

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 23 de septiembre de 2009

Nº 034-2009-CD-OSITRAN

VISTO:

El Informe Nº 019-09-GS-GAL-OSITRAN de fecha 15 de setiembre de 2009, mediante el cual se evalúa la solicitud de Interpretación complementaria del Numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de febrero del año 2001, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Vivienda y Construcción, en adelante el Concedente, y Lima Airport Partners S.R.L., en adelante el Concesionario, suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).
2. El 5 de julio del año 2005, mediante Carta Nº LAP-GCCO-C-2005-00074, el Concesionario remitió una solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH. Al respecto, LAP sostuvo lo siguiente:
 - (a) *Que, al no existir disposición en contrario en el Contrato de Concesión, el "saneamiento" al cual indirectamente se hace referencia en el numeral 2 del Anexo 11, comprende tanto los aspectos jurídicos como físicos de las áreas a ser transferidas.*
 - (b) *Que, en tal sentido, la integridad de las áreas referidas deberá ser entregada en una sola oportunidad al Concesionario libre de todo vicio, condición, efecto, carga y/o gravamen que impida, afecte o restrinja física o jurídicamente, la posesión, el uso y, en general, el absoluto y total Aprovechamiento Económico de dichas áreas. Ello incluye –pero no se restringe a- que las áreas se encuentren no sólo sin ningún tipo de carga registral sino efectivamente desocupadas y listas para que LAP asuma su inmediata posesión física.*
 - (c) *Que sólo una vez verificado debidamente dicho supuesto podrá entenderse que el Concedente ha cumplido con entregar las áreas referidas a favor del Concesionario en los términos del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.*
 - (d) *Que sólo una vez cumplida la entrega de dichas áreas en las condiciones señaladas comenzará a computarse el plazo previsto en el numeral 5.6.2.1 de la cláusula quinta del Contrato de Concesión y que, por tanto, sólo a partir de dicho momento se entenderán vigentes las obligaciones del Concesionario relativas a la ampliación del Aeropuerto"*
3. El 22 de agosto del año 2005, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 050-2005-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, a fin de establecer la

obligación contractual de entrega de los terrenos por parte del Concedente que son necesarios para la ampliación del AIJCH. El Artículo 1 de la referida Resolución establece lo siguiente:

“Artículo 1º.- Interpretar la obligación contractual de entrega de los terrenos, por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que son necesarios para la ampliación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH); en los siguientes términos:

A. En virtud al contrato para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCH, el Estado Peruano ha otorgado a Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) la posesión, uso, disfrute y aprovechamiento económico de los “Bienes de la concesión”, para la finalidad establecida en los Numerales 2.1 y 5.1 del Contrato de Concesión.

B. El Estado está obligado, en principio a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, “en conjunto y en una sola oportunidad”. Sin embargo, tiene expresamente la posibilidad de acreditar técnicamente que una entrega que no sea en tales términos, permita la finalidad del contrato, con relación a la ejecución de las Mejoras a cargo del Concesionario, detalladas en el Plan Maestro, de conformidad con lo establecido en el Numeral 5.23.

C. El Estado está obligado a entregar a LAP los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH libres de todo gravamen, según la definición de gravamen que contiene el Numeral 1.23 del propio contrato de concesión.

D. El ejercicio de la posesión pacífica y útil de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, es una obligación de tipo legal del Estado, la cual está comprendida a su vez en la obligación de saneamiento. Por tanto, el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP de acuerdo al contrato de concesión.

[El subrayado es nuestro]

4. El 26 de junio del año 2009, mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097, el Concesionario remitió una solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH. En líneas generales, el Concesionario solicita:

“(…) confirmar nuestro entendimiento en el sentido de que, para el cumplimiento de la obligación de saneamiento de los terrenos que deberán entregarse a nuestra representada para la ampliación del Aeropuerto (y, por tanto, como condición para que el Concesionario proceda a recibir los mismo), el Estado –entre otros aspectos- deberá previamente:

- *Realizar a su costo, cargo y responsabilidad, el respectivo saneamiento ambiental sobre dichos terrenos, llevando a cabo los trabajos necesarios de limpieza y/o mitigación de los daños ambientales que existieran en los mismos; y*
- *Remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados terrenos.*

[El subrayado es nuestro]

5. El 1 de julio de 2009, mediante Oficio N° 018-09-GAL-OSITRAN, OSITRAN requirió opinión al Concedente con relación a la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.
6. El 3 de agosto de 2009, mediante Oficio N° 977-2009-MTC/25, el Concedente remite el Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL, mediante el cual emite opinión

sobre la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH. En líneas generales, el Concedente señala lo siguiente:

“2. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión establece una obligación de saneamiento físico legal, la misma que no implica acción alguna del concedente sobre demolición o retiro de bien mueble. En atención a ello, luego de expropiado los predios para la ampliación del Aeropuerto, corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones transferirlos al Concesionario con el derecho de propiedad debidamente inscrito en los Registros Públicos a favor de dicho organismo, libres de todo gravamen (según la definición del Contrato de Concesión señala el numeral 1.23), de todo tipo de poseedores y efectivamente desocupados.

3. Existe pronunciamiento respecto al contenido del numeral 2 del anexo 11 del Contrato de Concesión por parte del Organismo Regulador (Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN), de manera que, por un criterio de seguridad jurídica y atendiendo a la necesidad de garantizar predictibilidad en sus pronunciamientos, OSITRAN debería optar por reiterar el sentido expuesto en la parte resolutive del pronunciamiento aludido.

4. El numeral 1.2 del Contrato de Concesión señala que los predios que serán expropiados por el Concedente serán considerados parte del “aeropuerto” en tanto culmine su adquisición. Sin embargo, de conformidad con el numeral 1.8, serán considerados bienes de concesión sólo cuando sean entregados al Concesionario para su aprovechamiento económico, es decir, para la realización de las obras e inversiones que correspondan.

5. La cláusula 18.1 del Contrato de Concesión es aplicable a los bienes a ser expropiados por el Concedente, en tanto, la definición contractual del término aeropuerto, usado en el supuesto de hecho de la referida norma, contiene dichos inmuebles cuando culmine su adquisición. Así, desde dicho supuesto los inmuebles expropiados se encontrarán contenidos en los alcances de la cláusula 18.1 pero los derechos y obligaciones sobre esos serán exigibles a las partes luego de su transferencia al concesionario, adquiriendo de esta última forma su calidad de bien de concesión.

6. A efectos de absolver la discrepancia sobre la obligación ambiental respecto a los nuevos predios a expropiarse, corresponde que este Ministerio solicite la interpretación de la cláusula contractual 18.1, en concordancia con la 5.23, 1.8 y 1.2.”

7. El 3 de setiembre de 2009, mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132, el Concesionario formula consideraciones adicionales a su solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, atendiendo los argumentos que fueran presentados por el Concedente.
8. El 7 de setiembre de 2009, mediante Oficio N° 1158-2009-MTC/25, el Concedente remite el Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL, mediante el cual complementa el Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL, proporcionando información que fuera consulta por OSITRAN.

II. CUESTIONES A DETERMINAR

9. Determinar si corresponde admitir a trámite la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

10. Determinar si corresponde declarar procedente, improcedente, fundada o infundada la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

III. ANÁLISIS

11. Con el fin de emitir el pronunciamiento respecto a la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, se evaluarán los siguientes puntos:

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

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.

12. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley Nº 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
13. Al respecto, el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN², Decreto Supremo Nº 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 está 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.

¹ **Ley Nº 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.**

(...).”

14. 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 (...)*”.
15. 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 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. (...)”*
16. 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”.
17. 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^o del Código Civil⁴, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe.

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.

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.

18. De otro lado, el numeral 24.12 del Contrato de Concesión del AIJCH⁵ describe los criterios de interpretación que se aplican complementariamente, a los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil antes descritos.

B. Admisibilidad de la solicitud del Concesionario

19. Mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097 de fecha 26 de junio del año 2009, Lima Airport Partners S.R.L. remitió una solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.
20. Mediante Oficio N° 018-09-GAL-OSITRAN de fecha 1 de julio de 2009, OSITRAN requirió opinión al Concedente con relación a la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, habiendo dado respuesta mediante Oficio N° 977-2009-MTC/25 de fecha 3 de agosto de 2009.
21. 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 el marco contractual vigente y la pretensión del Concesionario, determinando si los argumentos vertidos en la solicitud de interpretación complementan o no la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, y de ser el caso, si dicha pretensión resulta procedente y fundada.

C. Marco Contractual

22. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH materia de la presente interpretación complementaria, establece lo siguiente:

*"2. De la Responsabilidad del Estado Peruano"
El Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encargará de entregar al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto dentro del plazo máximo establecido en el numeral 5.23 del Contrato y debidamente saneados."
[El subrayado es nuestro]*

23. Los numerales 1.2, 1.5, 1.8, 1.30, 1.31 y 1.34 de las Definiciones del Contrato de Concesión del AIJCH señalan lo siguiente:

⁵ 24.12. Interpretación del Contrato: El presente Contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente.

Las sumillas de las Cláusulas de este contrato servirán como referencia y, en ningún caso afectarán la interpretación de su texto.

En caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:

- a) El presente Contrato que incluye sus anexos.
- b) Las Circulares.
- c) Las Bases.
- d) Los anexos a las Bases.

“1.2 Aeropuerto significará el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” ubicado en la Av. Elmer Faucett s/n, Provincia Constitucional del Callao – Perú conforme puede apreciarse en el Plano 1 del Anexo 20, cuyo perímetro se encuentra delineado en el Plano 2 del Anexo 20 del presente Contrato y las áreas, infraestructura, instalaciones y equipos que lo conforman se encuentran detallados en el Anexo 1 del presente Contrato. El Aeropuerto incluirá las áreas destinadas para su ampliación, descritas en el Anexo 11 del presente Contrato, cuando culmine la adquisición de éstas por el Concedente. Los bienes del Aeropuerto que serán entregados en Concesión se encuentran detallados en el Anexo 2 del presente Contrato”.

[El subrayado es nuestro]

“1.5 Aprovechamiento Económico significará el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, en los términos y condiciones del presente Contrato, de conformidad con lo establecido en el Artículo 73 de la Constitución Política del Estado”.

[El Subrayado es nuestro]

“1.8 Bienes de la Concesión significarán los bienes, inicialmente identificados en el Anexo 2 del presente Contrato, las áreas descritas en el Anexo 11 del presente Contrato destinadas a la ampliación del Aeropuerto, cuyo Aprovechamiento Económico es entregado al Concesionario, así como las Mejoras que se efectúen durante la Vigencia de la Concesión”.

[El subrayado es nuestro]

“1.30 Medio Ambiente significará todo aquello que rodea al ser humano y que comprende a los elementos naturales, tanto físicos como biológicos, a los elementos artificiales (estructuras), los elementos sociales y a las interacciones de todos entre sí.”

“1.31 Mejoras significarán los bienes muebles e inmuebles así como el producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión destinados a optimizar la infraestructura aeroportuaria y la calidad de los Servicios Aeroportuarios y de los Servicios de Aeronavegación a cargo del Concesionario, conforme a lo estipulado en el Anexo 3 del presente Contrato, cuya adquisición y construcción será a cuenta y costo del Concesionario, conforme se establece en el presente Contrato. Las Mejoras tendrán la condición de Mejoras Obligatorias, Mejoras Eventuales y Mejoras Complementarias, según corresponda”.

“1.34 Mejoras Obligatorias significará aquellas Mejoras indicadas en la Cláusula 5.6 que se requiera implementar sin tener en consideración el volumen de tráfico o cualquier otro factor”.

24. El numeral 5.6 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

“5.6 Mejoras: Con sujeción a las disposiciones adicionales de esta Cláusula 5, el Concesionario realizará las Mejoras indicadas a continuación, conforme a lo establecido en el Anexo 6 del presente Contrato y a los Requisitos Técnicos Mínimos, salvo que se autorice de otra manera por escrito por el Concedente contando con la opinión técnica de OSITRAN.

(...)

5.6.2 Durante el Período Remanente de Vigencia de la Concesión

5.6.2.1 Mejoras Obligatorias

El Concesionario está obligado a construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación al final del décimo cuarto año de Vigencia de la Concesión o en cualquier caso, después de cinco (05) años desde la fecha en que el Concedente entregue al Concesionario, en su conjunto y en una sola

oportunidad, el área requerida para la ampliación del Aeropuerto, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.23.

(...)"

[El Subrayado es nuestro]

25. El numeral 5.23 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

"5.23 De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada en conjunto, en una sola oportunidad, salvo pacto en contrario de las Partes, al Concesionario por el Concedente dentro del plazo de ocho (08) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área, descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula, salvo que el Concedente acredite técnicamente y con la conformidad de OSITRAN que los terrenos entregados permiten el desarrollo del Plan Maestro del Concesionario en todos sus alcances.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

26. El numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

"18.1 Auditoría Ambiental y Estudio de Impacto Ambiental:

En un plazo de doce (12) meses contados a partir de la Fecha de Cierre, el Concesionario conviene en realizar, a su propio costo, una auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental, efectuados por una firma de consultores independientes de reconocido prestigio internacional y experiencia pertinente, seleccionada y contratada por el Concesionario de una lista, de cuanto menos tres (3) firmas, proporcionada por OSITRAN a dicho efecto. Dicha auditoría y estudio de impacto ambiental deberá incluir al Aeropuerto en su integridad y a los efectos de todas las operaciones realizadas en el mismo, incluyendo, sin limitarse, a los tanques y ductos de combustible, y los efectos contaminantes del ruido, humos, gasolina, aceites y otros hidrocarburos. El estudio de impacto ambiental deberá indicar un plazo máximo recomendable para el inicio de las actividades de limpieza y mitigación a cargo de cada una de las Partes así como el costo estimado de las mismas.

En la medida en que dichos estudios recomienden que se lleven a cabo actividades de limpieza y mantenimiento en el Aeropuerto, éstas se realizarán bajo responsabilidad de:

18.1.1 El Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera de la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre; en este caso, el Concedente deberá contar con el apoyo que pueda requerir razonablemente y con los derechos de acceso que fueren necesarios, tratando el Concedente de no interrumpir las operaciones normales del Aeropuerto, en la medida de lo posible; o

18.1.2 El Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido desde la Fecha de Cierre.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

27. El numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH señala lo siguiente:

"22.1 Asunción del Riesgo. Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente o para cualquiera de sus organismos, el Concesionario asume por su propia cuenta y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier Contrato de Operación, la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general, la realización de las Mejoras, aquellos gastos y riesgos derivados del uso de tecnología y patentes propias del Concesionario, y todas aquellas materias u operaciones

*bajo su control o bajo su responsabilidad de acuerdo con el presente Contrato, salvo lo establecido en la Cláusula 26 del presente Contrato”.
[El subrayado es nuestro]*

D. Argumentos del Concesionario y del Concedente

D.1 Argumentos del Concesionario

D.1.1 Limpieza y/o mitigación de daños ambientales

28. El Concesionario señala que “no existe una regulación específica acerca de cómo deben de ser asumidos entre las partes del Contrato de Concesión los riesgos por pasivos medioambientales en los terrenos”, por lo que corresponde al Concedente asumir dicho riesgo, toda vez que estaba o podía estar en mayor control de éste.
29. En este orden de ideas, el Concesionario señala que *“El Estado está obligado a realizar directamente, bajo responsabilidad y costo propios, la mitigación de los pasivos ambientales que pudieran requerir dichos terrenos”*. Para tal efecto, la obligación de saneamiento debe comprender *“(a) el realizar y ejecutar directamente la mitigación o el saneamiento propiamente dicho, como (b) el asumir la carga económica que ello implica”*.
30. Finalmente, los argumentos que sustentarían la pretensión del Concesionario se basan en lo siguiente:
 - La naturaleza del Contrato de Concesión, según la cual no se asignan riesgos al Concesionario que éste no asumió.
 - La aplicación del criterio general de asignación de riesgos en el ámbito contractual (cheapest cost avoider), que se encuentra recogido en el Código Civil y en la lógica del Contrato de Concesión.
 - La aplicación de lo estipulado en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, en los términos expresamente señalados en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN.

D.1.1.1. El Contrato de Concesión

31. El Concesionario señala que *“un Principio contenido en el Contrato de Concesión es que el Concesionario asuma una determinada obligación –y muy especialmente una que implique un costo o el desarrollo de actividades como consecuencia de hechos originados antes de recibir los bienes de la Concesión-, ésta debe de estar expresamente contemplada en el texto contractual”*.
32. Al respecto, el Concesionario señala que el Contrato de Concesión no establece que corresponde a éste efectuar directamente y a su costo, las labores de mitigación de daños ambientales en los terrenos que serán destinados a la

ampliación del AIJCH, por lo que, la ausencia de una obligación explícita no puede interpretarse como la presencia de una obligación implícita.

33. En tal sentido, el Concesionario sostiene que no existe sustento para exceptuar al Concedente de la regla derivada del deber de saneamiento (ejecutar y asumir el costo) y, por lo tanto, de la obligación de desarrollar las labores de mitigación de daños ambientales.

D.1.1.2. Aplicación del criterio general de asignación de riesgos previsto en el Código Civil.

34. El Concesionario señala que una interpretación adecuada del Contrato de Concesión respecto a las obligaciones de saneamiento ambiental de los terrenos, debería concluir que, ante la ausencia de pacto expreso entre las partes, la regla de asignación de riesgos refleje la lógica contractual vigente en el Código Civil, es decir, la regla del *cheapest cost avoider*.

35. Sobre el particular, el Concesionario indica que *“si aplicamos esta regla general recogida en nuestro Código Civil al presente caso, tendremos que la obligación en materia de saneamiento ambiental de los terrenos deberá estar determinada precisamente en función a la fecha de entrega de los Terrenos. Así, la obligación de saneamiento ambiental del Estado se referirá a todos aquellos daños ambientales ocurridos con anterioridad a la entrega de Terrenos, mientras que la de LAP se referirá a los daños ocurridos con posterioridad”*.

36. Como puede advertirse, el argumento del Concesionario parte por determinar quién tiene el control sobre cualquier aspecto que pudiera afectar a los Terrenos, el Estado, concluyendo que cualquier obligación ambiental derivada por hechos previos a la entrega de éstos, recaigan bajo su esfera de responsabilidad.

37. Por último, cabe mencionar que, el Concesionario indica que la aplicación del criterio del *“cheapest cost avoider”* es comúnmente aceptada y utilizada en diversos Contratos de Concesión (Aeropuertos del Perú, Tramo Ancón-Huacho-Pativilca, Tramo Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica, entre otros). Inclusive, LAP señala que este criterio de asignación de riesgos es aplicado en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión del AIJCH, referido a las obligaciones de mitigación de daño ambiental a realizarse en el Aeropuerto.

D.1.1.3. La obligación de saneamiento contenida en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.

38. El Concesionario sostiene que la obligación de saneamiento contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, está referida a cualquier aspecto físico o jurídico que pudiera impedir la utilización de los terrenos en la ampliación del AIJCH, los mismos que deberán ser previamente corregidos (saneado) por el Estado antes de su entrega a LAP.

39. Al respecto, el Concesionario es de la opinión que las obligaciones ambientales (limpieza y/o mitigación del daño ambiental), en la medida que se encuentran relacionadas precisamente a eliminar problemas que podrían limitar el uso de los terrenos y su utilización adecuada para la ampliación del AIJCH, se encuentran dentro del espectro de obligaciones de “saneamiento” del Estado establecidas en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.
40. En ese orden de ideas, el Concesionario sostiene que *“(...) en el caso de los Terrenos la obligación de saneamiento ambiental del Estado implica tanto el desarrollo de las labores necesarias de limpieza y/o mitigación de daño ambiental como la asunción de su costo económico. Dado que las partes no han efectuado pacto alguno en sentido contrario, no resulta legalmente posible concluir algo distinto”*.

D.1.2. Remoción, demolición, movilización traslado, retiro o, en general, eliminación de edificaciones

41. El Concesionario sostiene que los argumentos vertidos para sustentar su pretensión respecto a los pasivos medioambientales en los terrenos, resultan aplicables para el caso de la remoción, demolición, movilización, traslado, retiro o eliminación de edificaciones⁶.
42. En ese orden de ideas, el Concesionario señala que *“debe concluirse también que la recepción de los Terrenos citados por parte de LAP estará condicionada a que sobre los mismos no existan edificaciones ni, en general, obstáculos físicos (postes, construcciones –o restos de las mismas-, infraestructura, etc.) que representen una afectación que impida o restrinja la posesión y el uso de tales terrenos, atendiendo a los fines a los cuales están destinados conforme al Contrato de Concesión (ampliación del Aeropuerto)”*.

D.2 Argumentos del Concedente

43. Los órganos técnicos del sector Transportes, Dirección General de Asuntos Socio Ambientales y la Oficina General de Administración, han emitido opinión sobre la solicitud de interpretación complementaria efectuada por LAP, sosteniendo lo siguiente:
 - La Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante Informe N° 010-2009-MTC/16.LGC e Informe N° 019-2009-MTC/16.LGC, ha emitido opinión señalando que la Cláusula 18 del Contrato de Concesión es aplicable para la entrega de nuevas áreas que servirán para la construcción de la segunda

⁶ Al respecto, el Concesionario señala *“(...) los argumentos sostenidos (...) son aplicables al análisis requerido para determinar si corresponde al Estado efectuar directamente (es decir, por su propia actividad) y a su costo, las demoliciones y, en general, eliminación de edificaciones levantadas en los Terrenos como condición previa a su entrega a favor del Concesionario”*.

pista de aterrizaje. Agrega que el Contrato de Concesión establece claramente que la responsabilidad del Concedente se extiende a los pasivos ambientales generados hasta la entrega del aeropuerto.

- La Oficina General de Administración del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante informe N° 039-2009-MTC/10.05.ppst, ha emitido opinión señalando que la remoción de toda edificación de los predios a expropiarse no ha sido considerada en el Contrato de Concesión ni en la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN. El saneamiento físico legal implica tanto la regularización, formalización de la propiedad, acceso al registro público y levantamiento de los gravámenes que puedan existir; así como, a la regularización o adecuación de la partida registral a la que existe en la realidad.
44. El Concedente señala que la Cláusula 24.12 del Contrato de Concesión del AIJCH exige que la interpretación del Contrato debe realizarse como una unidad, para lo cual, no deberían optarse por sentidos normativos contradictorios o que disminuyan la eficiencia económica de cada disposición. Asimismo, la interpretación contractual debe respetar el objeto y naturaleza de la Concesión, la finalidad de la norma y atender a una lógica de eficiencia económica.
 45. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión establece una obligación de saneamiento físico legal, la misma que no implica acción alguna del Concedente sobre demolición o retiro de bien mueble. En atención a ello, luego de expropiado los predios para la ampliación del Aeropuerto, corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones transferirlos al Concesionario con el derecho de propiedad debidamente inscrito en los Registros Públicos a favor de dicho organismo, libres de todo gravamen, de todo tipo de posesionarios y efectivamente desocupados.
 46. Existe un pronunciamiento previo respecto al contenido del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión por parte de OSITRAN (Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN), de manera que, por un criterio de seguridad jurídica y atendiendo a la necesidad de garantizar predictibilidad en sus pronunciamientos, OSITRAN debería optar por reiterar el sentido expuesto en la parte resolutive del pronunciamiento aludido.
 47. El numeral 1.2 del Contrato de Concesión señala que los predios serán expropiados por el Concedente serán considerados parte del “aeropuerto” en tanto culmine su adquisición. Sin embargo, de conformidad con el numeral 1.8, serán considerados bienes de concesión sólo cuando sean entregados al Concesionario para su aprovechamiento económico, es decir, para la realización de las obras e inversiones que correspondan.
 48. La Cláusula 18.1 del Contrato de Concesión es aplicable a los bienes a ser expropiados por el Concedente, en tanto, la definición contractual del término aeropuerto, usado en el supuesto de hecho de la referida norma, contiene

dichos inmuebles cuando culmine su adquisición. Así, desde dicho supuesto los inmuebles expropiados se encontrarán contenidos en los alcances de la cláusula 18.1 pero los derechos y obligaciones sobre esos serán exigibles a las partes luego de su transferencia al Concesionario, adquiriendo de esta última forma su calidad de bienes de concesión.

E. Evaluación de Argumentos

E.1 Cuestión Previa: Sobre la interpretación de la Cláusula 18 del Contrato de Concesión

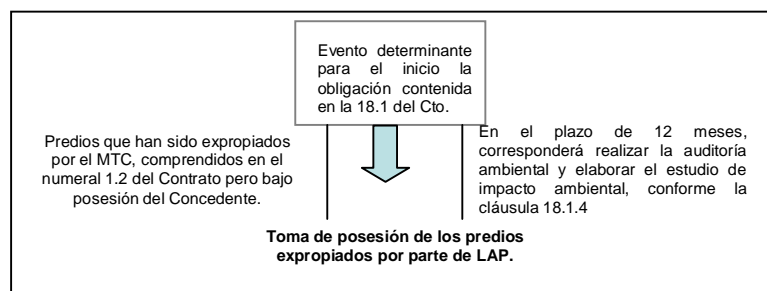
49. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha señalado que la Cláusula 18 del Contrato de Concesión, referida a aspectos vinculados a los pasivos ambientales, es aplicable a los bienes a ser expropiados por éste, luego de su transferencia al Concesionario (ex-post). Sobre el particular, el Concedente precisa que:

“(…) será responsabilidad para la remediación de los daños ambientales:

- Del Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera de la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido antes de la Fecha de Cierre; en este caso, deberá contar con el apoyo que pueda requerir razonablemente y con los derechos de acceso que fueren necesarios, tratando de no interrumpir las operaciones normales del Aeropuerto, en la medida de lo posible; o
- Del Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental que requiera la limpieza o las actividades de mitigación haya ocurrido desde la Fecha de Cierre.”

Cabe precisar que, el Concedente entiende por Fecha de Cierre, a “un evento que determine el inicio del cómputo de plazo, el cual sería la toma de posesión – entrega de predios expropiados”.

50. En líneas generales, conforme a lo señalado en el numeral 86 del Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL, la posición del Concedente se presentaría de la siguiente forma:



51. Por su parte, el Concesionario ha señalado que “para el caso de los Terrenos no existe en el Contrato de Concesión una regulación expresa o específica para la asignación entre las partes de los riesgos de saneamiento ambiental (limpieza

y/o mitigación de daños ambientales)”. Agrega que *“a diferencia del caso Aeropuerto recibido en la Fecha de Cierre, en el caso de los Terrenos la obligación de saneamiento ambiental del Estado implica tanto el desarrollo de las labores necesarias de limpieza y/o mitigación de daño ambiental, como la asunción de su costo económico”*, actividades que deben realizarse de manera previa a la entrega de los terrenos⁷.

52. Si bien, por un lado, existe la manifestación de voluntad por parte del Concedente de asumir la responsabilidad por los daños ambientales después de la entrega de los terrenos para la construcción de la segunda pista, previa auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental que determine las actividades de limpieza o mitigación que le corresponden y que hayan ocurrido antes de la entrega de los mismos; por el otro, el Concesionario manifiesta que no existe regulación expresa o específica sobre la responsabilidad por los daños ambientales en los terrenos, precisando que no resulta aplicable lo previsto en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión⁸.
53. En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN que interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión resolvió cuál es la obligación contractual que corresponde al Concedente al momento de la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH (ex-ante). Siendo este el caso, no corresponde ni es materia de evaluación del presente procedimiento de interpretación complementaria, la determinación y existencia de regulación sobre aquellas obligaciones ambientales que correspondan al Concedente y/o Concesionario de manera posterior a la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH (ex-post); por lo que lo señalado en parte del Punto II.2 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097, el numeral 5 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132 y el numeral 3.6.4 del Informe N° 457-2009-MTC/25-RCL, no resulta pertinente para el presente caso.
54. Cabe resaltar que, el Concedente ha señalado que *“a efectos de absolver la discrepancia sobre la obligación ambiental respecto a los nuevos predios a expropiarse, corresponde que este Ministerio solicite la interpretación de la cláusula contractual 18.1, en concordancia con la 5.23, 1.8 y 1.2”*. Sin embargo,

⁷ El numeral (g) de las Conclusiones de la Carta LAP-GCCO-C-2009-00097 señala lo siguiente:

“(g) Por lo expuesto, consideramos que vuestro Organismo debe interpretar el citado numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión en el sentido de que, para el cumplimiento de la obligación de saneamiento de los Terrenos (y, por tanto, como condición para que el Concesionario proceda a recibir los mismos), el Estado –entre otros aspectos– deberá previamente:

- Realizar a su costo, cargo y responsabilidad, el respectivo saneamiento ambiental sobre dichos Terrenos, llevando a cabo los trabajos necesarios de limpieza y/o mitigación de los daños ambientales que existieran en los mismos; y
- Remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados Terrenos.”

⁸ Carta LAP-GCCO-C-2009-00097. Similar opinión obra en el numeral 5 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132.

“(…)”

53. *Como desarrollaremos a continuación, es claro que dicha regulación de naturaleza especial y excepcional, se aplica exclusivamente para el Aeropuerto recibido en la Fecha de Cierre y, por lo tanto, no resulta aplicable al caso de los pasivos ambientales vinculados a los Terrenos.*”

[El subrayado es nuestro]

a la fecha, no existe solicitud alguna cuya pretensión comprenda la evaluación de la Cláusula 18 del Contrato de Concesión.

55. En atención a lo antes expuesto, la pretensión referida a la obligación ambiental sobre los terrenos entregados al Concesionario para la ampliación del AIJCH, conforme a la Cláusula 18 del Contrato de Concesión, no corresponde ser evaluado en el presente procedimiento de interpretación, máxime aún, si tanto el Concedente como el Concesionario, no han solicitado la interpretación de la referida Cláusula correspondiente. Incluso, debemos precisar que el Concesionario ha manifestado que la Cláusula 18 del Contrato de Concesión resulta inaplicable para los terrenos entregados para la ampliación del AIJCH.

E.2 Análisis de los Riesgos asumidos por las Partes en el Contrato de Concesión y sus Bases

56. El Contrato de Concesión y sus Bases, entre otros⁹, fijan las reglas que debe sujetarse el Concedente y el Concesionario. Así, la regla general prevista en el Contrato prevé que el Concesionario asume los riesgos de la Concesión, salvo para aquellos casos en los que se establece expresamente en el Contrato la responsabilidad del Concedente. En tal sentido, ahí donde no está establecido expresamente un riesgo a favor del Concedente, en atención al Contrato de Concesión del AIJCH, el Concesionario debe asumirlo.

57. Al respecto, el numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH prevé lo siguiente:

"22.1 Asunción de Riesgo. Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente o para cualquiera de sus organismos, el Concesionario asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier Contrato de Operación, la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general, la realización de las Mejoras, aquellos gastos y riesgos derivados del uso de tecnología y patentes propias del Concesionario, y todas aquellas materias u operaciones bajo su control bajo su responsabilidad de acuerdo con el presente Contrato, salvo lo establecido en la Cláusula 26 del presente Contrato."

[El subrayado es nuestro]

58. En atención al numeral antes citado, y aplicando la regla general definida en el Contrato de Concesión y sus Bases, corresponderá al Concesionario, en el caso específico de las Mejoras, asumir el gasto y riesgo de su realización. Sobre el

⁹ En el caso de la interpretación del Contrato de Concesión, la prelación de la documentación para solucionar la discrepancia es la siguiente:

"24.12. Interpretación del Contrato:

(...)

En caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:

1. El presente Contrato que incluye sus anexos.
2. Las circulares.
3. Las Bases.
4. Los anexos a las Bases."

particular, constituye una Mejora Obligatoria, tal como se establece en el numeral 5.6.2.1 del Contrato de Concesión del AIJCH, la construcción de “una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación al final de decimo primer año de vigencia de la concesión”.

59. El numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH establece que:

“El Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encargará de entregar al Concesionario los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto dentro del plazo máximo establecido en el numeral 5.23 del Contrato, y debidamente saneados”.

[El subrayado es nuestro]

60. Como puede advertirse, el Contrato de Concesión ha establecido indubitablemente la responsabilidad del Concedente en la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto. Asimismo, el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH ha establecido que los terrenos deben estar debidamente saneados. Con relación a este último aspecto, sin perjuicio de abordarlo en el numeral E.3 del presente informe, OSITRAN ya interpretó el referido numeral del Contrato de Concesión del AIJCH, estableciendo que el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP, Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN.

61. Cabe recordar que, durante el uso de la palabra realizado ante el Consejo Directivo de OSITRAN de fecha 12 de agosto de 2009, el Concesionario señaló que su pretensión era una aclaración a la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN¹⁰. Sobre el particular, el artículo 406° del Texto Único del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial N° 010-93-JUS¹¹, norma de aplicación supletoria¹², prevé que “*El juez no puede alterar las resoluciones después de notificarlas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión. El pedido de*

¹⁰ Sobre el particular, la cuarta lámina de la presentación de Lima Airport Partners señala:

“Solicitud de aclaración

(...)

A esta conclusión se llega con la mera aplicación de los criterios recogidos en la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN. No obstante, dada la importancia del tema y de la aparente discrepancia que existe al respecto de parte del MTC, requerimos su expresa aclaración”.

[El subrayado es nuestro]

¹¹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 23 de abril de 1993.

¹² La Primera Disposición Complementaria y Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil prevé lo siguiente:

“Primera.-

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.”

aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable". En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN agotó la vía administrativa, habiendo transcurrido más de tres años desde su expedición y notificación, por lo no que no cabe, en atención a la norma antes citada, solicitar aclaración alguna de la referida Resolución.

62. En tal sentido, en atención al numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH y lo antes señalado, los riesgos vinculados con el saneamiento ambiental, así como los referidos a la demolición y eliminación de cualquier edificación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, corresponderán ser asumidos por el Concesionario. Cabe precisar que dichos riesgos, no se encuentran previstos el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, toda vez que el procedimiento de interpretación contractual del referido numeral, definió el contenido y alcance del término "*debidamente saneado*" previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, tal como se indica en el numeral 60 del presente informe.
63. En conclusión, el Contrato de Concesión sí cuenta con cláusulas contractuales que precisan quien asume las obligaciones por la realización de las Mejoras, y en particular, sobre aquellas Mejoras Obligatorias vinculadas con la ejecución de la segunda pista de aterrizaje en los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH¹³.
64. Ahora bien, para que el Contrato de Concesión del AIJCH haya previsto que el Concesionario hace suyo dichos riesgos, resulta evidente que, previamente, éste debe contar con los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, es decir, una vez que el Concedente hace entrega de los referidos terrenos, la obligación de saneamiento ambiental, así como la demolición y eliminación de cualquier edificación, resultan exigibles¹⁴.
65. El numeral 2.1 del Contrato de Concesión del AIJCH establece que:

¹³ Sobre este aspecto, el numeral 3.1 del Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL señala:

"Para ello, el Concesionario, entre otros argumentos, sostiene que **el criterio de asignación de riesgos**, es la regla lógica más económica y refleja lo que las partes pueden o están en condiciones de pactar, de manera que, los costos o riesgos derivados o vinculados a la ejecución de un contrato son asumidos por aquella que está en mejor capacidad para controlarlos y mitigarlos.

No obstante lo anterior, debemos señalar que no corresponde aplicar la teoría de asignación de riesgos si el CONTRATO DE CONCESIÓN regula de manera expresa y taxativa quien es la parte que debe asumir el riesgo."

De igual modo, el Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL indica:

"En ese sentido, no sería adecuado ni viable interpretar que la demolición de la construcción y fábrica de los bienes a ser entregados para la ampliación del AIJCH le corresponden al Estado; toda vez que la cláusula 22.1 ha prescrito que el Concesionario es quien debe asumir por su propia cuenta, los gastos y riesgos referidos a la realización de las mejoras".

¹⁴ El numeral 3 del Anexo 11 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"3. De la Obligación del Concesionario

Efectuada la entrega al Concesionario de los terrenos a que se refiere este Anexo, éste estará obligado a iniciar las respectivas obras conforme a lo estipulado en su propuesta técnica contenida en el Anexo 6 del presente Contrato."

“2.1 Otorgamiento de la Concesión. El Concedente por el presente Contrato otorga al Concesionario, (...), el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos en el presente Contrato. En virtud de la Concesión, el Concesionario será responsable (...) del diseño y construcción de las Mejoras (...)”.

[El subrayado es nuestro]

66. Se entiende por Aprovechamiento Económico, conforme al numeral 1.5 del Contrato de Concesión del AIJCH, el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, los cuales conforme al numeral 1.8 del Contrato de Concesión del AIJCH, son aquellos inicialmente identificados en el Anexo 2, las áreas descritas en el Anexo 11 destinadas a la ampliación del Aeropuerto, cuyo Aprovechamiento Económico es entregado al Concesionario, así como las Mejoras que se efectúen durante la vigencia de la Concesión.
67. Como puede advertirse, podemos resaltar que el Concedente, en el caso materia de evaluación, garantiza al Concesionario su derecho a la operación y explotación de los Bienes de la Concesión, encontrándose entre ellos, los terrenos destinados a la ampliación del Aeropuerto. En ese sentido, no correspondería que el Concedente asuma previamente el saneamiento ambiental sobre dichos terrenos, así como tampoco, demoler y eliminar cualquier edificación que exista sobre los referidos terrenos, más aún cuando el propio Contrato de Concesión asigna dicho riesgo al Concesionario, con excepción de lo señalado en el numeral E.1 del presente informe.
68. De otro lado, las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en adelante LAS BASES, prevén lo siguiente¹⁵:

“6.6.3 Documentos de Propuesta Técnica

6.6.3.1 Planes maestros de desarrollo conceptual

(...)

El Postor preparará y presentará sus propios cálculos para los siguientes rubros en el formato establecido en el plan maestro conceptual referencial:

(...)

- Estimación de todos los costos requeridos por el desarrollo de la infraestructura aeroportuaria y mantenimiento aeroportuario.”*

¹⁵ De manera específica, el numeral 6.6.3.1.2 de LAS BASES señala lo siguiente:

“6.6.3.1.2. Período Remanente de Vigencia de la Concesión: Plan Maestro Conceptual General de Desarrollo.

(...)

El plan maestro de desarrollo conceptual general deberá proporcionar detalles razonables con respecto a la naturaleza y costo proyectado de las instalaciones (a nivel macro) que se prevea requerir en cada periodo de la capacidad de crecimiento”.

69. Como puede advertirse, el Postor y actual Concesionario debía definir los costos que eran necesarios para la construcción de la segunda pista de aterrizaje, en base al Plan Maestro de Desarrollo Conceptual que presentó, costos que debía incorporar en su oferta técnica¹⁶. Cabe resaltar que, el Postor conocía cuál era la real situación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH¹⁷, es decir, la existencia de un extenso terreno agrícola, la existencia de algunas edificaciones de los poseedores, así como de algunas empresas que operaban en dichos terrenos, los cuales son materia de un proceso de expropiación por parte del Estado¹⁸.
70. Así, en lo que respecta al rubro “*remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados*”

¹⁶ Según los Términos de Referencia Técnicos, tenemos lo siguiente:

“Anexo N° 6 – Sección 3.0

3.7 Normas Operacionales que determinarán el Desarrollo realizado por los Concesionarios Aeroportuarios en la 2ª Pista de Aterrizaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

Construcción de una Segunda Pista de Aterrizaje

El Concesionario deberá tener totalmente construida una Segunda Pista de Aterrizaje y lista para entrar en operación al final del décimo primer año de Vigencia de la Concesión”.

De otro lado, el Apéndice 9 Anexo 8 atiende una Consulta de uno de los Postores, con la finalidad de establecer las partidas a la estructura básica del presupuesto del plan maestro referencial. Al respecto, la Consulta N° 7 señala lo siguiente:

“CONSULTA N° 7

Confirmar que los postores pueden adicionar partidas de costos unitarios a la estructura básica del presupuesto del plan maestro referencial, según formato de Parsons.

RESPUESTA:

Sí; los Postores pueden adicionar partidas de costos unitarios a la estructura básica del presupuesto del plan maestro referencial.”

¹⁷ El Anexo N° 7 de las Bases “Descripción Detallada del Aeropuerto” delimita la ubicación de éste, así como sus coordenadas geográficas, precisándose que “parte de los inmuebles que conforman el Aeropuerto serán entregados en Concesión y se encuentran detallados en el Anexo 2 del Contrato de Concesión”.

¹⁸ Según el Plan Maestro Conceptual General (Años 1 al 30) de LAP tenemos:

“2.2-A Consideraciones Generales

Las metas de planificación se han establecido para garantizar que el Plan Maestro se concentre en puntos de desarrollo clave como seguridad, eficiencia operativa, conveniencia de los pasajeros, flexibilidad en los diseños y dimensiones adecuadas de las instalaciones. Estas metas tienen que equilibrarse con la necesidad de que los planes sean económica y ecológicamente viables.

Dichas metas de planificación y otras consideraciones importantes que influyen significativamente en el desarrollo del plan maestro se detallan a continuación:

(...)

- Adquirir Terrenos Expropiados – Como se tratará posteriormente en este capítulo, la zona al Oeste del aeropuerto se ha identificado como el lugar predilecto para el desarrollo futuro del aeropuerto, lo que incluye la construcción de una nueva pista de aterrizaje paralela y un complejo de terminal en la zona central. Los referidos terrenos, que son de propiedad de agricultores y otras personas, serán adquiridos por el Concedente y entregados al Concesionario antes del fin del cuarto año de la Concesión.”

[El subrayado es nuestro]

terrenos”¹⁹, costos vinculados con la ejecución de la segunda pista de aterrizaje, la propuesta técnica del Postor y actual Concesionario, establece lo siguiente²⁰:

“2.1.1-B.5 Desarrollo en el año 5 de la Concesión (Figura PMD-FD-5)

(...)

Sistema de Campo Aéreo

Pista de Aterrizaje.- Se construirán el nuevo cerco perimétrico y la vía perimétrica en los nuevos terrenos del aeropuerto y se iniciarán los trabajos preliminares de preparación de terreno para la futura construcción de la nueva pista de aterrizaje, incluyendo la limpieza de vegetación.”

[El subrayado es nuestro]

71. En las obras de Ingeniería Civil, conforme se indica en el texto “Costos y Presupuestos en Edificación - 2004” auspiciado por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), se entiende por **trabajos preliminares**, haciendo aplicable lo señalado en el Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, Decreto Supremo N° 013-79-VC, aquellas labores previas y necesarias para iniciar la obra. En ese orden de ideas, al momento de establecer los costos para la construcción de la futura pista de aterrizaje, el Postor y actual Concesionario debía incluir todos los costos que son necesarios para iniciar la construcción de la referida pista de aterrizaje. Para tal efecto, el referido Reglamento, identifica cuáles son los costos vinculados bajo el rubro “trabajo preliminares”, siendo los siguientes:

“02.00 TRABAJOS PRELIMINARES

(...)

02.01 LIMPIEZA DE TERRENO

Esta partida comprende los trabajos que deben ejecutarse para la eliminación de basura, elementos sueltos, livianos y pesados existentes en toda el área del terreno, así como de maleza y arbustos de fácil extracción. No incluye elementos enterrados de ningún tipo.

(...)

02.02 ELIMINACIÓN DE OBSTRUCCIONES

Comprende la eliminación de elementos aislados, parcial o totalmente enterrados; tales como árboles, raíces, rocas, postes y en general cualquier otro elemento sujeto a la tierra, incluyendo su carga, transporte y descarga fuera de la obra.

(...)

02.03 REMOCIONES

¹⁹ Según Carta LAP-GCCO-C-2009-00097 de fecha 26 de junio de 2009.

²⁰ En este mismo sentido, el Plan Maestro Conceptual de LAP señala lo siguiente:

“2.1.1-B.6 Desarrollo en el año 6 de la Concesión (Figura PMD-FD-6)

(...)

Sistema de Campo Aéreo

- Pista de Aterrizaje.- Se construirán los trabajos preliminares de preparación de terreno para la futura construcción de la nueva pista de aterrizaje, incluyendo la limpieza de la capa de tierra.”

“2.1.1-B.7 Desarrollo en el año 7 de la Concesión (Figura PMD-FD-7)

(...)

Sistema de Campo Aéreo

(...)

- Pista de Aterrizaje.- En esta etapa, se comienza la fase de pre-carga de los terrenos en preparación para la construcción de la segunda pista de aterrizaje, de 3,480 metros de longitud por 45 metros de ancho y a una distancia de 1,070 metros de la pista existente, que será inaugurada en el año 11.”

Comprende el desarmado de aquellos elementos que deben ser desmontados sin ser dañados, tales como estructuras metálicas o de madera, puertas, ventanas, construcciones artísticas, monumentos, etc.

(...)

02.04 DEMOLICIONES

Se considera en esta partida la eliminación de aquellas construcciones que se encuentran en el área del terreno destinadas a la construcción de la obra. Incluye las obras de preparación (apuntalamientos, defensas, etc); la demolición de todas las estructuras. Incluso las que están debajo del terreno (cimientos, zapatas, etc), el relleno de las zanjas existentes o abiertas por necesidad de la demolición y el transporte fuera de obra de todos los materiales su aplicación en la obra.

(...)"

72. Como puede advertirse, al momento de elaborarse los presupuestos para la ejecución de la segunda pista de aterrizaje y otros, el Postor y actual Concesionario debía incluir el costo que corresponde por la ejecución de los trabajos preliminares en dicha obra, es decir, aquellos costos que comprenden la *"limpieza de terreno, eliminación de obstrucciones, remociones, demoliciones, transportes de maquinaria, apuntalamientos de construcciones existentes y trazos, niveles y replanteo"*, conforme al Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, que si bien establece criterios uniformes a las entidades públicas durante la ejecución de obras, es de común uso para las diversas obras de edificación.
73. Sobre el particular, el Concesionario, en el numeral 4 de su Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132, ha señalado que *"el Reglamento no resulta aplicable a LAP sino exclusivamente a las entidades públicas que llevan a cabo obras también públicas"*. De igual modo, indica que el Anexo 6 del Contrato de Concesión *"no comprendía partida alguna referida a "demoliciones"*. Al respecto, discrepamos de la opinión efectuada por el Concesionario, toda vez que, (i) existe la obligación del Concesionario de cumplir con el marco normativo legal vigente, como es el caso de Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, máxime si dicha norma ha sido aprobada mediante Decreto Supremo que tiene carácter general y es de aplicación nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 29158²¹, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (ii) el numeral 24.4 del Contrato de Concesión prevé que el *"contrato se interpretará y regirá de acuerdo con las leyes del Perú"*, en ese sentido, es exigible el Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, (iii) el Estado al momento de otorgar en concesión el aeropuerto, ha hecho uso del Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, norma que define los conceptos que son utilizados en diversas obras de edificación, (iv) las Bases contenían un presupuesto referencial que podía ser objeto de modificación por parte del Concesionario, quien podía incluir o no, partidas por los diferentes costos que asumía, en base a los riesgos asignados en el diseño de Contrato de Concesión, por lo que, éste pudo incluir el concepto de demoliciones.

²¹ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 20 de diciembre de 2007.

74. En ese orden de ideas, considerando que el Concesionario ha determinado los costos que corresponden por la ejecución de la segunda pista de aterrizaje, entre otros, costos que están incluidos en su oferta técnica; no cabe interpretar que el Concedente esté en la obligación de efectuar pago adicional alguno por dicho concepto, pues, conforme a lo señalado, ello no obra en el texto del Contrato de Concesión y las Bases, en particular, en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, menos aún en el contenido de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN que interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión²².
75. Al respecto, cabe recordar que en atención al numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH y a lo señalado en el presente informe, los riesgos vinculados con la demolición y eliminación de cualquier edificación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, corresponderán ser asumidos por el Concesionario. Dichos conceptos formaban parte del diseño del Contrato de Concesión, siendo el Concesionario quien debía determinar su magnitud y costo, para posteriormente incluirlos en su Oferta. Debe precisarse que dichos riesgos, no se encuentran previstos el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, conforme a lo indicado en el presente Informe.
76. En el caso particular de la Oferta del Concesionario, su presupuesto contiene la realización de obras preliminares. Asimismo, los referidos presupuestos contemplan un costo contingente, en caso se incrementen los costos durante la ejecución de la obra. Al respecto, cabe mencionar que la decisión de incluir un valor contingente, responde a que los terrenos para la ejecución de la segunda pista y otros, debían ser entregados por el Estado Peruano en un momento posterior, una vez que expropie los terrenos. Así, una vez efectuada la entrega física, el Concesionario recién tomaría conocimiento del valor real del costo del presupuesto para la ejecución de los trabajos preliminares, por lo que éste tendría que prever dicho costo en su Oferta.
77. En el supuesto negado que la oferta del Concesionario contenga errores u omisiones con relación a los costos que corresponden por la ejecución de la segunda pista de aterrizaje y otros, dichos errores y omisiones no pueden ser reputados al Concedente, debiendo ser asumidos por el Concesionario²³.

²² Aceptar la propuesta del Concesionario implicaría variar las condiciones del proceso para la entrega en concesión al sector privado del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, privilegiando a un postor frente a otro, remunerándose los errores u otorgando monto adicional de manera posterior a la Oferta. Esta situación implica una vulneración al principio de igual de postores.

²³ El numeral 3.4 de la Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, establece la limitación de responsabilidad del Estado con relación a las Ofertas de los Postores. Al respecto, tenemos:

3.4 Limitaciones de Responsabilidad

3.4.1 Decisión Independiente de los Postores

Todos los Postores Calificados deberán basar su decisión de presentar o no su Oferta Económica en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas y entrevistas.

3.4.2 Limitación de Responsabilidad

El Estado Peruano o cualquier dependencia de éste, (...) no se hacen responsables de, y no garantizan, no expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que suministren a los efectos de, o dentro de la Licitación. En consecuencia, ninguna de las Personas que participen podrán atribuir

E.3 Sobre la Resolución del Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN

78. Como hemos señalado, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, estableciendo la obligación contractual de entrega de los terrenos que son necesarios para la ampliación del AIJCH.
79. En dicha oportunidad, OSITRAN resolvió, entre otros, que el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP de acuerdo al Contrato de Concesión. Similar decisión ha sido reiterada en el Acuerdo N° 932-235-07-CD-OSITRAN de fecha 28 de febrero de 2007 que aprueba el Informe N° 09-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
80. Discrepamos de la opinión del Concesionario, en el sentido que la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN no resuelve cuál es la interpretación del término “debidamente saneado” previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, sino que *“sienta los criterios interpretativos que deben orientar la evaluación de cualquier supuesto adicional que no hubiera sido expresa y directamente regulado en la Resolución, y que pudiera presentarse en las áreas en cuestión”*. Al respecto, una breve lectura del texto de la Resolución de Consejo Directivo nos permite colegir, claramente, que el Consejo Directivo resolvió cuál es la interpretación del término “debidamente saneado”, previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, definiendo la obligación que corresponde al Concedente para la entrega de los terrenos para la ampliación del aeropuerto. De este modo, el Consejo Directivo dio cumplimiento a su obligación de determinar el sentido de la Cláusula del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación.
81. Cabe precisar que, respecto a la decisión adoptada en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, el Concedente ni el Concesionario no cuestionaron dicha interpretación, por lo que conforme a lo previsto en el artículo 212° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la interpretación adoptada constituye un acto firme²⁴.

responsabilidad alguna a ninguna de las partes antes mencionadas (...) por el uso que pueda darse a dicha información, o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización u otra causa no expresamente contemplada en este inciso 3.4.2.”

²⁴ El artículo 212° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, establece que:

“Artículo 212°.- Acto Firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho de articularlos quedando firme el acto.”

[El subrayado es nuestro]

82. Se entiende por acto firme, según lo señalado por Morón Urbina²⁵, aquel que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, al haberse extinguido los plazos fugaces para ejercer el derecho de contradicción. Vencidos estos plazos, sin presentar recursos o habiéndolos presentados en forma incorrecta sin subsanarlos, el administrado queda sujeto a estos actos, sin poder alegar petitorios, reclamaciones o instrumentos procesales análogos.

83. De otro lado, el artículo 218º de la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé que:

“Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o

b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210 de la presente Ley; o

d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202 y 203 de esta Ley; o

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.”

84. En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, en base a lo señalado en el artículo 218º precedente, agota la vía administrativa, por lo que no cabe impugnación administrativa alguna, debiendo haberse recurrido al Poder Judicial, en su oportunidad.

85. En ese orden de ideas, considerando que la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH tiene por objeto revisar la responsabilidad del Estado Peruano para la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto, respecto de lo que debe entenderse por “*debidamente saneado*”, pretendiendo variar de

²⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. División de Estudios Administrativos Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Páginas. 464-465.

este modo un acto firme contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN y que agota la vía administrativa, dicha pretensión resulta manifiestamente improcedente.

86. Por último, lo señalado en la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097, Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132, Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL e Informe N° 515-2009-MTC/25.RCL, sobre lo que debe entenderse por “debidamente saneado” en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, no resulta pertinente, en base a los argumentos antes descritos.

POR LO EXPUESTO y en virtud del Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo; el Literal d) del Artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM; a lo dispuesto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; estando a lo acordado en la Sesión del Consejo Directivo de fecha 23 de septiembre de 2009 y, al Informe N° 019-09-GS-GAL-OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR improcedente la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en base a los argumentos expuestos en la presente Resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 019-09-GS-GAL-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a Lima Airport Partners S.R.L.

TERCERO.- DISPONER 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