

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 032-2005-CD-OSITRAN

Lima, 20 de junio de 2005

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTO:

El Informe Nº 039-05-GAL-OSITRAN, relativo al Recurso de Reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L. en contra del Acuerdo Nº 624-164-05-CD-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 03 de enero de 2005, LAP remite a OSITRAN la Carta LAP-GCCO-2004-00112, en la cual solicita la conformidad de OSITRAN para aplicar el mecanismo de reducción del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato de concesión, establecido en la Cláusula Décima. Para tal efecto, planteó una reducción del monto de dicha garantía hasta la suma de US \$ 18'000,000.00, señalando que las Mejoras Obligatorias a su cargo eran únicamente las realizadas a efectos de cumplir con la inversión de US \$ 110'000,000.00 (antes del 14-02-05), y la construcción de la segunda pista de aterrizaje.

LAP basó tal planteamiento, en una interpretación del contrato de concesión según la cual, el contrato de concesión no detalla de manera taxativa las Mejoras Obligatorias que debía ejecutarse en el "Período Inicial"; habiéndose únicamente establecido compromisos de inversión de US \$ 25'000,000.00 (al 14-02-04); US \$ 80'000,000.00 (al 14-08-04); y, US \$ 110'000,000.00 (al 14-02-05). Del mismo modo, señaló que respecto a las Mejoras Obligatorias que debía ejecutar en el "Período Remanente", el contrato de concesión únicamente hacía referencia a la pista de aterrizaje.

2. Con fecha 18 de enero de 2005, LAP remite a OSITRAN la Carta LAP-GCCO-2005-00003, en la que realiza un nuevo planteamiento con relación a la solicitud a que se refiere el numeral precedente. Para tal efecto, plantea una reducción del monto de dicha garantía, esta vez hasta la suma de US \$ 21'100,000.00.

Rectificándose de su posición inicial, LAP señaló que de acuerdo a una posición extrema (que no compartía pero aceptaba), podía interpretarse que las Mejoras Obligatorias del "Período Inicial" eran todas las que estuvieran contenidas en el Anexo 6, para ser ejecutadas en dicho período, sin contar el Hotel, que es una Mejora Complementaria.

Sin embargo, LAP señaló que con relación al "Período Remanente", la única Mejora Obligatoria que tenía para con el Estado Peruano era la segunda pista

de aterrizaje, y que el Anexo 6 del contrato de concesión no había previsto ninguna otra Mejora Obligatoria a ser ejecutada en dicho período.

3. Con fecha 29 de marzo de 2005, se adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 624-164-05-CD-OSITRAN, aprobando el Informe N° 066-GG-I1-OSITRAN. En consecuencia, el Consejo Directivo de OSITRAN determinó lo siguiente:

< En consecuencia, serán consideradas como “Mejoras Obligatorias” de acuerdo a los términos del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, los Proyectos señalados en la Tabla 4 del Anexo 6 del Contrato de Concesión para la Etapa Inicial y Período Remanente de Vigencia de la Concesión, con excepción del “Proyecto Hotel” y las inversiones en mantenimiento que se efectúen únicamente para incrementar la vida útil de los bienes de la concesión.>>

4. Con fecha 08 de abril de 2005 y mediante Oficio Circular N° 031—05-GG-OSITRAN, se notificó a LAP el Acuerdo de Consejo Directivo N° 624-164-05-CD-OSITRAN y el Informe N° 066-GG-I1-OSITRAN.
5. Con fecha 29 de abril último, LAP presenta ante OSITRAN un recurso de Reconsideración en contra del precitado Acuerdo, con base a lo establecido en los Artículos 206° y 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
6. Con fecha 10 de junio se remite a LAP el Oficio N° 188-05-GG-OSITRAN, para mejor resolver la reconsideración antes mencionada, requiriendo a LAP identificar los triggers (o consideraciones relativas al volumen de tráfico u otras), que califican efectivamente cada una de las Mejoras del Período Remanente, como “Mejoras Eventuales”, de conformidad con lo establecido en el Numeral 1.33 de la Cláusula Primera, el Anexo N° 19 del contrato de concesión, lo establecido en los Numerales 6.6.3.1.1. y 6.6.1.2. de las Bases de la Licitación Pública Internacional del AIJCH, así como lo establecido en la Sección 3.0 del Anexo 6 (Términos de Referencia Técnicos) de las Bases.
7. Con fecha 13 de junio, LAP remite a OSITRAN una comunicación en la que señala que en su opinión no existe vinculación entre lo solicitado por OSITRAN y la determinación de cuáles son Mejoras Obligatorias, según lo establecido en el contrato de concesión. Asimismo, solicita que se le otorgue una ampliación del plazo de presentación, de quince (15) días hábiles adicionales.

II. **BASE LEGAL:**

- 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 de servicios públicos (TUO), aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1996.
- Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público; se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público; publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 1998.
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).
- D.S N° 010-2001-PCM, Reglamento General de OSITRAN; publicada en el Diario Oficial el 07 de febrero de 2001.
- Contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.

- “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión”, aprobado mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN. (Lineamientos).

III. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO PRESENTADO:

1. Tal como se mencionó, LAP solicitó mediante recurso de Reconsideración, que OSITRAN establezca la interpretación “correcta” del contrato de concesión del AIJCH.

La admisibilidad y procedencia del recurso presentado por LAP deben ser evaluadas en función de las normas que regulan la presentación de recursos administrativos.

2. En cuanto al plazo de presentación, el Numeral 207.2 de la LPAG establece que los recursos impugnativos deben ser interpuestos dentro del plazo de quince días a partir de su notificación.

En el presente caso y tal como se mencionó, la notificación a LAP se realizó el día 08 de abril de 2005. El plazo de quince días a que se ha hecho referencia, venció el 29 de abril de 2005, por lo que el recurso impugnativo ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido para tal efecto.

3. Teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 206°, 207° y 208° de la LPAG, con relación a los requisitos concurrentes que son necesarios para la interposición válida del recurso de reconsideración, es necesario señalar lo siguiente:
 - a. LAP presentó el recurso ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - b. LAP no ha presentado nueva prueba, puesto que se trata de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.
 - c. LAP interpuso el recurso dentro del plazo de quince (15) días legalmente previstos.
 - d. Los efectos de la resolución impugnada se aplican directamente sobre la empresa concesionaria, como titular del derecho de explotación del AIJCH, por lo que ostenta legítimo interés para solicitar la reconsideración.
4. En consecuencia, el recurso de reconsideración de LAP cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia que establece la LPAG.

IV. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE LAP:

Los principales argumentos del recurso de Reconsideración presentado por LAP en contra del Acuerdo N° 624-164-05-CD-OSITRAN (en adelante simplemente el Acuerdo), son los siguientes:

1. La motivación del Acuerdo no se desprende de la interpretación efectuada por OSITRAN. El Acuerdo y el informe que éste aprueba, no atienden a los principios de interpretación establecidos en los Lineamientos.
2. Al sostener que todas las Mejoras a cargo de LAP son Obligatorias, sin atender a la existencia de flujos de pasajeros u otro factor que justifique la construcción

de la infraestructura, OSITRAN adoptó una decisión ineficiente que no mide el impacto de la misma en el Concesionario y los usuarios.

3. La calificación de todas las Mejoras como Obligatorias efectuada por OSITRAN, sin tomar en consideración criterios comerciales o económicos que lo sustente, implica una modificación unilateral del contrato de concesión, contraviniendo lo señalado en los Lineamientos y afectando el equilibrio económico del contrato de concesión.
4. El Anexo 6 del contrato de concesión no califica expresamente ninguna Mejora como “Obligatoria”, “Complementaria” o “Eventual”, ya sea para el Período Inicial o Remanente. De las Mejoras a ejecutarse en el Período Remanente, con exclusión de la Pista de Aterrizaje, son todas Mejoras “Eventuales”.

V. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- A. ¿Cómo se califican las Mejoras Obligatorias, Complementarias o Eventuales a cargo de LAP, de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del AIJCH?:

1. La empresa concesionaria ha solicitado la conformidad de OSITRAN para reducir el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato de concesión, con base a una interpretación del contrato de concesión relativa a lo que dicha empresa considera que son las únicas Mejoras Obligatorias a su cargo frente al Estado Peruano.
2. Al respecto, con el fin de ejercer la función de interpretación de los contratos de concesión a que se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917, es necesario considerar que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 3° de dicha norma, forma parte de la misión de OSITRAN, el cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.
3. En ese marco, lo primero que se debe señalar respecto a la posición planteada por LAP, es que el Numeral 1.31 del contrato de concesión define expresamente qué es una “Mejora”, en términos generales y los Numerales 1.32, 1.33 y 1.34, definen específicamente qué se debe entender por una “Mejora Complementaria”, una “Mejora Eventual” y una “Mejora Obligatoria”, respectivamente, para efectos de la ejecución del contrato de concesión y durante toda la vigencia de éste.

En ese sentido y de conformidad con el principio de interpretación sistemática del contrato, a que se refieren los Lineamientos, así como el Numeral 24.12 del contrato de concesión; es claro que las definiciones específicas de la Cláusula Primera son plenamente aplicables a lo establecido en el Numeral 5.6 (relativo a las “Mejoras”, en general) y el Numeral 5.7 (relativo a la ejecución de todas las “Mejoras”) y especialmente a lo establecido en el Anexo 6 (Propuesta Técnica) del contrato de concesión.

4. En ese orden de ideas y de acuerdo a lo que ha reconocido la propia empresa concesionaria, se debe tomar en cuenta que las Mejoras del Anexo 6 sólo pueden ser o Mejoras “Obligatorias”, o “Eventuales” o “Complementarias”, siendo que los proyectos de inversión de la Propuesta

Técnica necesariamente deberán pertenecer a una de estas tres categorías.

En esa línea, se debe considerar que es de conformidad con los criterios de calificación contenidos en los Numerales 1.32, 1.33 y 1.34 de la Cláusula Primera, que se “tipifica” a qué categoría de Mejora pertenecen todas y cada una de las Mejoras contenidas en la Propuesta Técnica de LAP, tanto para el Período Inicial como para el Período Remanente de la concesión.

5. Considerando lo establecido en el contrato de concesión, se debe tomar en cuenta que la simple afirmación de LAP, en el sentido que todas las Mejoras del Período Remanente de Vigencia de la Concesión son “Mejoras Eventuales” no es concluyente en modo alguno, pues para tal efecto, LAP tendría que haber cumplido con identificar en cada caso, el trigger que efectivamente califica cada Mejora como Eventual, en cumplimiento de lo establecido en el Numeral 1.33.

En su recurso de Reconsideración, LAP cuestiona la interpretación efectuada por el Consejo Directivo, sin aportar ninguna prueba de que las Mejoras del Período Remanente efectivamente responden a un trigger relacionado al volumen de tráfico u otros. Del mismo modo, se debe señalar que OSITRAN ha cumplido con aplicar la interpretación sistemática del contrato de concesión, de acuerdo a los Lineamientos y al Numeral 24.12 del contrato de concesión.

B. ¿Cuál es la necesidad de la actuación probatoria establecida por OSITRAN?

6. El Artículo 162.2 de la LPAG establece lo siguiente:

<<Artículo 162.- Carga de la prueba

162.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.>>

7. Actuar los medios de prueba dirigidos a verificar la verdad de los hechos invocados por administrados; es una obligación de la Administración, de conformidad con el deber de oficialidad imperante en el proceso administrativo. En los casos de procedimientos de reclamación, recursales o iniciados a instancia de parte, el interés en producir, actuar y analizar la prueba concierne a los administrados como componente del debido proceso administrativo.

Juan Carlos Morón Urbina, en “Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”¹, señala lo siguiente:

<<Oficialmente la indagación de los hechos es una tarea exclusiva de la Administración. Sin embargo, la doctrina liberal a influenciado para que durante la sustanciación de los

¹ En pag. 349.

procedimientos de parte, tratándose de pruebas documentales, se limite esa oficialidad, mediante la voluntariedad de los administrados.

(...)

Pero en todo supuesto posible, la Administración debe actuar con su natural interés en que los hechos instruidos sean verdaderos, no sólo por respecto a su obligación antes citada sino por la necesidad de que sus decisiones se basen en la certeza>>.

8. En su recurso impugnativo, LAP señala erradamente que OSITRAN calificó las Mejoras de manera equivocada. Sin embargo, somos de la opinión que LAP parte de una premisa equivocada, pues cuando el propio contrato de concesión o las Bases no califican una Mejora expresamente, tal calificación compete únicamente al concesionario (por cierto, dentro de lo establecido por las Bases y el contrato de concesión). Dicha calificación en principio, ha tenido que ser establecida por LAP en el proceso licitatorio, con el fin de entregar una Propuesta Técnica clara al Estado.

En atención a ello y para mejor resolver la reconsideración antes mencionada, OSITRAN requirió a LAP para que señale ante OSITRAN los triggers que de acuerdo al Numeral 1.33 y Anexo 19 del contrato de concesión, tipificarían cada una de las Mejoras del período remanente como Eventuales y por ejemplo, no como una Mejoras Complementarias (en caso responda a la prestación de servicios comerciales, hoteleros u otros) o finalmente como mejoras Obligatorias (si debe efectuarse necesariamente sin considerar ningún criterio).

9. En tal virtud, de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión, con el fin de que LAP pruebe que todas las Mejoras del Período Remanente son Mejoras Eventuales, debió señalar ante OSITRAN los triggers que tipifican dichas Mejoras como tales.

Asimismo, se debe señalar que LAP ha efectuado una interpretación equivocada con relación a la necesidad del requerimiento efectuado por OSITRAN, pues tal requerimiento no guarda relación con la exigibilidad de las Mejoras por parte del Estado (cosa que no es materia de discusión en el presente caso), **sino con la necesidad de probar que éstas Mejoras son Eventuales y no Complementarias u Obligatorias.**

10. Es por ello que el fundamento jurídico de la impugnación de LAP no genera certeza a OSITRAN, pues la simple afirmación de la empresa concesionaria, que no ha cumplido con probar la tipificación de las Mejoras del Período remanente como Eventuales, carece del sustento suficiente para que se revoque la interpretación efectuada por OSITRAN.

C. Obligatoriedad de los plazos y términos dentro del procedimiento administrativo de interpretación del contrato de concesión:

11. Con relación a la solicitud de LAP para que se le otorgue una prórroga al plazo de presentación del informe probatorio requerido, se debe considerar que de acuerdo al Artículo 35º y 142º de la LPAG, no puede exceder de treinta días el plazo que transcurra desde que es iniciado un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta aquel en que sea dictada la resolución respectiva.

12. Es por ello que, considerando que la tipificación de las Mejoras tendría que haber sido determinada por LAP incluso antes de la vigencia del contrato de concesión, y que dicha información corresponde a la empresa concesionaria conocer y presentar; se otorgó a ésta el plazo de 3 días a que se refiere el Artículo 39° del Reglamento General de Supervisión, relativo a los plazos para la entrega de información requerida por OSITRAN.
13. En tal virtud, no es posible otorgar a LAP el plazo de quince días hábiles adicionales solicitados, pues de lo contrario, OSITRAN incurriría en responsabilidad administrativa, de acuerdo a lo que establece el Artículo 143° de la LPAG
14. Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que LAP tiene el derecho de iniciar un nuevo procedimiento administrativo de interpretación del contrato de concesión, una vez que determine ante OSITRAN, los triggers (o criterios relativos al volumen de tráfico u otros), que califican las Mejoras del Período Remanente como “Eventuales”; con base a lo establecido en el Artículo 106°, relativo al derecho de petición administrativa y lo establecido en el Numeral 189.2 de la LPAG (aplicable a *contrario sensu*).

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar el recurso de Reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L. en contra del Acuerdo N° 624-164-05-CD-OSITRAN, dejando a salvo el derecho de la empresa concesionaria para iniciar un nuevo procedimiento administrativo de interpretación del contrato de concesión, en cuanto cuente con los medios de prueba a que se ha hecho referencia.

Artículo 2°.- Comunicar la presente resolución a la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de ente concedente.

Artículo 3°.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente