



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 22 de diciembre de 2010

Nº 050-2010-CD-OSITRAN

VISTOS:

La Carta Nº LAP-GCCO-C-2009-00116, de fecha 12 de agosto de 2009, remitida por la empresa Concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), los Oficios Nos. 780-2010-MTC/25, de fecha 26 de mayo de 2010, y 1995-2010-MTC/25, de fecha 29 de noviembre de 2010, remitidos por la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Informe Nº 040-10-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 17 de diciembre de 2010, emitido por las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal; y, oído el Informe Oral formulado por LAP con fecha 20 de julio de 2010; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal han presentado al Consejo Directivo el Informe de Vistos, que analiza la Solicitud de Interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, presentada por LAP;

Que, en relación al Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, la empresa concesionaria LAP ha solicitado se interprete el primer párrafo de dicho Numeral, en el sentido que se definan los conceptos de los términos "Cantidades de Obra" y "Desagregado de Precios Unitarios", para efectos del reconocimiento de las inversiones realizadas en las Mejoras del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez;

Que, respecto de la Solicitud de Interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha emitido opinión, señalando que, "... cualquiera sea la forma de contratación que haya adoptado el Concesionario, los Expedientes Técnicos de las Mejoras deben contar con los elementos suficientes que permitan cuantificar el monto de la inversión, es decir un presupuesto conteniendo todas las partidas propias de la respectiva obra, el Desagregado de Precios Unitarios y Cantidades de Obra (metrados), así como los respectivos Gastos Generales y Utilidad, lo que permitirá la verificación de la inversión realizada en las Mejoras, dando cumplimiento a la obligación contenida en el marco del Contrato de Concesión";



Página 1 de 3



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

Que, los términos "Cantidades de Obra" y "Desagregado de Precios Unitarios", señalados en el Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión implican que el Concedente tenga una mayor certeza de los montos de evaluación de la inversión en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, al tener una mejor herramienta de supervisión en la construcción de las mejoras comprometidas por el Concesionario;

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, en consecuencia, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, y el literal d) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 372 de fecha 21 de diciembre de 2010;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Interpretar el primer párrafo del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en los términos siguientes:

>> Las "Cantidades de Obra" que el Concesionario debe presentar a OSITRAN para sustentar los montos derivados de la construcción de Mejoras son aquellas cantidades o magnitudes de unidades de trabajo requeridas a efectos de completar una obra determinada; en tanto que, los "Desagregados de Precios Unitarios" son aquellas listas o detalles de los precios unitarios correspondientes a cada una de las partidas o actividades necesarias para completar una determinada obra. Sin perjuicio de esto último, cuando OSITRAN requiera información adicional vinculada únicamente al "Desagregado de Precios Unitarios", LAP estará obligada a presentar dicha información, cualquiera sea la forma o modalidad de contratación que haya adoptado. >>

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 040-10-GS-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Ente Concedente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

Artículo 3.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.



JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal PD N° 26509-10



CON LA CONFORMIDAD DE ESTE DESPACHO, PASE A
FONTEO DIRECTIVO, PARA APROBACIÓN.
17.12.10.



INFORME N° 040-10-GS-GAL-OSITRAN

Para : **CARLOS AGUILAR MEZA**
Gerente General

De : **LUIGI D'ALFONSO CROVETTO**
Gerente de Supervisión (e)

ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Solicitud de Interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Referencia: 1) Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00116
2) Oficio N° 780-2010-MTC/25
3) Informe Oral presentado por LAP con fecha 20 de julio de 2010
4) Oficio N° 1995-2010-MTC/25

Fecha : 17 de diciembre de 2010

I. ANTECEDENTES:

1. El 12 de agosto de 2009, mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00116, Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante LAP) presentó una solicitud de interpretación del Numeral 5.7.3. de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).
2. El 18 de agosto de 2009, mediante el Oficio N° 097-09-GRE-OSITRAN, se remitió la solicitud de interpretación señalada anteriormente al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para los fines que sean pertinentes.
3. El 26 de noviembre de 2009, mediante Oficio No. 4255-09-GS-OSITRAN, se solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su condición de Concedente del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, para que emita opinión respecto de la solicitud de interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.
4. El 14 de diciembre de 2009, mediante el Oficio N° 421-09-GG-OSITRAN, se le reiteró al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la emisión de opinión sobre la solicitud de interpretación presentada por LAP.
5. El 26 de mayo de 2010, mediante el Oficio N° 780-2010-MTC/25, la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió opinión sobre la solicitud de interpretación del Numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión del AIJCH, para lo cual acompañó los Informes No. 048-2010-MTC/12.08.DAE de la Dirección General de Aeronáutica Civil y No. 163-2010-MTC/25 del Área Técnica de la Dirección General de Concesiones en Transportes.



6. El 24 de junio de 2010, con Carta LAP-GCCO-C-2010-00084, LAP, a efectos que el Consejo Directivo de OSITRAN cuente con elementos de juicio suficientes para la emisión de su pronunciamiento final respecto de su solicitud de interpretación, pidió que se les conceda el Uso de la Palabra.
7. El 16 de julio de 2010, mediante Oficio N° 022-10-SCD-OSITRAN, se invitó al Concesionario y al Concedente a exponer oralmente sus argumentos, respecto de su solicitud de interpretación, a realizarse durante la Sesión del Consejo Directivo de fecha 20 de julio de 2010.
8. El 20 de julio de 2010 se realizó el informe oral del Concesionario, ante el Consejo Directivo de OSITRAN, en el cual reiteró sus argumentos relativos a su solicitud de interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión.
9. El 21 de octubre de 2010, mediante Oficio No. 305-10-GG-OSITRAN, y en atención a los argumentos expuestos en el antes citado informe oral, se solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que tenga a bien ampliar y/o precisar la opinión que sobre el tema contienen los Informes N° 048-2010/MTC12.08.DAE y N° 163-2010-MTC/25.
10. El 24 de noviembre de 2010, con Oficio N° 084-2010-PD-OSITRAN, se reiteró al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de que atienda el pedido de ampliación y/o precisión de la opinión emitida en torno a la solicitud de interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.
11. El 29 de noviembre de 2010, mediante Oficio N° 1995-2010-MTC/25, la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió la ampliación y precisión solicitada.

II. OBJETO:

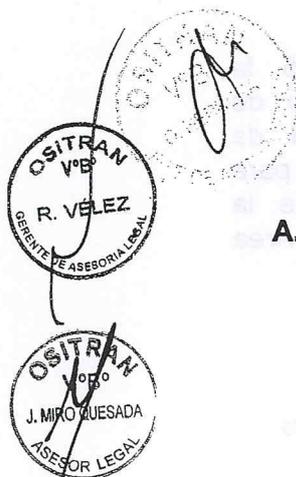
12. Emitir opinión sobre la procedencia y aspectos de fondo de la solicitud de interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión del AIJCH presentada por LAP.

III. ANALISIS:

13. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:

- A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
- B. Marco contractual.
- C. Admisibilidad de la solicitud del Concesionario.
- D. Argumentos del Concesionario y Concedente.
- E. Evaluación de argumentos.

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión



14. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
15. Al respecto, el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN², Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Además, la norma prevé que la referida interpretación este orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.
16. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación³. De igual modo, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante los Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos "(...) tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión (...)".
17. Sobre el particular, el ítem 6.1 de los Lineamientos establece que:

"Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas [sic] en el contrato, sin

¹ **Ley N° 26917.-**

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)"

² **REGO**

"Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

d) **Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las ENTIDADES PRESTADORAS realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.**

(...)"

³ **Artículo 168.- Interpretación objetiva**

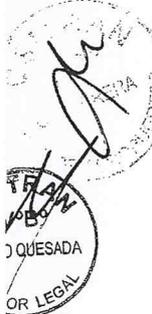
El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 169.- Interpretación sistemática

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Artículo 170.- Interpretación integral

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.



restringir (...) su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato (...).

Finalmente, en el caso en que un determinado aspecto comprendido dentro del ámbito del contrato no hubiese sido definido por éste, se aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. En este supuesto, si el marco regulatorio presentará un vacío normativo respecto del tema materia de análisis también es válido recurrir a la Analogía. La analogía significa completar o integrar un vacío normativo aplicando a un caso concreto no previsto, en este caso, por el Contrato de Concesión ni por el marco regulatorio, normas similares y/o principios generales del Derecho. En tal sentido, el mecanismo de integración se podrá aplicar siempre que no hubiese una previsión contractual, ni una norma aplicable supletoriamente; en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión".(El subrayado es nuestro)

18. El numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, prevé que "OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los Contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917)". Agrega que "pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados".
19. En atención a lo expuesto, podemos advertir que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil. Sin embargo, cabe precisar que conforme a lo previsto en el Artículo 1362° del Código Civil⁴, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con Buena Fe.

B. Marco Contractual del Contrato de Concesión del AIJCH

20. Con relación a los criterios aplicables a la interpretación del Contrato de Concesión, lo que establece la Cláusula Primera del referido Contrato, es que todos los Anexos y Apéndices del mismo forman parte integrante del Contrato. Asimismo, la referida cláusula establece que cualquier término que no se halle definido en el Contrato, tendrá el significado que le atribuyan las Bases; y, en caso dicho término no esté definido en las Bases, tendrá el significado que le asignen las "Leyes Aplicables".
21. Además de ello, el Numeral 24.4 de la Cláusula 24 del Contrato de Concesión (relativa a la Ley Aplicable), establece que el Contrato se interpretará y regirá de acuerdo con las leyes del Perú y, en consecuencia, cualquier disputa o controversia que resulte entre las partes será resuelta de conformidad a dichas leyes.

⁴ Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.



22. El Numeral 24.12, relativo a la Interpretación del Contrato, dispone que éste deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas podrá interpretarse de manera independiente y que en caso de discrepancia en la interpretación de los alcances, la prelación de la documentación será la siguiente:

- El Contrato;
- Las Circulares;
- Las Bases; y
- Los Anexos a las Bases.

23. De otro lado, en los casos donde haya incertidumbre o un vacío legal, OSITRAN en su calidad de supervisor del cabal cumplimiento de los contratos de concesión, procurará subsanar tal ausencia mediante criterios técnicos y objetivos, a fin que los mismos se adecuen de la mejor manera posible a la naturaleza y fines del contrato y de la obligación que se trate en particular.

24. Con relación al **Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta** del Contrato de Concesión del AIJCH, materia de interpretación, este numeral señala lo siguiente:

“El Concesionario deberá sustentar ante OSITRAN los montos derivados de la construcción de las Mejoras, para tal efecto, presentará las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente, para su respectiva revisión y aprobación.

La aprobación de los precios unitarios de las Mejoras correspondientes por parte de OSITRAN, con el apoyo de la supervisión a que se refiere la cláusula 24.3 se realizará en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la sustentación a la que se ha hecho referencia. En caso que OSITRAN requiera información adicional vinculada al desagregado de precios unitarios correspondiente a la ejecución de las Mejoras, deberá solicitarla, hasta en una sola oportunidad, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la información original. En tal caso, y por una sola vez, el referido plazo de aprobación de treinta (30) días hábiles comenzará nuevamente a computarse desde la fecha de presentación de la información adicional solicitada. En el caso que OSITRAN no se pronuncie en el plazo al que se ha hecho referencia, se entenderá que los precios unitarios de la construcción de las Mejoras han sido aprobados.

La aprobación de los montos derivados de la construcción de las Mejoras, se realizará de acuerdo a los precios unitarios aprobados”.

C. Admisibilidad de la solicitud del Concesionario

25. Mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00116, de fecha 12 de agosto de 2009, LAP remitió una solicitud de interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del AIJCH, con la finalidad de que se confirme



su entendimiento sobre las definiciones “Cantidades de Obra” y “Desagregado de Precios Unitarios”, en línea con el Contrato de Concesión.

26. De los documentos que son materia de análisis fluye que existe la necesidad de que se emita un pronunciamiento sobre la mencionada parte del Contrato, en la medida que a criterio del Concesionario existe incongruencia con el sentido general del Contrato de Concesión.
27. Sobre el particular, la solicitud de interpretación cumple con el requisito de admisibilidad previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, por lo que corresponde evaluar, en base al marco contractual y normativo vigente, la pretensión del Concesionario.

D. Argumentos del Concedente y del Concesionario

D.1 Argumentos del Concesionario indicados en su Solicitud y reiterados en el Informe Oral

28. El Concesionario señala que el Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta exige que su interpretación se realice de manera acorde con la finalidad del Contrato de Concesión. En este sentido, solicita que se confirme su entendimiento sobre la base de las definiciones de los conceptos “Cantidades de Obra” y “Desagregado de Precios Unitarios”, entendidos como:

- “Cantidades de Obra”, a las cantidades o magnitudes de unidades de trabajo requeridos a efectos de completar una obra determinada.
- “Desagregado de Precios Unitarios”, a la lista o detalle de los precios unitarios correspondientes a cada una de las partidas o actividades necesarias para completar una determinada obra.

Dichos términos “Cantidades de Obra” y el “Desagregado de Precios Unitarios” podrían ser complementados con una memoria de cálculo de metrados (o sustento de metrados) y con un análisis de precios unitarios, respectivamente, solo en los casos en los que para la ejecución de la obra respectiva la modalidad contractual utilizada por el Concesionario fuera la de “Precios Unitarios”(y no así en los casos en que dicha modalidad fuera la de Suma Alzada, por resultar dichos documentos incompatible con la naturaleza de esta última modalidad contractual).

29. Según lo señalado por el Concesionario, desde octubre del año 2002 hasta mayo del año 2008, como parte de la Etapa 6 del Plan de Gestión del Programa de Desarrollo de Infraestructura Aeroportuaria, LAP ha sustentado los montos derivados de mejoras, para efectos del reconocimiento de inversiones, presentando ante OSITRAN el Desagregado de Precios Unitarios y las Cantidades de Obras a ejecutarse (metrados u otras unidades), información que se obtenía de la propuesta de los contratistas que ejecutaban las propias mejoras en el AIJCH.



30. En este contexto, LAP menciona que, durante el periodo antes señalado, OSITRAN "(...) de manera sistemática, consistente e inalterada, recibió, analizó, tramitó y aprobó más de veinticinco (25) sub-proyectos equivalentes a más de 65,000 m² de Mejoras en el Terminal y 110,000 m² de Mejoras en la plataforma, las mismas que ascendían a una inversión de más de US\$166'000,000 (Ciento Sesenta y Seis Millones de Dólares Americanos) realizada en el AIJCH".
31. De acuerdo a lo afirmado por el Concesionario, a partir de junio del año 2008, OSITRAN comenzó a requerir, adicionalmente a la información presentada hasta antes de esa fecha, el **sustento de metrados** con el objetivo de acreditar las cantidades de obra sobre las que se alude el Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión.
32. En opinión de LAP, "(...) el párrafo del numeral bajo comentario no exige en absoluto la presentación del documento en cuestión", por lo que "(...) unilateralmente –excediendo las facultades conferidas por la ley - y sin indicar el supuesto sustento de su decisión, la Gerencia de Supervisión prácticamente creó una obligación nueva, no prevista en el Contrato de Concesión, de cargo del concesionario (...)".
33. Asimismo, indica que, si bien es cierto, no estuvo de acuerdo con la decisión de la Gerencia de Supervisión, LAP señala que no tuvo más alternativa que acatar los requerimientos del Regulador en este tema, dada la premura por finalizar las obras correspondientes al Periodo Inicial de la Concesión. En este contexto, el Concesionario manifiesta que durante el mes de julio del año 2008 se realizaron Reuniones de Trabajo⁵ con funcionarios del Regulador para discutir la manera de implementar el nuevo requerimiento de información.
34. Según lo afirmado por LAP, los acuerdos a los que se arribó en dichas Reuniones de Trabajo, y que constan en las Actas correspondientes, establecen que la obligación de presentar el sustento de metrados se aplicaría a nuevos procesos de contratación y ejecución de obras, y sólo a aquellas partidas que cuenten con una participación importante en cada paquete de trabajo. A pesar de ello, el Concesionario señala que en abril del año 2009 recibió el Oficio N° 1280-09-GRE-OSITRAN, el mismo que comunica a LAP la obligación de sustentar los metrados del 100% de las partidas ejecutadas. Al respecto, en opinión del Concesionario, lo anterior constituye "(...) un nuevo e inmotivado giro en el criterio del regulador – ahora respecto al acuerdo adoptado, ilegítimamente en nuestra opinión, a mediados del 2008 –, contradiciendo ya no solo su actuar sino abiertamente lo establecido en las reuniones previas, sostenidas con respecto a lo recogido en las actas de las mismas". Proceder de la Gerencia de Supervisión que, según el Concesionario "...no se condice con los principios que por ley deben regir la actuación de dicha instancia del ente regulador -y, en general, de la Administración Pública -", por ser contrario a los principios de predictibilidad, transparencia, motivación y análisis de decisiones.
35. En cuanto a las modalidades o esquemas de contratación para la ejecución de obras, LAP señala que en la industria de la construcción existen 2

⁵ Reuniones de Trabajo N° 17-2008-OSITRAN/LAP y N° 18-2008-OSITRAN/LAP realizadas los días 3 y 24 de julio del año 2008, respectivamente.



modalidades contractuales a través de las cuales puede llevarse a cabo una obra: i) Suma Alzada y ii) Precios Unitarios. En el caso del esquema de Suma Alzada, LAP manifiesta que el contratista recibe como retribución por la obra un precio fijo pactado antes del inicio de la misma, el mismo que incluirá las prestaciones, trabajos y provisiones necesarias para la ejecución en los términos acordados por las partes; acotando, que bajo esta modalidad conlleva trasladar al contratista los riesgos derivados de eventuales mayores costos de la obra. Por el contrario, el Concesionario señala que en la modalidad de Precios Unitarios el costo de la obra será cancelado en función a precios asignados por cada unidad técnica de estructura o cantidad unitaria de mano de obra, por lo que el costo total de la misma sólo puede determinarse al final de la etapa de ejecución, resaltando que la aplicación de esta modalidad conlleva que el comitente mantenga los riesgos derivados de eventuales mayores costos de la obra.

36. En opinión de LAP, *“una diferencia importante entre ambos esquemas contractuales – fundamental de resaltar para los efectos del presente pedido de interpretación-, es la información que a partir de dichos esquemas se genera.*

*Para el caso de los **precios**, mientras que en un esquema de Suma Alzada se genera un monto total (pago) por un alcance definido en cuanto a características, calidad, magnitud, etc., en un esquema de Precios Unitarios se genera un monto o precio por unidad a ser ejecutada, no teniéndose un monto definitivo de unidades a ser ejecutado hasta la culminación de la obra. Como consecuencia, no se contará con un costo o precio hasta el final de la obra.*

*Para el caso de las **cantidades de obra**, mientras que en un esquema contractual de Precios Unitarios la unidad de control y pago es la cantidad contratada (la cual será multiplicada por el precio unitario y con ello se obtiene el importe a ser pagado), en un esquema contractual de Suma Alzada, al ser el monto total (global) la unidad de control y pago, no se hace necesario para el comitente –y por lo tanto no se requiere- conocer el sustento de metrados ejecutados, sino tan solo de verificar el cumplimiento de los alcances definidos antes del inicio de la obra”.*

37. El Concesionario desarrolla cual es a su criterio la racionalidad de la obligación contenida en el Numeral 5.7.3 del Contrato, señalando en primer término que su redacción y la exigencia de detalle en cuanto a las cantidades de obra y precios unitarios responde a la necesidad de verificar si lo que declara el Concesionario como obra realizada es consistente con el gasto efectivamente incurrido.

38. En opinión del Concesionario, las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios considerarán un sustento de metrados y un análisis de los precios solo en el caso en que la modalidad de contratación fuera la correspondiente a Precios Unitarios. En caso la modalidad de contratación fuera otra, específicamente la de Suma Alzada, se haría extremadamente difícil la preparación de información en base a los parámetros de precios unitarios y metrados de obra, lo que conllevaría, en el mejor de los casos, a que la preparación de esta información genere sobrecostos, en la medida en que requeriría la celebración de contratos adicionales.



39. En este contexto, el Concesionario manifiesta que: “(...) carecería de racionalidad técnica y económica (si es que no resulta prácticamente imposible) pretender que cuando la modalidad de contratación hubiera sido la de Suma Alzada se cuente con un detalle exhaustivo respecto del sustento de metrados y del análisis de precios unitarios de la obra ejecutada.

Ello implicaría extrapolar un esquema de contratación sobre otro, pretendiendo que a pesar de haberse optado por una de las referidas modalidades (Suma Alzada) para la ejecución de una obra, se genere información propia –y diríamos exclusiva- de un esquema de contratación distinto (Precios Unitarios).

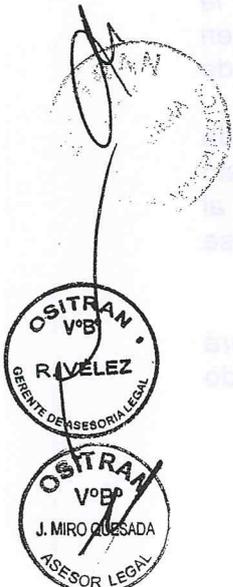
Esta pretensión desnaturaliza por completo la finalidad de la Suma Alzada y, en la práctica, importaría directamente imponer en el concesionario la obligación de ejecutar todas las obras que constituyen Mejoras a través de la modalidad de Precios Unitarios (en tanto que es la única que permitiría contar con el sustento de metrados y el análisis de precios unitarios en cuestión). Esto, obviamente, no resulta razonable ni se condice con la lógica que subyace el primer párrafo del Numeral 5.7.3 ni, en general, al Contrato de Concesión”.

40. De esta manera, LAP señala que, dependiendo del esquema contractual optado para la ejecución de la obra, la información relativa con la que se cuenta variará. Según lo manifestado por el Concesionario, en el caso que la modalidad de contratación fuera a base de Precios Unitarios, se contará con un mayor detalle respecto a las cantidades de obra ejecutadas y de los precios, en contrapartida a lo que sucedería en caso la modalidad de contratación fuera Suma Alzada.
41. Sin perjuicio de lo anterior, la Concesionaria menciona que “... en ambos escenarios (Suma Alzada y Precios Unitarios) LAP estará en condiciones de presentar la información requerida por el primer párrafo del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión: Cantidades de Obra y Desagregado de Precios Unitarios (...). En ese sentido, es razonable sostener que la documentación exacta que contenga la información requerida por el primer párrafo del Numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión dependerá de la modalidad contractual utilizada para la ejecución de las Mejoras, siendo más detallada cuando estemos frente a un esquema de Precios Unitarios y menos detallada –pero igual completa y suficiente para los fines de la supervisión- cuando se trate de Suma Alzada”.

D.2 Argumentos del Concedente

42. El Concedente, mediante Oficio N° 780-2010-MTC/25 del 27 de mayo de 2010, a través del Informe N° 048-2010-MTC/12.08.DAE de la Dirección General de Aeronáutica Civil, concluye lo siguiente:

- Que el citado Numeral 5.7.3 estaría estableciendo la obligación del Concesionario a presentar los metrados y los análisis de precios unitarios, sin embargo esta Dirección se declara como no competente para determinar la modalidad contractual que debe usar el Concesionario para ejecutar las obras, debiendo ser ello materia de un análisis legal en el marco del Contrato de Concesión.



43. Asimismo, mediante el Informe N° 163-2010-MTC/25, elaborado por el Área Técnica de la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, concluye que:

- Cualquiera que sea la forma de contratación, vale decir, Suma Alzada, Precios Unitarios o por Administración Controlada; los Expedientes Técnicos de las Mejoras deben contar, según la naturaleza de la obra a ejecutar, con los elementos que permitan cuantificar su Costo y Plazo estimado de ejecución, como son: Memoria Descriptiva, Planos, Especificaciones Técnicas, Presupuestos, Análisis de Precios Unitarios, Metrados, Fórmula Polinómica, Cronogramas, etc.; elementos esenciales que se utilizarán para los procesos de contratación y ejecución del proyecto, que permitan verificar la inversión realizada en la construcción de Mejoras.
- Los Costos Reales serán los que resulten al final de las obras ejecutadas y expresados en la Liquidación de las referidas obras. La Liquidación contendrá las Valorizaciones, Adicionales, Deducciones, Ajustes por Fórmula Polinómica y penalidades o bonificaciones si fuera el caso

44. Posteriormente, ante la solicitud de OSITRAN para que efectúe precisiones, **a partir de un análisis legal del Contrato de Concesión**, respecto a la opinión emitida en relación al pedido de Interpretación del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión del AIJCH, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emite el Informe No. 510-2010-MTC/25.CHR, donde señala lo siguiente:

- El Numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión **no señala lo que debe entenderse por** Cantidades de Obra y Desagregado de Precios Unitarios.
- La obligación contenida en el Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión del AIJCH, independientemente de la forma de contratación utilizada por LAP, establece que el Concesionario debe sustentar ante OSITRAN la información relativa a Cantidades de Obra y Desagregado de Precios Unitarios, **cuyo nivel de detalle permita sustentar los montos de la construcción de las Mejoras.**
- El segundo párrafo del numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión estipula lo siguiente: *"En caso que OSITRAN requiera información adicional vinculada al desagregado de precios unitarios correspondiente a la ejecución de Mejoras, deberá solicitarla(...)"* lo cual evidencia que en caso el Regulador requiera información detallada del Desagregado de Precios Unitarios", deberá requerírsele al Concesionario.
- Por ello, respecto a la ampliación y precisión de nuestra opinión emitida en relación a la solicitud de Interpretación del numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión del AIJCH, presentada por LAP, considera que conforme al análisis técnico efectuado, cualquiera sea la forma de contratación que se adopte, el Concesionario deberá presentar lo siguiente:

a) Para la fase de contratación, el Concesionario deberá desarrollar los Expedientes Técnicos de las Obras, debiendo



contar con los elementos que, de acuerdo con su envergadura o dimensión, permitan realizar la construcción conforme a las Normas vigentes y a las buenas prácticas de la ingeniería. Para ello, **podrán contar**, entre otros, con Memoria Descriptiva, Especificaciones Técnicas, Planos, Presupuestos, Análisis de Precios Unitarios, Metrados, Fórmula Polinómica, y Cronograma parcial o totalmente, según su dimensión.

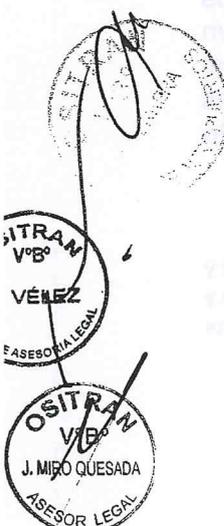
- b) Para la fase de definición del Monto de la inversión, además del Costo de los Estudios, para conocer el Monto de las Obras, deberá presentar un Presupuesto conteniendo todas las Partidas propias de la respectiva Obra, el Desagregado de Precios Unitarios y Cantidades de Obras (Metrados), así como los respectivos Gastos Generales y Utilidad, lo que permitirá la verificación de la inversión realizada en las Mejoras, dando cumplimiento a la obligación contenida en el Contrato de Concesión.

- Finalmente, concluyen señalando que: *“De acuerdo al análisis técnico efectuado, cualquiera sea la forma de contratación que haya adoptado el Concesionario, los Expedientes Técnicos de las Mejoras deben contar con los elementos suficientes que permitan cuantificar el Monto de la inversión, es decir un Presupuesto conteniendo todas las Partidas propias de la respectiva Obra, el Desagregado de Precios Unitarios y Cantidades de Obras (metrados) así como los respectivos Gastos Generales y Utilidad, lo que permitirá la verificación de la inversión realizada en las Mejoras, dando cumplimiento a la obligación contenida en el marco del Contrato de Concesión.*

E. Evaluación de los Argumentos

E. 1 De la Modalidades Contractuales

45. Como hemos podido observar tanto LAP como el MTC convergen en señalar que en la industria de la construcción existen esencialmente dos modalidades contractuales a través de las que puede llevarse a cabo una obra: i) Suma Alzada y ii) Precios Unitarios.
46. En las obras contratadas bajo el esquema de Suma Alzada, el contratista recibe como retribución por la obra un precio fijo pactado, el mismo que incluirá las prestaciones, trabajos y provisiones necesarias para la ejecución en los términos acordados por las partes. Por el contrario, en la modalidad de Precios Unitarios el costo de la obra será cancelado en función a precios asignados por cada unidad técnica de estructura o cantidad unitaria de mano de obra, por lo que el costo total de la misma sólo puede determinarse al final de la etapa de ejecución.
47. De lo desarrollado, queda claro que en las obras a Suma Alzada los precios unitarios y los metrados solamente sirven para definir la magnitud de los trabajos y su valor estimado, en tanto en las obras contratadas a Precios Unitarios el pago se basa en los metrados realmente ejecutados y en los precios unitarios ofertados por el contratista.



E.2 La solicitud de interpretación de LAP tiene por finalidad que se confirme su entendimiento sobre las definiciones “Cantidades de Obra” y “Desagregado de Precios Unitarios” en línea con el Contrato de Concesión.

48. De acuerdo a lo señalado por el Concesionario, el primer párrafo del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión señala literalmente que la información que LAP debe presentar al Regulador, con el objetivo de sustentar la inversión relacionada a la ejecución de Mejoras, consiste en las Cantidades de Obra y el Desagregado de Precios Unitarios.

49. En esta misma línea, LAP menciona que el Contrato de Concesión establece la obligación de presentar información respecto a Cantidades de Obra y Desagregado de Precios Unitarios, pero que éste no provee una definición expresa para estos últimos. Contexto en el cual la solicitud de interpretación propone un contenido para dichos términos, en el siguiente sentido:

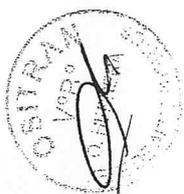
- **Cantidades de Obra.**- Cantidades o magnitudes de unidades de trabajo requeridas a efectos de completar una obra determinada.
- **Desagregado de Precios Unitarios.**- Lista o detalle de los precios unitarios correspondientes a cada una de las partidas o actividades necesarias para completar una determinada obra.

50. En función a esta posición interpretativa, el mismo Concesionario agrega que las “Cantidades de Obra” y el “Desagregado de Precios Unitarios” podrían ser complementados con una memoria de cálculo de metrados (o sustento de metrados) y con un análisis de precios unitarios, sólo en los casos en los que la ejecución de la obra respectiva se materialice bajo el sistema de Precios Unitarios, y no así en los casos en que dicha modalidad fuera la de Suma Alzada, por resultar dichos documentos incompatibles con la naturaleza de esta última modalidad contractual.

51. El Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta fue incorporado al Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, mediante la Adenda No. 3, donde se incluyen los términos “Cantidades de Obra” y “Desagregado de Precios Unitarios”, con la finalidad que el Concedente tenga una mayor certeza de los montos de valuación⁶ de la inversión en el AIJCH, al tener una mejor herramienta de supervisión.

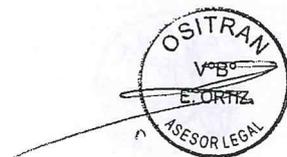
52. En esa línea de razonamiento, queda claro que el sentido de la modificación contractual acordada por las partes a través de la Adenda N° 3, de fecha 30 de setiembre 2002, estuvo orientada a generar una obligación al Concesionario para que realice la presentación de las “Cantidades de Obras” y el “Desagregado de Precios Unitarios”, al momento de sustentar los montos derivados de la construcción de las mejoras, sin considerar como un criterio para el cumplimiento de dicha obligación, la modalidad contractual utilizada para llevar a cabo la obra, y, sin considerar tampoco mayores niveles de detalle como los que exige un Análisis de Precios Unitarios o un Sustento de Metrados.

⁶ Se entiende por Tasación o Valuación al procedimiento mediante el cual el perito valuador estudia el bien, analiza y dictamina sus cualidades y características en determinada fecha, para establecer la estimación del valor razonable y justo del bien, en concordancia a lo señalado en el Reglamento Nacional de Tasaciones, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 126-2007-VIVIENDA.



53. De allí que se entienda que el “Desagregado de Precios Unitarios” y las “Cantidades de Obra”, a las que alude el Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta, para efectos del sustento de las inversiones en Mejoras en el AIJCH, no obliga llegar al nivel de detalle que corresponde a un análisis de precios unitarios y a un sustento de metrados, pues de haberlo querido así, se hubiese puesto expresamente en dicha cláusula, más aún cuando precisamente lo que buscaba la incorporación del Numeral 5.7.3 era otorgar mejores instrumentos de supervisión; por el contrario, en el segundo párrafo de este numeral se estableció que: *“En caso que OSITRAN requiera información adicional vinculada al desagregado de precios unitarios correspondiente a la ejecución de Mejoras, podrá solicitarla, “... lo cual demuestra que en efecto dicho desagregado no llega al nivel de detalle de un análisis de precios unitarios.*
54. De otro lado, el Concedente, sobre la base de un análisis legal del Contrato de Concesión, ha precisado que la obligación de sustentar ante OSITRAN la información relativa a “Cantidades de Obra” y “Desagregado de Precios Unitarios” debe tener un nivel de detalle que permita sustentar los montos de la construcción de las Mejoras; y, así también, que para la fase de definición del Monto de la inversión, además del Costo de los Estudios, para conocer el Monto de las Obras, deberá presentar un Presupuesto conteniendo todas las Partidas propias de la respectiva Obra, el Desagregado de Precios Unitarios y Cantidades de Obras (Metrados) así como los respectivos Gastos Generales y Utilidad, lo que permitirá la verificación de la inversión realizada en las Mejoras, y dando cumplimiento a la obligación contenida en el marco del Contrato de Concesión.
55. Conforme podemos advertir, el Concedente también es de la idea que para sustentar el monto de las Mejoras el Concesionario deba presentar el “Desagregado de Precios Unitarios” y “Cantidades de Obras”, de forma tal que permita la verificación del monto de la inversión ejecutada, por lo que, ante una falta de definición de dichos términos, corresponde que, vía interpretación, se establezca lo que debe entenderse por dichos términos.
56. De la evaluación objetiva de los fundamentos presentados por el Concesionario y por el Concedente, además de los argumentos expuestos por LAP en su Informe Oral y de la revisión de lo establecido en el Contrato de Concesión, los términos “Cantidades de Obra” y “Desagregado de Precios Unitarios”, señalados en el primer párrafo del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, implican que el Concedente tenga una mayor certeza de los montos de valuación de la inversión en el AIJCH, de allí que, sobre la base de una interpretación lógica del Contrato de Concesión, resulte aceptable la propuesta de LAP para que dichos términos se entiendan de la siguiente manera:

- **Cantidades de Obra.**- Cantidades o magnitudes de unidades de trabajo requeridas a efectos de completar una obra determinada.
- **Desagregado de Precios Unitarios.**- Lista o detalle de los precios unitarios correspondientes a cada una de las partidas o actividades necesarias para completar una determinada obra.



- **Cantidades de Obra.**- Cantidades o magnitudes de unidades de trabajo requeridas a efectos de completar una obra determinada.
- **Desagregado de Precios Unitarios.**- Lista o detalle de los precios unitarios correspondientes a cada una de las partidas o actividades necesarias para completar una determinada obra.

V. RECOMENDACIONES:

1. Se recomienda que el Consejo Directivo, en uso de la atribución a que se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley N° 26917, interprete el primer párrafo del Numeral 5.7.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en los siguientes términos:

>>Las "Cantidades de Obra" que el Concesionario debe presentar a OSITRAN para sustentar los montos derivados de la construcción de mejoras son aquellas cantidades o magnitudes de unidades de trabajo requeridas a efectos de completar una obra determinada; en tanto que los "Desagregados de Precios Unitarios" son aquellas listas o detalles de los precios unitarios correspondientes a cada una de las partidas o actividades necesarias para completar una determinada obra. Sin perjuicio de esto último, cuando OSITRAN requiera información adicional vinculada únicamente al "Desagregado de Precios Unitarios", LAP estará obligada a presentar dicha información, cualquiera sea la forma o modalidad de contratación que haya adoptado. >>

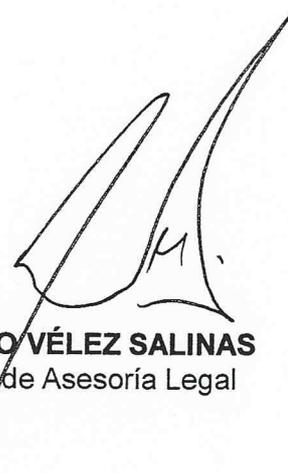
2. Elevar el presente informe a consideración del Consejo Directivo de OSITRAN.
3. Notificar el presente Informe y la Resolución a Lima Airport Partners y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

VI. ANEXO:

Se adjunta Proyecto de Resolución.

Atentamente,


LUIGI D'ALFONSO CROVETTO
 Gerente de Supervisión (e)


ROBERTO VÉLEZ SALINAS
 Gerente de Asesoría Legal

WSC/EO
 Reg. Sal. N° 26182-10
 HR. 24851-10/12595-10/10351-10 /14711-09

