

SESIÓN EXTRAORDINARIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 662-2019-CD-OSITRAN

En Lima, siendo las 13:30 horas del día miércoles 12 de febrero del año 2019, se reunieron en la Sede Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, ubicada en Calle Los Negocios N° 182, 5to Piso, Surquillo, la señora Rosa Verónica Zambrano Copello y los señores Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, Ernesto López Mareovich, Alex Segundo Díaz Guevara y Julio Alfonso Vidal Villanueva, miembros del Consejo Directivo.

Bajo la Presidencia de la señora Rosa Verónica Zambrano Copello y con el quorum reglamentario se dio inicio a la hora señalada, a la Sesión Extraordinaria N° 662-2019-CD-OSITRAN del Consejo Directivo. Asimismo, participaron el señor Juan Carlos Mejía Cornejo, Gerente General, el señor Jorge Hernán Artola Grados, Gerente de Asesoría Jurídica (e) y la señora María del Carmen Levaggi Vega en calidad de Secretaria del Consejo Directivo.

I.- APROBACIÓN DEL ACTA

I.1 Lectura y aprobación del proyecto de Acta de la Sesión Ordinaria N° 661-2019-CD-OSITRAN.

Iniciada la sesión se procedió a la lectura del proyecto de Acta correspondiente a la Sesión Ordinaria N° 661-2019-CD-OSITRAN, el mismo que fue aprobado por los señores miembros del Consejo Directivo.

II.- ORDEN DEL DÍA

II.1 Recurso de reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2918-CD-OSITRAN.

La administración puso en consideración del Consejo Directivo, el recurso de reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2018-CD-OSITRAN y sus escritos complementarios, así el Informe Conjunto N° 0025-2019-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), a través del cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, y la Gerencia de Asesoría Jurídica emiten opinión acerca del referido recurso de reconsideración, sobre interpretación del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, recomendando que dicho recurso sea declarado infundado.

Al respecto, se invitó a los señores Ricardo Quesada Oré, Gerente de Regulación y Estudios Económicos, Melina Caldas Cabrera, Jefa de Regulación, Fiorella Ruiz Hernández, Asistente Regulatorio, Martín Morillo Blas, Asistente Regulatorio Económico y Contable, y Ruth Eliana Castillo Mar, Abogada, todos funcionarios de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos; así como los señores Víctor Arroyo Tacto, Jefe de Asuntos Jurídico Regulatorios y Administrativos y José Héctor Zegarra Romero, Abogado Senior, funcionarios de la Gerencia de Asesoría Jurídica; a fin de que realicen una exposición sobre el particular, la misma que trató, entre otros temas, sobre el inicio del procedimiento de interpretación y los argumentos del recurso de reconsideración de la empresa Lima Airport Partners S.R.L.

Luego del respectivo debate e intercambio de ideas, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por mayoría, con los votos de los señores Verónica Zambrano Copello, Alfredo Dammert Lira, Ernesto López Mareovich, y Julio Vidal Villanueva, declarar FUNDADO el recurso de reconsideración, interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L., en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2018-CD-OSITRAN, sobre interpretación del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

De conformidad con lo establecido en el artículo 5.6.7¹ de la Directiva para el funcionamiento de las sesiones del Consejo Directivo de OSITRAN, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2018-CD-OSITRAN de fecha 25 de julio de 2018, en tanto el voto mencionado contempla un sentido y sustento diferente al presentado por la administración, se procedió a la correspondiente sustentación del mismo, señalando lo siguiente:

1. A efectos de resolver el mencionado recurso, los miembros del Consejo Directivo han revisado y evaluado los argumentos contemplados en el Informe Conjunto No. 0025-2019-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 8 de febrero de 2019 elaborado por la administración. De igual forma, se han revisado y evaluado los argumentos formulados por el Concesionario en su recurso de reconsideración interpuesto con fecha 03 de enero de 2019, así como los presentados en su Informe Oral de fecha 06 de febrero de 2019.
2. El Informe Conjunto No. 0025-2019-IC-OSITRAN señala que el primer párrafo del acápite II.1.2.2 contenido en los Lineamientos Metodológicos conllevaba a dos posibles lecturas, evidenciándose la existencia de una ambigüedad en la cláusula en cuestión, lo que justificó el inicio de un procedimiento de interpretación contractual. Al respecto debe indicarse que si bien originalmente se abrió el trámite de interpretación, en el entendimiento que dicho lineamiento entraba en contradicción con los criterios establecidos en los propios lineamientos, luego de analizados los argumentos presentados por la administración y el administrado, se advierte que se trata de un criterio específico, como expresamente se señala en el acápite II de los mismos, por lo que debe aplicarse exclusivamente a los productos intermedios y que al estar dirigida a estos últimos en nada contraviene o invalida el contenido de los demás lineamientos metodológicos². Desde esta perspectiva no existe contradicción entre el lineamiento mencionado y algún otro extremo de los referidos lineamientos o de otras cláusulas contenidas en el Contrato de Concesión.
3. Asimismo, el primer párrafo del acápite II.1.2.2. contenido en los referidos Lineamientos Metodológicos no resulta ambiguo, ni dudoso, en razón de que de una lectura literal de la referida cláusula se advierte que las exclusiones ahí determinadas tienen carácter taxativo. En tal sentido, se advierte que este criterio es producto de lo acordado por la voluntad de las partes, las que pactaron expresamente los supuestos que deben excluirse para el tratamiento de los productos intermedios, a efectos de determinar el factor de productividad.
4. En ningún escenario la literalidad de este criterio contraviene lo señalado en la cláusula 24.12 del Contrato de Concesión, que señala que el mismo debe interpretarse como una unidad y que en ningún caso debe interpretarse cada una de sus cláusulas de manera independiente, por cuanto en el presente caso no se requiere efectuar interpretación alguna, pues el contenido de la cláusula en

¹ "Los Directores que por mayoría expresen un sustento diferente al de aquel presentado por la Administración, deberán fundamentar su posición en base a argumentos de orden técnico, legal y/o económico, para que consten tanto en el Acta como en el Acuerdo."

² "Lineamientos Metodológicos (...)

II. Criterios Específicos (...)

II. 1.2.2. Productos Intermedios

Para el tratamiento de los productos intermedios se seguirán los siguientes criterios:

- El gasto en productos intermedios corresponderá al gasto consignado en las cuentas gastos operativos y gastos generales de los Estados Financieros del Concesionario, excluyendo amortización y depreciación, gastos de personal, fee pagado al operador del aeropuerto pero sí se considerará el gasto relacionado a las gerencias del Concesionario que aporta Fraport (de acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión)"

menção es claro, por lo que no procedería realizar una interpretación que vaya contra la literalidad de un criterio expresamente establecido.

5. *De otro lado, esta posición encuentra un sustento adicional en el Principio de Predictibilidad, por cuanto la aplicación que el Regulador realice del primer párrafo del acápite II.1.2.2. previsto en los Lineamientos Metodológicos, establecidos en el Apéndice 5 del Anexo 5 del Contrato de Concesión, no debe ir en contra de la voluntad de las partes plasmada en el marco de la Adenda N° 7 del Contrato de Concesión en la que, precisamente para prever que no existan ambigüedades en este aspecto, como ya se ha mencionado, se acordó expresamente establecer un listado taxativo de exclusiones para el tratamiento de los productos intermedios.*

El señor Alex Segundo Díaz Guevara, miembro del Consejo Directivo, indicó que su voto concordaba con el sustento de la Administración, coincidiendo con los argumentos recogidos en el Informe Conjunto N° 0025-2019-IC-OSITRAN (GRE-GAJ).

En tal sentido, el Consejo Directivo de OSITRAN adoptó por mayoría el siguiente acuerdo:

**ACUERDO N° 2162-662-19-CD-OSITRAN
de fecha 12 de febrero de 2019**

Visto el recurso de reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2018-CD-OSITRAN y sus escritos complementarios, así el Informe Conjunto N° 0025-2019-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), a través del cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, y la Gerencia de Asesoría Jurídica emiten opinión acerca del referido recurso de reconsideración, sobre interpretación del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, recomendando que dicho recurso sea declarado infundado, así como el sustento recogido en la presente acta; el Consejo Directivo de OSITRAN en ejercicio de las funciones atribuidas en el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, acordó por mayoría:

- a) Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2018-CD-OSITRAN, en todos sus extremos, en base a los fundamentos expuestos en la Sesión Extraordinaria N° 662-2019-CD-OSITRAN, de fecha 12 de febrero de 2019 y recogidos en la presente Acta.
- b) Dejar sin efecto la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2018-CD-OSITRAN.
- c) Encargar a la administración, conforme a lo establecido en el artículo 5.6.8³ de la Directiva para el funcionamiento de las sesiones del Consejo Directivo de OSITRAN, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2018-CD-OSITRAN, la elaboración de la correspondiente resolución recogiendo el sustento que se ha tenido a la vista para la adopción del presente acuerdo.
- d) Notificar la Resolución a que se refiere el literal precedente a Lima Airport Partners S.R.L. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su condición de Concedente.

³ "(...)"

La Administración bajo responsabilidad, brindará todas las facilidades logísticas, técnicas y de recursos humanos a fin de que los Directores puedan elaborar adecuada y oportunamente el fundamento de su posición."

- e) Disponer la difusión de la Resolución a que se refiere el literal c) del presente Acuerdo en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).
- f) Publicar la Resolución a que se refiere el literal c) del presente Acuerdo en el Diario Oficial "El Peruano".
- g) Poner en conocimiento de la Oficina de Gestión Documentaria y de la Oficina de Comunicación Corporativa, la Resolución aprobada a efectos que procedan a efectuar las publicaciones y difusión respectivas.
- h) Dispensar el presente acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

En este momento de la sesión, se retiró el señor Ernesto López Mareovich, miembro del Consejo Directivo, excusándose por no poder continuar participando de la misma.

II.2 Recursos de reconsideración interpuestos por Lima Airport Partners S.R.L. y la Asociación de Empresas de Transportes Aéreo Internacional contra la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2918-CD-OSITRAN.

Se puso en consideración del Consejo Directivo, el Informe Conjunto N° 0026-2019-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), a través del cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, y la Gerencia de Asesoría Jurídica emiten opinión acerca de los recursos de reconsideración interpuestos por Lima Airport Partners S.R.L. y la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional, en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2018-CD-OSITRAN, sobre aprobación del Factor de Productividad del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que estará vigente a partir del año 2019 hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2026, lo que ocurra primero.

Al respecto, se invitó a los señores Ricardo Quesada Oré, Gerente de Regulación y Estudios Económicos, Melina Caldas Cabrera, Jefa de Regulación, Fiorella Ruiz Hernández, Asistente Regulatorio, Martín Morillo Blas, Asistente Regulatorio Económico y Contable, y Ruth Eliana Castillo Mar, Abogada, todos funcionarios de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos; así como los señores Víctor Arroyo Tocco, Jefe de Asuntos Jurídico Regulatorios y Administrativos y José Héctor Zegarra Romero, Abogado Senior, funcionarios de la Gerencia de Asesoría Jurídica; a fin de que realicen una exposición sobre el particular, la misma que trató, entre otros temas, sobre los argumentos del recurso de reconsideración.

Luego del respectivo cambio de ideas y como consecuencia de la adopción del Acuerdo N° 2162-662-19-CD-OSITRAN, los señores miembros del Consejo Directivo presentes solicitaron a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y a la Gerencia de Asesoría Jurídica elaborar un nuevo informe conjunto y dejar pendiente la votación del presente tema para la próxima sesión del Consejo Directivo.

II.3 Interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

Se puso en consideración del Consejo Directivo, el Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), mediante el cual la Gerencia de Asesoría Jurídica, y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización emiten opinión respecto del procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

Al respecto, se invitó al señor Fredy San Román Luna, Gerente de Supervisión y Fiscalización (e) y al señor Carlos Aliaga Calderón, Jefe de Contratos Portuarios de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a fin de que realicen una exposición sobre el particular, la misma que trató, entre otros temas, sobre el marco normativo aplicable al presente caso y sobre la interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

Luego del respectivo debate e intercambio de ideas, los señores miembros del Consejo Directivo presentes manifestaron su conformidad con el análisis y conclusiones contenidos en el Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y con el proyecto normativo elevado. En ese sentido, los señores miembros del Consejo Directivo de OSITRAN presentes adoptaron por unanimidad el siguiente acuerdo:

**ACUERDO N° 2163-662-19-CD-OSITRAN
de fecha 12 de febrero de 2019**

Vistos, el Proveído sobre el Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), a través del cual las Gerencias de Asesoría Jurídica y de Supervisión y Fiscalización emiten opinión respecto de la Interpretación de cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, relacionada con la exigibilidad o inexigibilidad del cierre financiero para el inicio de la Obra de Dragado Inicial; los miembros del Consejo Directivo de OSITRAN presentes acordaron por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y, en tal sentido, interpretar de oficio las Cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión relacionadas con el Cierre Financiero para la Obra de Dragado Inicial y las Inversiones Obligatorias, en el siguiente sentido: "Se requiere un único cierre financiero para las Inversiones Obligatorias excluidas la Obra de Dragado Inicial. La obra de Dragado Inicial no requiere cierre financiero. La presente interpretación se establece a condición de que el Concesionario no otorgue ninguna garantía sobre bienes o derechos de la Concesión."
- b) Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de representante del Concedente, así como a la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A. en calidad de Concesionario; y a PROINVERSION y la Autoridad Portuaria Nacional.
- c) Difundir la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) en el Portal institucional (www.ositran.gob.pe).
- d) Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano".
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta

En este punto de la sesión, la Presidenta señora Rosa Verónica Zambrano Copello manifestó que en la anterior sesión del Consejo Directivo, Sesión Ordinaria N° 661-2019-CD-OSITRAN, del 06 de febrero de 2019, se había dejado pendiente la deliberación del tema: Solicitud de opinión formulada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto del Informe Previo N° 00062-2018-CG/APP, por lo que solicitó que dicho tema forme parte del Orden del Día de la presente sesión y que esta sesión se continúe a la espera del Informe Conjunto que las áreas técnicas deben elevar con relación al tema antes señalado.

Luego de un intercambio de ideas, los señores miembros del Consejo Directivo presentes acordaron que el tema: Solicitud de opinión formulada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto del Informe Previo N° 00062-2018-CG/APP forme parte del Orden del Día y que la presente sea una sesión continuada a la espera del indicado Informe Conjunto.

De conformidad con lo acordado se continuó con la presente sesión el día miércoles 13 de febrero de 2019, a fin que los señores miembros del Consejo Directivo, Rosa Verónica Zambrano Copello, Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, Ernesto López Mareovich, Alex Segundo Díaz Guevara y Julio Alfonso Vidal Villanueva emitieran su voto respecto al punto de la Orden del Día: Solicitud de opinión formulada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto del Informe Previo N° 00062-2018-CG/APP, habiéndose recibido para tal efecto, de acuerdo a lo solicitado, el Informe Conjunto N° 0027-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF).

Se puso en consideración del Consejo Directivo el Informe Conjunto N° 0027-2019-IC-OSITRAN a través del cual las Gerencias de Asesoría Jurídica, Regulación y Estudios Económicos y Supervisión y Fiscalización se pronuncian sobre los Oficios N° 0013-2019-MTC/25 y N° 0285-2019-MTC/25, remitidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con relación a la opinión emitida por la Contraloría General de la República contenida en el Informe Previo N° 00062-2018-CG/APP en el marco del procedimiento de modificación contractual del Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia (Adenda N° 2).

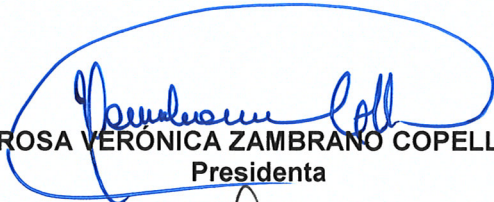
El Consejo Directivo emitió su voto y adoptó por unanimidad el siguiente acuerdo:

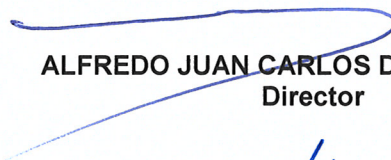
**ACUERDO N° 2164-662-19-CD-OSITRAN
de fecha 13 de febrero de 2019**

Visto el Informe Conjunto N° 0027-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF), a través del cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica se pronuncian sobre los Oficios N° 0013-2019-MTC/25 y N° 0285-2019-MTC/25, remitidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en relación a la opinión emitida por la Contraloría General de la República contenida en el Informe Previo N° 00062-2018-CG/APP en el marco del procedimiento de modificación contractual del Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia (Adenda N° 2); el Consejo Directivo de OSITRAN en ejercicio de las funciones atribuidas en el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, acordó por unanimidad lo siguiente:

- a) Aprobar el Informe Conjunto N° 0027-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF).
- b) El OSITRAN no es competente para revisar u opinar respecto del Informe Previo N° 00062-2018-CG/APP, en tanto dicha opinión de la Contraloría General de la República fue emitida en el marco del ejercicio de su función de control previo de las actuaciones de la Administración.
- c) Habiendo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones precisado, a través del Oficio N° 0285-2019-MTC/25, que no ha solicitado emisión de opinión al Regulador respecto del texto actualizado de la Adenda N° 2, OSITRAN carece de habilitación legal para pronunciarse sobre el particular.
- d) Notificar el presente Acuerdo y el Informe Conjunto N° 0027-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF) al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para las consideraciones que estimen pertinentes.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

No habiendo otro asunto que tratar, y siendo las 17:22 horas del día miércoles 13 de febrero de 2019, la Presidenta del Consejo Directivo, señora Rosa Verónica Zambrano Copello, dio por cerrada la presente sesión continuada.


ROSA VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta


ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
Director


ERNESTO LÓPEZ MAREOVICH
Director


ALEX SEGUNDO DÍAZ GUEVARA
Director


JULIO ALFONSO VIDAL VILLANUEVA
Director