servicios materia de concesión, se hace necesario diferenciar las causales de modificación del contrato de concesión que por su naturaleza pueden derivar en la caducidad del contrato, de aquellos incumplimientos que no son sustanciales y cuya subsanación no es compleja.

Con relación a los incumplimientos que no han sido calificados como graves por el contrato de concesión, es necesario que OSITRAN tenga expresamente la facultad de establecer el plazo de subsanación que corresponda según la naturaleza de la obligación materia de incumplimiento.

Por otro lado, OSITRAN considera necesario que se corrija un error en el segundo párrafo del numeral bajo comentario, con relación a las facultades en mérito de las cuales OSITRAN ha tipificado las infracciones y establecido las multas correspondientes a los incumplimientos contractuales en que incurra la empresa concesionaria.

En efecto, no es en mérito de sus facultades de fiscalización que OSITRAN ha tipificado las infracciones y establecido las sanciones que corresponde aplicar a LAP como consecuencia de sus incumplimientos contractuales, sino por el mérito de la delegación que ha efectuado el ente Concedente. Así, dichas sanciones tiene la naturaleza indemnizatoria a la que se refiere el numeral 12.3. del contrato de concesión y no la naturaleza punitiva que tienen las multas administrativas que OSITRAN establece en ejercicio de su función normativa.

**d. Conclusiones**

Consecuente con el análisis anterior, se opina favorablemente por la solicitud de modificación pero se propone la siguiente redacción alternativa:

***“15.2.1. Incumplimiento de Contrato. El incumplimiento por parte del Concesionario de cualquiera de las obligaciones del presente Contrato, que genere un incumplimiento calificado como grave por el presente Contrato en los numerales que van del 15.2.1.1 al 15.2.1.7, deberán ser subsanados, en el plazo de sesenta (60) días calendario siguientes a la recepción por parte del Concesionario de la notificación que para tal efecto le remita OSITRAN o en el plazo mayor que OSITRAN establezca en la notificación respectiva, con el fin de que la acción u omisión sea rectificadas. Se***

**excluye de este plazo los numerales siguientes: (i) el numeral 15.2.1.3 del presente Contrato, el mismo que deberá ser subsanado en el plazo de treinta (30) días calendario siguientes a la recepción por parte del Concesionario de la notificación que para tal efecto le remita OSITRAN o en el plazo mayor que OSITRAN establezca en la notificación respectiva y; (ii) el numeral 15.2.1.2 del presente Contrato, el mismo que deberá ser subsanado en el plazo de quince (15) días calendario siguientes a la recepción por parte del Concesionario de la notificación que para tal efecto le remita OSITRAN, o en el plazo mayor que OSITRAN establezca en la notificación respectiva.**

**El plazo de sesenta (60) días calendario o el plazo mayor que OSITRAN establezca, también será aplicable como plazo de subsanación para todos los numerales de la Cláusula 15.2 del presente Contrato que no tengan un plazo específico definido en los mismos.**

**Los incumplimientos de las demás obligaciones del Concesionario, que no hayan sido calificados como graves por el presente contrato, se subsanarán en el plazo que OSITRAN establezca en la notificación respectiva.**

*De no efectuarse la subsanación en el plazo establecido en la respectiva notificación de OSITRAN dicho organismo iniciará el procedimiento administrativo sancionador a su cargo.*

*El Concedente declara expresamente que delega en ~~será~~ OSITRAN, la responsabilidad de tipificar las infracciones y establecer las multas aplicables al Concesionario como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, mediante resolución de su Consejo Directivo. ~~quien conforme a sus facultades de fiscalización y mediante resolución de su Consejo Directivo, tipificará las infracciones y establecerá las multas aplicables por los incumplimientos de las obligaciones del concesionario establecidas en el presente contrato.~~*

*Los siguientes supuestos constituirán incumplimiento grave del Concesionario y se sujetarán a lo dispuesto en la Cláusula 15.1, si dentro de los plazos antes señalados no son debidamente subsanados: .....*

## **2.6 Numeral 15.2.3 Embargo o Secuestro Gubernamental**

### **a. Solicitud de LAP**

En su comunicación del 29/05/01, el concesionario solicitó la eliminación del numeral 15.2.3

### **b. Antecedentes específicos**

1. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N°183-07-01 del 4 de julio del 2001, mediante el cual se declara procedente, entre otras, las propuestas de modificación del numeral 15.2.3.
2. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que propone desestimar la solicitud porque si bien no es posible embargar los bienes del Concedente por un hecho atribuible al Concesionario porque estos son inembargables, si puede ser embargable el derecho objeto de la Concesión y los activos del concesionario.
3. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.

4. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda se reitera la solicitud de eliminación del numeral 15.2.3

c. **Análisis**

OSITRAN considera conveniente que se mantenga dicho numeral del contrato de concesión, pero eliminando la referencia a los Bienes del Estado, porque de acuerdo a lo establecido por el Artículo 648° del Código Procesal Civil y el Artículo 616° de mismo cuerpo legal, el numeral del contrato de concesión es inaplicable en cuanto al extremo referido al embargo de los Bienes de la concesión, pues de acuerdo a las referidas normas y a lo establecido por la Ley N° 26599, los bienes de dominio público son inembargables.

Así mismo, salvo la referencia a los bienes de la concesión, OSITRAN considera que debe permanecer dicho numeral del contrato de concesión, como un supuesto de incumplimiento grave de la empresa concesionaria, pero por hechos atribuibles a ella misma, con el fin de salvaguardar el interés del Estado de tener como contraparte en la relación contractual a una empresa eficiente que no ponga en riesgo la continuidad del contrato de concesión.

d. **Conclusión**

Se opina desfavorablemente por la solicitud en los términos propuestos por el concesionario de eliminar el numeral 15.2.1. No obstante se propone la siguiente redacción alternativa:

*“15.2.3 Embargo o Secuestro Gubernamental. La imposición de cualquier embargo o secuestro trabado por sentencia o resolución firme, por un monto igual o superior al 10% del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento sobre todo o parte de los derechos **o activos** del Concesionario, ~~sobre los Bienes de la Concesión o los activos del Concesionario~~, a petición de cualquier Autoridad Gubernamental.”*

## 2.7 Numeral 15.2.4 Sentencias y Embargos

a. **Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 15.2.4 fue la siguiente:

*“15.2.4 Sentencias y Embargos. Cualquier orden de pago, embargo o proceso similar que importe una resolución firme e inapelable y que involucre en el caso al Concesionario se refiera a: (1) un monto de **US\$15'000,000 (Quince Millones de Dólares) en un Año de Concesión; o (2) un monto conjunto en un periodo de tres Años de Concesión, que exceda de US\$35'000,000 (Treinta y Cinco millones de Dólares)** (que en cualquier caso no esté cubierto adecuadamente por un seguro **respecto del cual el Concesionario deberá brindar prueba escrita de su cobertura**), dictada en contra del Concesionario o de cualquiera de sus activos, y que permanezca en vigor por un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario, o al quinto (5) día calendario previo a la fecha de cualquier venta o remate;”*

b. **Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que propone desestimar la solicitud de modificación del numeral 15.2.4.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda la solicitud de modificación del concesionario es la siguiente:

*15.2.4 Sentencias y Embargos. Cualquier orden de pago, embargo o proceso similar que importe una resolución firme e inapelable **contra el Concesionario y por: (i) un monto equivalente o mayor al seis por ciento (6 %) de los Ingresos Brutos obtenidos en el Año Calendario anterior a aquél en el que se emite la resolución; o (ii) un monto acumulado que represente por lo menos un seis por ciento (6 %) de los Ingresos Brutos totales obtenidos en el período de los tres (3) Años Calendarios inmediatamente anteriores a la emisión de la resolución (que en cualquier caso no esté cubierto adecuadamente por un seguro respecto del cual el Concesionario deberá brindar prueba escrita de su cobertura), dictada en contra del Concesionario o de cualquiera de sus activos, y que permanezca en vigor por un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario, o al quinto (5°) día calendario previo a la fecha de cualquier venta o remate;**"*

**c. Análisis**

Respecto a la solicitud de modificación del literal (i), consistente en la sustitución del importe de USD 2.5 millones por el porcentaje del 6% sobre los ingresos brutos, para determinar el umbral del importe de **una** sentencia o embargo, sobre el cual se considerará un incumplimiento de contrato causal de caducidad del contrato; nuestra opinión es la siguiente:

Se puede considerar en cierta forma un perfeccionamiento del contrato de concesión, en la medida en que mantiene constante en términos relativos el importe de los USD 2.5 millones, evitando que con el transcurso del tiempo y por efectos de la inflación externa y el desarrollo de la concesión, se reduzca. El porcentaje del 6% propuesto es ligeramente superior al 5.36% resultante de dividir los USD 2.5 millones entre los ingresos brutos obtenidos por LAP durante 2001<sup>3</sup>.

En cuanto a la solicitud de modificación del literal (ii), mediante la cual se solicita no solamente la sustitución del importe de USD 5.5 millones por el 6% de los Ingresos Brutos, sino que además se limite el computo del importe acumulado a las sentencias o embargos ocurridos durante los últimos tres años. Nuestra opinión al respecto es la siguiente:

Consideramos que la modificación solicitada del literal (ii) constituye un cambio substancial del espíritu y letra de la cláusula del contrato. El sentido del literal (ii) es que si durante la vigencia de la concesión, es decir durante los treinta años; el concesionario acumulara sentencias en su contra por más de USD 5.5 millones, este hecho constituiría causal de caducidad de contrato. La modificación solicitada es que este registro acumulado se convierta en un porcentaje de los ingresos, y además que se limite a solamente tres años

<sup>3</sup> USD 19 millones de retribución / 0.4651 / 320 días X 365 / USD 2.5 millones = 0.0536

contados a partir de la última resolución, cuando en el texto del numeral vigente no existe limitación de plazo.

**d. Conclusiones**

Si bien se opina favorablemente por la solicitud de modificación del literal (i), se considera también que el porcentaje debe ser alrededor del 5% de los ingresos brutos anuales.

Asimismo, nuestra opinión es parcialmente favorable a la solicitud de modificación del literal (ii), en el sentido de cambiar solamente el importe de USD 5.5 millones por el equivalente del 12% de los ingresos brutos anuales del concesionario contados a partir de la fecha de la última resolución de sentencia o embargo.

Con la finalidad de que quede claramente establecida la opinión de OSITRAN respecto al numeral 15.2.4, se propone la siguiente redacción alternativa:

*“15.2.4” **Sentencias y Embargos.** Cualquier orden de pago, embargo o proceso similar que importe una resolución firme e inapelable y que involucre en el caso al Concesionario se refiera a: (1) un monto **equivalente o mayor al cinco por ciento (5%) de los Ingresos Brutos obtenidos en el Año Calendario anterior a aquél en el que se emite la resolución;** o (ii) un monto **acumulado equivalente o mayor al doce por ciento (12%) de los Ingresos Brutos obtenidos en el Año Calendario anterior a aquél en el que se emite la última resolución** (que en cualquier caso no esté cubierto adecuadamente por un seguro sobre el cual la compañía de seguros ha reconocido la cobertura), dictada en contra del Concesionario o de cualquiera de sus activos, y que permanezca en vigor por un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario, o al quinto (5) día calendario previo a la fecha de cualquier venta o remate;”*

**2.8 Numeral 15.2.5 Interdicto, Requerimiento**

**a. Solicitud de LAP**

En su comunicación del 29/05/01, el concesionario solicitó la eliminación del numeral 15.2.5.

**b. Antecedentes específicos**

1. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N°183-07-01 del 4 de julio del 2001, mediante el cual se declara improcedente, entre otras, las propuestas de modificación del numeral 15.2.5.
2. Carta s/n de LAP del 9 de agosto del 2001, por la cual se solicita la reconsideración de la declaración de improcedencia, entre otras, de la solicitud de modificación del numeral 15.2.5.
3. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N°206-75-01 del 15 de octubre del 2001, mediante el cual se declara infundada la solicitud de reconsideración de la declaración de improcedencia del numeral 15.2.5.
4. Carta LAP /128-2002-GL del 16 de abril del 2002 adjuntando informe legal preparado por el estudio Benitez, Mercado & Ugaz del 30 de enero del 2002, en el cual se presentan argumentos adicionales para sustentar la propuesta de eliminación del numeral 15.2.5

**c. Análisis**

De acuerdo a lo establecido por el Artículo 616° del CPC, así como por lo dispuesto por la Ley N° 26599, es inaplicable el numeral 15.2.5. del contrato de concesión en cuanto a la existencia de un interdicto o requerimiento con relación a los Bienes de Dominio Público que forman parte de los Bienes de la Concesión.

En efecto, de acuerdo a la normativa a la que se ha hecho referencia, no es posible trabar una medida cautelar para futura ejecución forzada sobre bienes de propiedad del Estado que son de dominio público, como son los Bienes de la Concesión, así como las Mejoras a que está obligada la empresa concesionaria.

Por ello, la redacción vigente del numeral 15.2.5., contiene un supuesto contrario a lo establecido por una “Ley Aplicable”, como lo es el Código Procesal Civil y la Ley N° 26599, por lo que dicho error debe ser corregido, eliminando del numeral original la referencia a los Bienes de la Concesión.

Sin embargo, es necesario precisar que la existencia de una orden judicial o administrativa **sobre todo o parte de los derechos o activos de la empresa concesionaria**, que le impida realizar parte sustancial de su negocio, es válidamente un incumplimiento del concesionario, por tal razón debe permanecer dicho numeral del contrato de concesión y no ser eliminado en su totalidad como propone la empresa concesionaria.

Si el ente Concedente hace suya la opinión de OSITRAN con relación al numeral bajo comentario, es necesario considerar que no se considera subsumible en el supuesto al que se refiere el numeral 15.2.4.

d. **Conclusión**

Si el ente Concedente hace suya la opinión de OSITRAN con relación al numeral bajo comentario, es necesario considerar que no se considera subsumible en el supuesto al que se refiere el numeral 15.2.4. Por tanto, OSITRAN propone la siguiente redacción alternativa para el numeral 15.2.5:

*“15.2.5 Interdicto, Requerimiento. El Concesionario se encuentre sujeto a una orden judicial o administrativa relacionada a todo o parte de sus derechos o activos, que le impida realizar una parte sustancial de su negocio y dicha orden continúe en vigor por más de treinta (30) días calendario;”*

2.9 **Numeral 15.4 Declaración de Caducidad de la Concesión por parte del Concedente**

a. **Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 15.4 fue la siguiente:

*“15.4 Declaración de Caducidad de la Concesión por parte del Concedente. Al ocurrir cualquier incumplimiento del Concesionario mencionado en las Cláusulas anteriores y durante la continuación del mismo; **luego de observarse los plazos establecidos en las Cláusula 15.2 para la configuración del incumplimiento o para su subsanación;** el Concedente podrá dar por caduca la Concesión inmediatamente, y podrá tomar el control y la operación inmediata del Aeropuerto, así como cobrar la cantidad total de la Garantía de Fiel Cumplimiento, sin perjuicio de las demás acciones y derechos que le correspondan de acuerdo con el presente Contrato y las Leyes Aplicables”*

b. **Antecedentes específicos**

1. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N°183-07-01 del 4 de julio del 2001, mediante el cual se declara improcedente, entre otras, las propuestas de modificación del numeral 15.4.
2. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda la solicitud de modificación del concesionario es la siguiente:

***“15.4. Declaración de Caducidad de la Concesión por parte del Concedente. Al ocurrir cualquier incumplimiento del Concesionario calificado como grave en la Cláusula 15.2.1, o cualquiera de las condiciones mencionadas en los numerales que van del 15.2.2 al 15.2.8; y durante la continuación del mismo o la misma, luego de observarse los plazos establecidos en la Cláusula 15.2 para la configuración del incumplimiento o para su subsanación; el Concedente podrá dar por caduca la Concesión inmediatamente, y podrá tomar el control y la operación inmediata del Aeropuerto, así como cobrar la cantidad total de la Garantía de Fiel Cumplimiento, sin perjuicio de las demás acciones y derechos que le correspondan de acuerdo con el presente Contrato y las Leyes Aplicables.”***

**c. Análisis**

El numeral 15.2.1. está estrechamente relacionado con el numeral 15.4., ya que el numeral 15.2.1. regula los supuestos de incumplimiento de contrato, y el numeral 15.4., la declaración de caducidad del contrato de concesión que se produce como consecuencia de los incumplimientos a que se refiere el numeral 15.2

En este sentido, es necesario tomar en cuenta que la modificación que se propone para el numeral 15.4., se deriva de la modificación propuesta para el numeral 15.2.1., que OSITRAN considera aceptable, de acuerdo a lo fundamentado anteriormente en el presente informe. Se trata de una modificación necesaria para concordar dos numerales vinculados del contrato de concesión.

Con relación a la procedencia de la solicitud de modificación del numeral bajo comentario, es necesario tomar en cuenta que de acuerdo a lo establecido en el numeral 24.7. del contrato de concesión, procede presentar solicitudes de modificación contractual siempre que sea necesaria para obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido.

**d. Conclusión**

Al ser procedente y aceptable la nueva solicitud de modificación contractual del numeral 15.2.1., lo es también la modificación solicitada con relación al numeral 15.4., ya que lo propuesta por LAP se deriva de la necesidad de concordar los dos numerales del contrato de concesión a que se ha hecho referencia.

Por ello, OSITRAN considera aceptable la propuesta de modificación del numeral 15.4., tal como se propone en el proyecto de adenda.

**2.10 Numeral 15.7.2.1 Los postores para el concurso público al que se refiere esta Cláusula serán precalificados por el Concedente, o por quien éste designe.**

**a. Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 15.7.2.1 fue la siguiente:

*“15.7.2.1 Los postores para el concurso público al que se refiere esta Cláusula serán precalificados por el Concedente, o por quien éste designe, utilizando los mismos requisitos técnicos y financieros mínimos, establecidos en las Bases para otorgar la Concesión.”*

b. **Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que propone desestimar la solicitud de modificación en los términos propuestos. Sin embargo, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de requisitos mínimos, se propone la siguiente redacción alternativa: *“utilizando por lo menos los mismos requisitos técnicos y financieros mínimos, establecidos en las Bases para otorgar la Concesión.”*
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda la solicitud de modificación del concesionario es la siguiente:

*“15.7.2.1.Los postores para el concurso público al que se refiere esta Cláusula serán precalificados por el Concedente, o por quien éste designe, utilizando por lo menos los mismos requisitos técnicos y financieros mínimos, establecidos en las Bases para otorgar la Concesión.”*

c. **Análisis**

El proyecto de adenda N° 3 recoge la redacción alternativa propuesta por OSITRAN en el informe N° 022-2001.

d. **Conclusión**

Teniendo en cuenta que la propuesta de modificación del presente numeral incluida en el proyecto de adenda, incorpora la sugerencia recomendada en el Informe de la DTIT N° 022, OSITRAN se ratifica en la propuesta de redacción a que alude el referido informe.

## 2.11 Numeral 24.1 Confidencialidad

a. **Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 24.1 fue la siguiente:

*“ 24.1 Confidencialidad. .....El Concesionario, los Operadores, así como los Inversionistas Estratégicos, no divulgarán a terceras personas la información confidencial o reservada a la que se refiere la presente Cláusula, salvo que, en cada caso, cuenten con la debida autorización por escrito de OSITRAN. No*

*obstante lo anterior, el Concesionario podrá permitir el acceso a la información que le sea requerida de acuerdo con la Ley Aplicable por cualquier autoridad del mercado de valores en el cual se encuentren registradas acciones de cualquier Inversionista Estratégico, o cuando exista una orden judicial o administrativa que así lo disponga, o cuando dicha información sea requerida por los auditores o asesores o **potenciales Acreedores Permitidos** del Concesionario, quienes a su vez estarán legalmente obligados a guardar reserva sobre la información que les sea proporcionada.”*

**b. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que propone aceptar la solicitud de modificación en los términos propuestos
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda la solicitud de modificación es exactamente la misma que la solicitada mediante la comunicación del 29 de mayo del 2001 y especificada en el numeral 11.1.

**c. Análisis**

OSITRAN ha declarado procedente y aceptable la solicitud propuesta por LAP, quien ha acogido la redacción alternativa propuesta por OSITRAN. Por tanto, se mantiene la recomendación de OSITRAN al Concedente para modificar el contrato de concesión.

**d. Conclusión**

Teniendo en cuenta los antecedentes se opina favorablemente por la modificación propuesta en los términos redactados por el concesionario.

## **2.12 Numeral 26.2 Equilibrio Económico**

**a. Modificación anterior**

Mediante la Adenda N° 1 al contrato de concesión suscrita el 06 de abril del 2001, las partes acuerdan modificar, entre otros, los términos del numeral 26.2. La primera modificación consistió en incluir los cambios en las Normas como causal de ruptura del equilibrio económico, es decir “ ... *los reglamentos, directivas y resoluciones, que serán de carácter obligatorio para el Concesionario, ... que ... puede dictar OSITRAN, ...*”<sup>4</sup> pero excluyendo las referidas a temas tarifarios o que fijen infracciones y sanciones.

**b. Solicitud de LAP**

La segunda solicitud de modificación del numeral 24.1 mediante la carta del 29/05/01, contiene el texto siguiente:

---

<sup>4</sup> Cláusula 1 Definiciones, numeral 1.35 Normas

“ 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 aquéllas ~~que regulen temas referidos a tarifas o~~ que fijen infracciones o sanciones vinculadas al presente Contrato), que son aquéllas vinculadas a los actos de poder ordinario sobre la relación contractual y la prestación de servicios involucrados y que tengan 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 o Normas.

En tal caso, el Concesionario podrá, ~~cada dos años de Vigencia de la Concesión y dentro de los primeros treinta (30) días siguientes de vencido dicho plazo de cada año de Vigencia de la Concesión,~~ 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, la Vigencia de la Concesión y/o reducir el porcentaje aplicado para determinar la Retribución”.

**c. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que propone desestimar la propuestas de modificación.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Carta conjunta de la OPIC y la KfW del 6 de marzo del 2002 en la cual expresan su opinión de considerar crucial, entre otros, que el numeral 26.2 deba modificarse en los términos solicitados por LAP.
4. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda el texto de la solicitud de modificación es la siguiente:

“ 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 aquéllas ~~que regulen temas referidos a tarifas o~~ que fijen infracciones o sanciones vinculadas al presente Contrato), que son aquéllas vinculadas a los actos de poder ordinario sobre la relación

contractual y la prestación de servicios involucrados y que tengan relación a aspectos económicos financieros vinculados:

a la inversión, titularidad u operación del Aeropuerto; o

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, 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 o Normas.

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 la Vigencia de la Concesión y/o reducir el porcentaje aplicado para determinar la Retribución.

5. Carta s/n de LAP del 29 de abril del 2002, adjuntado cartas de la OPIC y de la KfW por las cuales manifiestan la necesidad de modificar, entre otros, la cláusula 26.2 en los términos propuestos en el proyecto de adenda.

d. **Análisis**

Nuestra apreciación general es que constituye la solicitud de modificación más significativa en cuanto a los efectos que tendría sobre la asignación de riesgos entre las partes establecida en el contrato.

El primer aspecto de la solicitud se refiere a la inclusión de las Normas que se refieran a tarifas como causal de ruptura del equilibrio económico. Nuestra opinión al respecto es que de aprobarse la modificación señalada significaría que cualquier normativa que emita el OSITRAN que ocasione un gasto o un menor ingreso a LAP<sup>5</sup>, cualquiera que sea el importe, podrá ser considerada causal de ruptura del equilibrio económico y por lo tanto justificar una propuesta de compensación. Es decir, la función de OSITRAN para regular el mercado de servicios aeroportuarios y supervisar el cumplimiento del contrato de concesión, se vería significativamente restringida por la facultad de LAP de alegar una ruptura del equilibrio económico.

Con relación al tema de fondo de las modificaciones que el proyecto de Addendum N° 3 contiene respecto al numeral bajo comentario, corresponde a esta gerencia analizar la eliminación de las "Normas"<sup>6</sup> "que regulen temas tarifarios" de la exclusión que contiene el numeral 26.2., relativa a las "Leyes Aplicables" y las "Normas" con relación a las cuales la empresa concesionaria puede pedir que el Estado adopte medidas para reestablecer su equilibrio económico – financiero, en el marco de lo dispuesto por el numeral 26.2.

<sup>5</sup> Exceptuando la imposición de sanciones

<sup>6</sup> Definidas en el Numeral 1.35. del contrato de concesión.

La propuesta de modificación que contiene el proyecto de Addendum N° 3, con relación al numeral 26.2., implica que el ejercicio de la función reguladora de OSITRAN, establecida en el numeral 7.1. – b) de la Ley N° 26917, numeral 3.1. – literal b) de la Ley N° 27332; y en el Artículo 24° y 27° a 31° del D.S. N° 010 – 2001 – PCM, podrá dar lugar a que la empresa concesionaria solicite al Concedente en su calidad de contraparte en la relación concesional, que adopte una medida de restablecimiento del equilibrio de su ecuación económico – financiera contractual, existente a la Fecha de Cierre.

De este modo, el ejercicio de la función reguladora de OSITRAN definida como la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito, en virtud a lo establecido por Ley, generará la adopción de un mecanismo contractual de restablecimiento, que incluye la reducción de tarifas.

El hecho que la emisión de una norma tarifaria de OSITRAN de lugar a que LAP solicite ante OSITRAN, una propuesta para que el Concedente decida aprobar una reducción de tarifas, como medida para compensar su equilibrio económico – financiero existente a la Fecha de Cierre, implica la imposibilidad de que OSITRAN pueda ejercer la función regulatoria que la ley le otorga.

Asimismo, constituye una transgresión del ámbito de competencia de OSITRAN, ya que el MTC podría, según la propuesta presentada por LAP, eventualmente aprobar una reducción de tarifas, en abierta oposición a lo dispuesto por el Artículo 28<sup>7</sup> del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante D.S. N° 010 – 2001 – PCM.

Si bien OSITRAN forma parte del Estado, que es el ente Concedente, también es cierto que dentro del Estado existen diferentes funciones, ejercidas de acuerdo a ley por distintos organismos públicos.

El contrato establece medidas contractuales de compensación entre las partes en caso de producirse Eventos de Fuerza Mayor, ruptura del equilibrio económico - financiero existente a la Fecha de Cierre, pero dichos mecanismos contractuales en modo alguno pueden constituir una forma de neutralizar el ejercicio de una función asignada por ley a un organismo del Estado, en este caso al organismo regulador.

Si la empresa concesionaria sustenta su solicitud de modificación en el hecho de que existe un potencial riesgo regulatorio que requiere minimizar para hacer financiable el proyecto concesional, es necesario considerar que el ordenamiento legal vigente ya otorga en beneficio de LAP los mecanismos de impugnación y participación en las decisiones regulatorias del organismo más amplias.

En efecto, en cumplimiento de lo establecido por el D.S. N° 124 – 2001 – PCM, OSITRAN publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Resolución de Consejo Directivo N° 003 – 2002 – CD/OSITRAN, la misma que establece el procedimiento de fijación y revisión de los tarifas que fija OSITRAN, las Audiencias Públicas en que LAP podrá participar, tanto en el proceso de la selección de la metodología para fijar las tarifas, como en la propuesta tarifaria que debe prepublicar el organismo regulador, Del mismo modo, la referida norma establece cuál es la vía legal para impugnar las normas tarifarias que emita OSITRAN.

---

<sup>7</sup> “Artículo 28.- Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Reguladora.  
La función reguladora es de competencia exclusiva del Consejo Directivo del OSITRAN.”

En consecuencia, el ejercicio de la función reguladora de OSITRAN ya cuenta con los mecanismos legales correspondientes para su eventual impugnación y no puede ser materia de compensación por parte del ente Concedente, mediante un mecanismo contractual.

Por tanto, OSITRAN considera inaceptable la propuesta de LAP para incluir las "Normas" de OSITRAN <<que regulan temas tarifarios>>, dentro de aquellas "Normas" que pueden dar lugar a que el concesionario pida al concedente que apruebe una medida para restablecer el equilibrio económico-financiero existente a la Fecha de Cierre.

Asimismo, todo el riesgo de la facultad normativa del OSITRAN, en el sentido de afectar los resultados de la empresa concesionaria, se convertiría en un riesgo político al recaer en el concedente la decisión de aprobar la propuesta de compensación. Es decir, no se elimina el riesgo regulatorio de las decisiones de OSITRAN sobre los resultados de LAP, simplemente su mitigación en términos de medidas compensatorias queda supeditada a las decisiones del MTC, que en última instancia constituye un riesgo político.

La segunda solicitud de modificación del numeral 26.2 consiste en eliminar el límite mínimo del 15% de variación en los ingresos o gastos, para considerar que el equilibrio económico se ha visto significativamente afectado. Al respecto, consideramos que no se ha sustentado técnicamente la conveniencia de reducir dicho referente porcentual, menos aún su eliminación. Más aún la existencia de un umbral es consistente con la condición de que el efecto en los resultados de LAP tiene que ser significativo y su eliminación equivaldría a considerar cualquier efecto como significativo.

La tercera modificación se refiere a la eliminación de la frecuencia mínima de dos años para argumentar ruptura del equilibrio y proponer soluciones, es decir se propone que las solicitudes puedan ser presentadas por LAP en cualquier momento. Sobre el particular, encontramos entendible la preocupación de los potenciales acreedores en la eventualidad de que los resultados del LAP se vean significativamente afectados por una acción del Estado, y el concesionario tenga que esperar no menos de dos años para iniciar el proceso de solución. Es posible que su capacidad para servir el pago de intereses y principal se vea afectada seriamente y se requiera la adopción de medidas compensatorias antes de los dos años. Por consiguiente y en consideración a la comunicación de los potenciales acreedores la única recomendación favorable de la solicitud de modificación del numeral 26.2 sería la posibilidad, cuando las circunstancias así lo ameriten, de que el concesionario pueda presentar la solicitud y propuesta de solución, antes del periodo de los dos años.

La cuarta y última modificación solicitada, se refiere a incluir la reducción en el porcentaje de retribución dentro de las medidas compensatorias propuestas por el concesionario para restablecer el equilibrio económicos, consideramos que la misma tampoco es aceptable por cuanto dicho porcentaje fue propuesto por el propio concesionario y constituye una de las principales condiciones acordadas en el contrato de concesión, ya que fue la oferta económica sobre la cual se otorgó la buena pro de la concesión. Por otro lado, la relación de medidas compensatorias explicitadas en el numeral no es taxativa, simplemente enumerativa y a título de ejemplo, es decir el texto del numeral vigente no lo prohíbe. Si las partes están de acuerdo sería posible reducir el porcentaje de retribución, por lo que consideramos adicionalmente innecesaria esta modificación.

e. **Conclusiones**

En consideración a las opiniones señaladas en los párrafos precedentes, se opina desfavorablemente por las solicitudes de modificación. Sin embargo, se propone la siguiente redacción alternativa del numeral 26.2 .

“ 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 aquéllas que regulen temas referidos a tarifas o que fijen infracciones o sanciones vinculadas al presente Contrato), que son aquéllas vinculadas a los actos de poder ordinario sobre la relación contractual y la prestación de servicios involucrados y que tengan 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 la Vigencia de la Concesión.

**Solo en el caso que la ruptura del equilibrio económico ocasionado por supuestos contemplados en los párrafos precedentes, pusiera en riesgo de quiebra o insolvencia al Concesionario, éste podrá, previa sustentación ante OSITRAN, presentar soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico, antes de los dos años.”**

## 2.13 Numerales 1 y 2 del Apéndice 2 del Anexo 3

### a. Solicitud de LAP

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del Apéndice 2 del Anexo 7, fue la siguiente:

#### “ SERVICIO DE PROTOCOLO

1 .El Concesionario mantendrá y estará a cargo de la Oficina de Protocolo del Aeropuerto, la cual será la encargada de brindar atención rápida y personalizada a las autoridades del **Estado, Autoridades Eclesiásticas y personal de Organismos Internacionales, que se detallan a continuación. Asimismo, el Concesionario brindará el Servicio de Protocolo a los miembros del Directorio y Gerencia General de CORPAC S.A. Autoridades del Estado, Consejo Directivo del Congreso de la República del Perú, Presidente de la República, y Primer y Segundo Vice-Presidentes, Presidente de la Corte Suprema, Presidentes de la Corte Superior de Lima**

**y del Callao, Miembros del Consejo de Ministros y el Vice-Ministro de Transporte, Presidente del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Presidente y Gerente General del OSITRAN, Presidente del Banco Central de Reserva, Contralor General de la República, Alcalde Metropolitano de Lima, Alcalde de la Provincia Constitucional del Callao, Director General de Aviación Civil, Director General de Migraciones, Fiscal de la Nación,,Superintendente General de Aduanas, Superintendente Nacional de Administración Tributaria, Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas, Director General de la Policía Nacional, Autoridades Eclesiásticas, Cardenal Primado, Obispo del Callao, Embajadas y Consulados acreditados en el Perú, Embajadores Extranjeros, Encargados de negocios en servicio, Organismos Internacionales acreditados en el Perú, Organización de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Comunidad Andina de Naciones.**

2.Las condiciones y responsabilidades básicas de la Oficina de Protocolo, son las siguientes:

- *Requerirá de personal debidamente calificado con capacidad organizativa integral, el mismo que deberá presentarse correctamente uniformado.*
- *Tendrá la función de facilitar en coordinación con el área de seguridad del Aeropuerto el ingreso para despedir o recibir autoridades y representantes de **los organismos a que se refiere el numeral 1 del presente Apéndice**, a zonas de acceso restringido del Aeropuerto.*
- *Contará con **un Salón de Autoridades**, que deberá encontrarse en perfecto estado de mantenimiento y equipado con los servicios necesarios para brindar una óptima atención.”*

**b. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que considera atendible la propuesta de que el servicio de protocolo cuente con sólo un salón de autoridades durante el periodo previo a la inauguración del nuevo terminal. Cuando empiece a operar el nuevo terminal, éste deberá contar con el número de salones necesario para asegurar una atención eficiente y de calidad. Asimismo, se recomienda al Concesionario realizar las gestiones necesarias ante las entidades pertinentes para lograr una definición más precisa de las personas con derecho a recibir las atenciones de protocolo.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda el texto de la solicitud de modificación es la siguiente:

**2 “SERVICIO DE PROTOCOLO**

1. ***El Concesionario mantendrá y estará a cargo de la Oficina de Protocolo del Aeropuerto, la cual será la encargada de brindar atención rápida y personalizada a Autoridades del Estado, Autoridades Eclesiásticas, y Personal de Organismos Internacionales; que estén incluidos en el listado***

**acordado entre el Concedente y el Concesionario y que será aprobado mediante Resolución Suprema emitida por el Concedente. Asimismo, el Concesionario brindará el Servicio de Protocolo a los miembros del Directorio y Gerencia General de CORPAC S.A.**

2. *Las condiciones y responsabilidades básicas de la Oficina de Protocolo son las siguientes:*

- *Requerirá de personal debidamente calificado con capacidad organizativa integral, el mismo que deberá presentarse correctamente uniformado.*
- *Tendrá la función de facilitar en coordinación con el área de seguridad del Aeropuerto el ingreso para despedir o recibir a autoridades y representantes de organismos a que se refiere el numeral 1 del presente Apéndice, a zonas de acceso restringido del Aeropuerto.*
- *Contará con **uno o más Salones de Autoridades**, que deberán encontrarse en perfecto estado de mantenimiento y equipados con los servicios necesarios para brindar una óptima atención **tanto a vuelos nacionales como internacionales.***

c. **Análisis**

Sobre el particular, estamos de acuerdo que debe precisarse o definirse la relación de autoridades y personalidades con derecho a recibir el servicios de protocolo. Sin embargo, consideramos que compete solamente al Concedente la definición de esta relación, sin que la misma deba ser acordada por el Concesionario. En segundo lugar, debe hacerse explícito que el servicio de protocolo se presta a título gratuito, puesto que el concesionario tiene la facultad de prestar los servicios aeroportuarios no regulados o comerciales, en las condiciones que estime conveniente. En tercer lugar, el concedente debe tener la discreción para utilizar el dispositivo legal mediante el cual se defina la relación de autoridades y personalidades, sin que sea necesariamente por resolución suprema.

d. **Conclusión**

Opinamos favorablemente por las modificaciones solicitadas de los numerales 1 y 2 con las precisiones siguientes:

- (i) compete exclusivamente al Concedente la definición de la relación de autoridades y personalidades, así como la selección del dispositivo legal; y
- (ii) el servicio de protocolo se presta a título gratuito.

**2.14 Numeral 2.1 del Anexo 5**

a. **Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 2.1 del Anexo 5, fue la siguiente:

*"2.1. Locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas prestados directamente por el Concesionario.*

La renta máxima de las áreas a ser utilizadas para los fines indicados a continuación será igual a las tarifas actuales de CORPAC S.A. que se detallan en el Apéndice 3 hasta el segundo año de Vigencia de la Concesión inclusive.

~~La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinado por la libre oferta y demanda. Sin embargo, y con la finalidad de garantizar la transparencia y promover la competencia, la asignación de los locales se efectuará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual será objeto de fiscalización por parte de OSITRAN. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.~~

~~Los servicios brindados actualmente son:~~

~~Los locales y/o servicios son:~~

~~Counter.~~

~~Oficinas.~~

~~Salones VIP.~~

~~Almacén/depósito.~~

~~Talleres de apoyo.~~

~~Terrenos.~~

~~Hangares.~~

~~El mecanismo de selección y contratación de los locales y/o servicios indicados, será determinado libremente por el Concesionario de acuerdo a la naturaleza y modalidad de las operaciones. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.~~

~~La Retribución de los locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas, mencionada en el punto 2.1, se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos por el Concesionario."~~

**b. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que considera atendible la solicitud del concesionario de exonerar la asignación de locales y espacios para las aerolíneas.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.
3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda el texto de la solicitud de modificación es la siguiente:

*"Locales y servicios para líneas aéreas y servicios aeronáuticos y actividades diversas prestados directamente por el Concesionario.*

*La renta máxima de las áreas a ser utilizadas para los fines indicados a continuación será igual a las tarifas actuales de CORPAC S.A. que se detallan en el apéndice 3 hasta el segundo año de Vigencia de la Concesión inclusive.*

*La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinada por la libre oferta y demanda.*

~~*La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinado por la libre oferta y demanda. Sin embargo, y con la finalidad de garantizar la transparencia y promover la competencia, la asignación de los locales se efectuará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual será objeto de fiscalización por parte de OSITRAN. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.*~~

~~**Los servicios brindados actualmente son:**~~

~~**Los locales y/o servicios son:**~~

~~Counter.  
Oficinas.  
Salones VIP.  
Almacén / depósito.  
Talleres de apoyo.  
Terrenos.  
Hangares.~~

~~**El mecanismo de selección y contratación de los locales y/o servicios indicados, será determinado por el Concesionario de acuerdo a la naturaleza y modalidad de las operaciones. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.**~~

~~La Retribución de los locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas, mencionada en el punto 2.1, se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos por el Concesionario.~~

~~**El Concesionario tendrá derecho a cobrar un precio de mercado por los servicios de Protocolo brindados a toda persona distinta de aquellas que estén incluidas en el listado publicado mediante Resolución Suprema emitida por el Concedente, a la que hace referencia el numeral 1 del Apéndice 2 del Anexo 3 del presente Contrato.”**~~

**c. Análisis**

Con relación a la modificación de incluir a las empresas que prestan servicios aeronáuticos dentro de las empresas arrendatarias de los locales y servicios prestados directamente por el concesionario; la consideramos adecuada toda vez que tiene el efecto de incluir otros servicios aeronáuticos que de acuerdo con la redacción vigente, se rigen por el régimen de tarifas de los servicios comerciales. El texto vigente del numeral limita a las líneas aéreas para estos fines, por lo que la modificación propuesta significa una mejora del contrato. Si embargo, habría que ser más específicos en la redacción y señalar expresamente que se trata de empresas que prestan estos servicios.

Respecto a la solicitud de eliminar la referencia expresa a la facultad de OSITRAN de fiscalizar los procesos de subasta para la asignación de los locales y espacios; consideramos que si bien estamos de acuerdo en que el organismo regulador no debe inmiscuirse en la gestión comercial de la concesión y que por lo tanto la obligación de realizar subastas y su fiscalización por el OSITRAN resultan excesivas; también consideramos que debe hacerse explícito en el contrato la facultad de OSITRAN de revisar los mecanismos de selección y contratación que escoja el concesionario, siempre y cuando se trate de servicios

que requieran de la facilidad esencial para la prestación de sus servicios, tal como lo establece la normativa del reglamento de acceso.

OSITRAN considera necesario, en ejercicio de su función reguladora, valorar de manera suficiente las necesidades propias de los negocios administrados por sus Entidades Prestadoras, pero debe cautelar y garantizar un acceso equitativo a la infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial<sup>8</sup> por parte de los usuarios intermedio y finales de dicha infraestructura.

Es conveniente ponderar las necesidades comerciales de la empresa, en vistas a utilizar los mecanismos más eficientes de asignación de locales para líneas aéreas, sin embargo, OSITRAN considera inaceptable excluir a LAP del ámbito de competencia del organismo, en cuanto a velar por el acceso equitativo a la infraestructura aeroportuaria calificada como facilidad esencial.

El marco regulatorio aprobado por OSITRAN - Reglamento Marco de Acceso a la infraestructura de transporte de uso público - establece que una Entidad Prestadora como LAP podrá negociar libremente las condiciones de acceso con los solicitantes, y sólo en caso de no estar en capacidad de atender todas las solicitudes de acceso debido a razones de escasez, congestión u otras razones técnicas, económicas o de seguridad, se procederá a realizar una subasta.

Sin embargo, el propio reglamento establece en el Artículo 26° que OSITRAN podrá aprobar, de oficio o a pedido de LAP, la existencia de excepciones generales o particulares al desarrollo del procedimiento y reglas previstas en el capítulo relativo al acceso a la infraestructura calificada como facilidad esencial.

Así, nada en el marco regulatorio impide que la asignación de locales y servicios para líneas aéreas se excluya del mecanismo de la subasta, pero previa evaluación caso por caso por parte de OSITRAN.

Respecto a la inclusión del párrafo sobre el derecho del Concesionario de cobrar un precio por el servicios de protocolo prestado al público en general; la consideramos fuera de lugar e innecesaria en primer lugar, porque el servicio de protocolo es objeto de otro numeral y en segundo lugar porque si el servicio es facturado no constituye protocolo tal como se define el contrato. Por ultimo, el concesionario tiene la libertad de prestar los servicios no regulados en las condiciones que mejor le parezcan.

Por otro lado, tomando en cuenta que se está evaluando la modificación del Anexo N° 5 del contrato de concesión, OSITRAN considera conveniente recomendar al ente Concedente la modificación del quinto y último numeral de capítulo de "Condiciones Generales" del Anexo 5<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Definida en el "Reglamento marco de Acceso a la infraestructura de transporte de uso público", como aquella: "instalación, función o infraestructura de transporte que:

- a) es exclusiva o predominantemente provista por un único o un limitado número de proveedores; y
- b) no es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio."

<sup>9</sup> Cuya redacción actual es la siguiente: "5. La fiscalización por parte de OSITRAN de los procesos de subasta y contratación con terceros a que hace referencia el presente Anexo comprende, sin limitarse, la aprobación de las Bases, la fijación de precios base y demás condiciones de contratación, así como la supervisión de la ejecución de estos procesos. Esta fiscalización buscará cautelar los intereses del Concedente y de CORPAC S.A., así como la libre concurrencia de postores."

En efecto, dicho numeral constituye una medida extrema de intervención por parte del organismo regulador, ampliándose a través del contrato el ámbito de su competencia. OSITRAN considera necesario hacer una modificación de dicho numeral, de manera acorde con su obligación de velar por el acceso a la infraestructura aeroportuaria que ha sido calificada como **Facilidad Esencial**, en ese sentido, propone de oficio, al ente concedente, que evalúe - por las razones expuestas - la conveniencia de modificar dicho numeral.

Asimismo y bajo la misma argumentación de consistencia con la opinión sobre los cambios propuestos para el numeral 2.1 del anexo 5, se considera necesario modificar el numeral 2.3 del mismo anexo, referida a los locales y servicios comerciales.

**d. Conclusiones**

En consecuencia con los argumentos esgrimidos se propone la siguiente redacción alternativa:

*“Locales y servicios para líneas aéreas y otras empresas que prestan **servicios aeronáuticos**, y actividades diversas prestados directamente por el Concesionario.*

*La renta máxima de las áreas a ser utilizadas para los fines indicados a continuación será igual a las tarifas actuales de CORPAC S.A. que se detallan en el apéndice 3 hasta el segundo año de Vigencia de la Concesión inclusive.*

*La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinada por la libre oferta y demanda.*

~~**La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinado por la libre oferta y demanda. Sin embargo, y con la finalidad de garantizar la transparencia y promover la competencia, la asignación de los locales se efectuará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual será objeto de fiscalización por parte de OSITRAN. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.**~~

~~**Los servicios brindados actualmente son:**~~

~~**Los locales y/o servicios son:**~~

~~Counter.  
Oficinas.  
Salones VIP.  
Almacén / depósito.  
Talleres de apoyo.  
Terrenos.  
Hangares.~~

**El mecanismo de selección y contratación de los locales y/o servicios indicados, será determinado por el Concesionario de acuerdo a la naturaleza y modalidad de las operaciones, previa evaluación y aprobación por parte de OSITRAN en el marco de lo establecido por la regulación de la infraestructura aeroportuaria que haya sido calificada por OSITRAN como **Facilidad Esencial**. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.**

*La Retribución de los locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas, mencionada en el punto 2.1, se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos por el Concesionario.*

Asimismo, con fines de concordancia y consistencia, se propone la siguiente redacción alternativa de los numerales 5 y 2.3:

**“5. La fiscalización por parte de OSITRAN de los procesos de subasta y contratación con terceros a que hace referencia el presente Anexo, se realizará en aquellos casos en que la infraestructura aeroportuaria involucrada en cada caso, haya sido calificada como *Facilidad Esencial* por el marco regulatorio correspondiente, y en aplicación de los principios y procesos establecidos en la regulación de ese tipo de infraestructura aeroportuaria. Esta fiscalización buscará generar beneficios para los usuarios del Aeropuerto, por la vía de una mayor competencia o de una operación que se asemeje, de la mejor manera posible, a los resultados que arrojaría una real y efectiva competencia.”**

### **2.3 Locales y Servicios Comerciales**

*La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios, será determinado por la libre oferta y demanda. El Concesionario queda en libertad para establecer esta renta como un monto fijo y/o como un porcentaje de las ventas del establecimiento comercial. Sin embargo, y con la finalidad de garantizar la transparencia y promover la competencia, ~~la asignación de los locales se tendrá que hacer mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual será objeto de fiscalización por parte de OSITRAN podrá realizar una supervisión “ex post” de los procesos de selección.~~*

## **2.15 Numeral 2.4 del Anexo 9**

### **a. Solicitud de LAP**

La modificación solicitada por el concesionario mediante la carta del 29/05/01, del numeral 2.4 del Anexo 9, fue la siguiente:

**“2.4. CORPAC S.A. - Oficina de Protocolo.**

*El Concesionario deberá brindar las atenciones protocolares que correspondan a aquellas personas que CORPAC S.A. le indique. Para lo cual permitirá que personal de CORPAC S.A. ingrese a las instalaciones que para estos fines tenga en el Aeropuerto.*

~~*Las atenciones protocolares deberán de estar de acuerdo con lo indicado en el Apéndice 2 del Anexo 3.”*~~

***El Concesionario brindará las atenciones protocolares que correspondan a aquellas personas consideradas en el numeral 1 del Apéndice 2 del Anexo 3.”***

### **b. Antecedentes específicos**

1. Informe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales (DTIT) N° 022-2001 del 8 de noviembre del 2001, que se reitera en el análisis y conclusiones desarrollados para la propuesta de modificación de los numerales 1 y 2 del Apéndice 2 del anexo 3 precedente, es decir recomienda realizar las gestiones necesarias ante las entidades pertinentes para lograr una definición más precisa de las personas con derecho a recibir las atenciones de protocolo.
2. Acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN N° 226-77-01 del 14 de noviembre del 2001, por el cual se aprueba el Informe de la DTIT N° 022-2001-OSITRAN.

3. Correo electrónico del 19 de abril de 2002, de la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, remitiendo proyecto de borrador de la Adenda N° 3, con el fin de que OSITRAN remita sus comentarios. En dicho proyecto de adenda el texto de la solicitud de modificación es la siguiente:

“2.4. CORPAC S.A. – Oficina de Protocolo.

***El Concesionario brindará las atenciones protocolares que correspondan a aquellas personas de CORPAC S.A. consideradas en el numeral 1 del Apéndice 2 del Anexo 3 del presente Contrato.”***

c. **Análisis**

Al respecto, se considera que la existencia de este numeral es innecesaria por cuanto la redacción original establece el derecho de los funcionarios de CORPAC de recibir los servicios de protocolo, mientras que nuestra opinión es que la reglamentación del servicio, especialmente sobre las autoridades y personalidades con derecho al mismo, debe estar circunscrita a lo establecido en el Apéndice 2.

d. **Conclusión**

Consecuentemente nuestra opinión es simplemente se elimine este numeral por ser innecesario.

**3 Propuesta de Oficio de OSITRAN**

**3.1 Numeral 2.2. del Anexo 5 del contrato de concesión**

a. **Análisis**

1. Dicho numeral del Anexo 5 se refiere a la Carga Aérea, y regula el pago por uso de instalaciones en el Aeropuerto. La redacción vigente de dicho numeral es la siguiente:

“2.2. Carga Aérea

*El pago por concepto de uso de instalaciones en el Aeropuerto se mantendrá de acuerdo a lo estipulado en el cuadro del Apéndice 1, Punto 3, hasta el segundo año de vigencia de la concesión inclusive; y luego se ajustará anualmente, previa autorización por parte de OSITRAN, de manera tal que no afecte la competitividad entre los depósitos externos e internos. El ajuste de la presente tarifa deberá permitir el desarrollo de depósitos de carga dentro del Aeropuerto.*

(...)”

2. De acuerdo a lo estipulado en el cuadro del Apéndice 1, Punto 3, las tarifas son las siguientes:

“3. Uso de Instalaciones.

*Derecho que se aplica a la carga aérea nacional e internacional, por concepto de uso de instalaciones en el Aeropuerto. Esta tarifa tendrá los valores mencionados en la siguiente tabla:*

Años	2000	2001	2002
------	------	------	------

US \$ / Kg.	US \$ 0.01	US \$ 0.01	US \$ 0.02”
-------------	------------	------------	-------------

3. Como se puede ver de la redacción actual de dichos numerales del Anexo N° 5, si bien el numeral 2.2. hace alusión a que <<el pago por concepto de uso de instalaciones en el Aeropuerto se mantendrá (...) hasta el segundo año de vigencia de la concesión inclusive>>, también es cierto que dicho numeral señala que ello ocurrirá <<de acuerdo a lo estipulado en el cuadro del Apéndice 1, Punto 3>>, y dicho cuadro establece valores para el año 2000, cuando la vigencia de la relación contractual surte sus efectos desde el 14 de febrero de 2001 en adelante, razón por la cual no se puede asignar valor jurídico al cuadro correspondiente al Año 2000.
4. Por ello, aunque OSITRAN valoró la inconsistencia entre el numeral 2.2. del Anexo 5 y el cuadro del numeral 3 del Apéndice 1 del Anexo N° 5, consideró que no había forma válida de impedir que LAP cobre US \$ 0.02 por derecho de uso de instalaciones en el año 2002, tal como claramente lo señala el referido cuadro.
5. Sin embargo, con el fin de estar en capacidad de aplicar lo que fallidamente constituyó el espíritu del numeral 2.2. de Anexo N° 5 del contrato de concesión, OSITRAN considera pertinente solicitar al ente concedente evalúe la conveniencia de corregir la inconsistencia que existe en los numerales bajo comentario, con el fin de hacer jurídicamente posible que los usuarios de los servicios de carga aérea puedan pagar - desde la fecha de suscripción del Tercer Addendum en adelante, y hasta que OSITRAN fije la tarifa por el uso de instalaciones en el Aeropuerto para prestar el servicio de carga aérea, en el año 2004 – durante el segundo año de vigencia de la concesión, la tarifa que LAP cobró durante el primer año de vigencia de la concesión del contrato, tal como pretende de manera imperfecta el numeral 2.2. del Anexo 5.
6. Confirmación de lo dicho en el numeral anterior constituyen las declaraciones vertidas por el entonces Presidente Ejecutivo de la CEPRI Alberto Pasco-Font, ante la Comisión de Infraestructura y Transporte el 7 de febrero del 2001, cuando dice textualmente “ *La tarifa a la cual entiendo hacen mención, ....., es la tarifa de carga, es primero y segundo año, los dos primeros años permanecen constante tal y como siempre ha sido, eso no ha cambiado en el contrato; o sea, hay un error, dice, claro, dice, 2000, 2001, 2002, pero se refiere al primer año, segundo año, tercer año de la concesión.*

*..... Pero eso no ha cambiado señor Presidente, sigue siendo congelada la tarifa al nivel actual durante los dos primeros año. Hay un error de interpretación en la lectura, que se ha quedado 2000, 2001, 2002, pero e el anexo se aclara, es el primer año, el segundo año, el tercer año de la concesión.”*

#### **b. Conclusión**

De ese modo, con el fin de resguardar los intereses de los usuarios del mencionado servicio, que se ven afectados por la inconsistencia contractual que se ha explicado, OSITRAN propone al ente concedente que evalúe la conveniencia de introducir las siguientes modificaciones al Anexo 5:

##### **“2.2. Carga Aérea**

***Para el pago por concepto de uso de instalaciones en el Aeropuerto se aplicará ~~mantendrá de acuerdo a~~ lo estipulado en el cuadro del Apéndice 1, Punto 3, hasta el tercer segundo año de vigencia de la concesión inclusive; y luego se ajustará anualmente, previa autorización por parte de OSITRAN, de manera tal***

que no afecte la competitividad **del servicio entre los depósitos externos e internos**. El ajuste de la presente tarifa deberá permitir el desarrollo de depósitos de carga dentro del Aeropuerto, **en condiciones de competencia con los depósitos externos.**”

(...)”

### “3. Uso de Instalaciones.

*Derecho que se aplica a la carga aérea nacional e internacional, por concepto de uso de instalaciones en el Aeropuerto. Esta tarifa tendrá los valores mencionados en la siguiente tabla:*

Años	2001	2002	2003
US \$ / Kg.	US \$ 0.01	US \$ 0.01	US \$ 0.02”

## 4. Compensaciones

OSITRAN considera de la mayor importancia poner énfasis en que de acuerdo a lo establecido por el marco legal vigente, específicamente el Artículo 33° del TUO - Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, aprobado mediante D.S. N° 059 – 96 – PCM – el Estado está facultado a modificar el contrato de concesión, pero siempre que se pueda acreditar que existe sustento relativo a la conveniencia de modificar la concesión y procurando las partes respetar en lo posible:

- La naturaleza de la concesión
- Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas
- El equilibrio financiero de ambas partes.

En ese sentido, siempre que no se trate de una modificación que atiende a corregir un error material o sustancial del contrato, el ente concedente deberá considerar que existen unas condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas con la suscripción del contrato, y por ende, debe tomar en cuenta a qué Parte beneficia cada cambio que se aprueba introducir, con relación a las condiciones vigentes a la fecha de la suscripción de contrato.

Con ese fin, OSITRAN considera necesario proponer al Concedente las siguientes medidas compensatorias para el Estado, como alternativas para el proceso de negociación con LAP a cargo del MTC:

1. Medidas para reducir el riesgo potencial de incumplimiento contractual por parte del Estado, consistente en la no entrega al Concesionario de los terrenos necesarios para las obras de ampliación del AIJCH. Entre las medidas que se sugiere están: La ampliación del plazo para la entrega de los terrenos y la modificación de la obligación del Estado de entregar todos los terrenos debidamente saneados (Anexo 11).
2. Establecer la obligación de que el Concesionario contrate a la o las empresas encargadas de realizar las obras de construcción de las Mejoras, a través de un concurso a suma alzada.
3. Asunción por parte de LAP, de los costos de los daños ambientales generados por el Concedente antes de la Fecha de Cierre, de conformidad con lo establecido por la cláusula 18 del contrato de concesión.

4. Compromiso de LAP para la ejecución de encuestas de percepción de la satisfacción de los usuarios del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en coordinación con OSITRAN respecto al contenido y oportunidad de la ejecución de dichas encuestas.
5. Mayor metraje para áreas que corresponden a las Autoridades Gubernamentales a que alude el Anexo 9.
6. Instalación de un sistema de aire acondicionado en el edificio del terminal de pasajeros del AIJCH.

**Armando Chamorro**  
Gerente de Estudios Económicos

REG.SAL-GRE-72-02