

**CONSEJO DIRECTIVO DEL OSITRAN
RESOLUCION Nº 015 - 2001-CD/OSITRAN**

PROCEDENCIA : GERENCIA LEGAL
SOLICITANTE : LIMA AIRPORT PARTENERS S.R.L.
MATERIA : PROCEDENCIA DE SOLICITUD
DE MODIFICACIÓN DE
CONTRATO

Lima, 02 de julio de 2001.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de noviembre de 2000, el Estado Peruano otorga al consorcio conformado por las empresas Flughafen Frankfurt Main – Bechtel Enterprises International Limited – Cosapi S.A., la Buena Pro de la licitación pública internacional para la concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.
2. De conformidad con las Bases de la licitación, el consorcio adjudicatario de la licitación constituyó a la empresa concesionaria.
3. Con fecha 14 de febrero de 2001, el Estado Peruano y la empresa LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., en adelante LAP, suscribieron el contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, en adelante AIJCH.
4. Con fecha 29 de mayo, LAP presenta ante OSITRAN la carta fechada el 28 de mayo, en mérito de la cual solicita la modificación de los siguientes cinco temas, vinculados a los siguientes trece numerales del contrato de concesión:
 - **Restablecimiento del equilibrio económico**, (numeral 26.2 de la cláusula 26 del contrato de concesión);
 - **Fuerza mayor** (numerales 13.1.3, 13.2, 13.3, 13.4, 15.1.4, 15.6 y 15.7);
 - **La construcción de la segunda pista de aterrizaje** (numerales 5.6.2.1 y 15.5);
 - **La Definición de Acreedores Permitidos** (numeral 1.1), y;
 - **Garantías** (numerales 21.1 y 21.3).
5. Con fecha 30 de mayo, LAP subsana la falta de presentación de la copia del documento que acredita la representación suficiente de la persona que suscribió la solicitud a que se hace referencia en el numeral precedente en nombre de la empresa concesionaria, así como la presentación de la copia del comprobante de pago de la tasa por derecho de trámite, en cumplimiento de lo establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de OSITRAN, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 02 de mayo de 2001.
6. Con fecha 04 de junio, la Gerencia General de OSITRAN remite a LAP la carta Nº 075 - 01 - GG - OSITRAN, mediante la cual solicita a la empresa concesionaria - por encargo del Consejo Directivo - que amplíe la información relativa a las solicitudes de modificación contractual presentadas por dicha empresa, sobre la base de los requerimientos del potencial acreedor permitido.

7. Con fecha 06 de junio, LAP remite a OSITRAN información complementaria relacionada con el potencial acreedor permitido y solicita que su identidad se califique como información confidencial hasta que concluyan las negociaciones para acceder al financiamiento.
8. Con fecha 13 de junio de 2001 se adopta el Acuerdo de Consejo Directivo N° 177 - 65 - 01 - DTIT - OSITRAN, en virtud del cual se declara la procedencia, procedencia en parte e improcedencia de las solicitudes de modificación del contrato propuestas por LAP en su comunicación fechada el 28 de mayo.
9. Con fecha 25 de junio LAP presenta ante OSITRAN una comunicación mediante la cual solicita a OSITRAN: que reconsidere su decisión relativa a la emisión de una resolución de CD que interprete el numeral 15.5. - c) del contrato de concesión, sin efectuar la modificación expresa del mismo; reconsiderar la decisión relativa a la declaración de improcedencia de la solicitud de modificación del numeral 5.6.2.1., y por último; solicita se le aclare el sentido del Acuerdo al que se hace referencia en el numeral anterior en cuanto a la declaración de improcedencia de la solicitud de modificación del numeral 13.2.
10. Con fecha 27 de junio de 2001 se adopta el Acuerdo de Consejo Directivo N° 178-66-01-CD-OSITRAN que, entre otros aspectos, reconsidera la declaración de improcedencia de la inclusión de un nuevo numeral 15.5. c, dentro del numeral 15.5, señalada en el literal d) del acuerdo N° 177-65-01-CD-OSITRAN y declara la procedencia de dicha solicitud de modificación.

II. BASE LEGAL

1. LEY N° 26917:

- Artículo 7.1 - f)¹
- Artículo 12²

2. D. L. N° 768 - Código Procesal Civil:

- Primera Disposición Final³
- Artículo 128⁴
- Artículo 427⁵

¹ "Artículo 7.- Funciones:

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción".

² "Artículo 12.- Funciones principales del Consejo Directivo

Constituyen funciones principales del Consejo Directivo, las siguientes:

d) Declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión;"

³"PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza".

⁴Art. 128.- El juez declarará la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo."

⁵Art. 427.- El juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;

3. D.S. N° 010 - 2001 - PCM:

- Artículo 34⁶

4. D.S. N° 059 - 96 - PCM:

- Artículo 32⁷
- Artículo 33⁸

5. EL CONTRATO DE CONCESIÓN:

- Numerales: 1.1., 5.6.2.1., 13.1.3., 13.2., 13.3., 13.4., 15.1.4., 15.5., 15.6., 15.7., 21.1., 21.3., 24.7. y 26.2. del contrato de concesión.

III. CONSIDERACIONES GENERALES

III.1 Sobre el análisis de procedencia de las solicitudes de modificación o renegociación de los contratos de concesión que se presentan ante OSITRAN

1. Conforme a lo que establece el Art. 7.1.º - f) y 12º de la Ley N° 26917, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN evaluar y declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público que le presenten sus Entidades Prestadoras privadas.
2. De acuerdo a lo que establece la mencionada norma, cuando OSITRAN establezca que la solicitud de renegociación o revisión es procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al MTC, para la correspondiente aprobación o desaprobación de la solicitud.

-
3. Advierta la caducidad del derecho;
 4. Carezca de competencia;
 5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
 7. Contenga una indebida acumulación de peticiones.

Si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declarará así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. (...)"

⁶ "Artículo 34.- Opinión Previa y Supervisión de los contratos.
(...)"

En ese mismo sentido el OSITRAN deberá emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para tal efecto el OSITRAN deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD PRESTADORA".

⁷ "Artículo 32.- El Estado podrá:

d) modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente."

⁸ "Artículo 33.- Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- a) la naturaleza de la concesión;
- b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
- c) el equilibrio financiero para ambas partes"

3. El Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por D.S. N° 02 - 94 - JUS, no regula la declaración de improcedencia de las solicitudes que se presentan ante los organismos de la Administración pública, por tanto, dichos supuestos se rigen supletoriamente por la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil, en adelante CPC.⁹
4. En ese sentido, tomando en cuenta que el trámite correspondiente a la solicitud de modificación o reconversión de los contratos de concesión está contemplado en el TUPA de OSITRAN, como un procedimiento administrativo en su esfera de competencias, corresponde aplicar, en defecto de la regulación procesal del D.S. N° 02 - 94 - JUS, la norma procesal general.
5. En consecuencia, en aplicación supletoria del CPC, el Art. 128° del CPC, queda establecido que el órgano correspondiente de la Administración Pública - en este caso OSITRAN - declarará la improcedencia de las solicitudes si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.
6. Los requisitos de fondo a ser tomados en cuenta por los órganos de la administración pública para la declaración de improcedencia son los estipulados en el Art. 427° del CPC¹⁰.
7. Al respecto, se hará una descripción de las consideraciones que éste órgano colegiado deberá tomar en cuenta en el análisis de procedencia.

- **De la legitimidad para obrar**

8. El numeral 1 del Art. 427° del CPC, establece que el órgano correspondiente de la Administración Pública declara la improcedencia de la solicitud si el solicitante carece evidentemente de legitimidad para obrar.
9. Al respecto, es necesario considerar que tener *legitimidad para obrar* consiste en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial puede formular pretensiones, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida que debe ser objeto de evaluación o decisión del órgano competente; o ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado.¹¹
10. Se trata entonces de una declaración de improcedencia debido a que la ley no concede acción en función de determinada situación jurídica.
11. Para ilustrar los alcances del concepto "legitimidad para obrar" es conveniente considerar lo señalado por Nelson Ramírez Jiménez:

"b) Improcedente una demanda cuando el demandante no tenga evidentemente legitimidad para obrar (por ejemplo demanda el divorcio por causal quien no es cónyuge del demandado o demanda el cobro de una letra quien no es el emitente ni aparece como tenedor legítimo vía endose)"¹²
12. En esa línea, es necesario analizar qué está comprendido en la noción, "ser la persona que de conformidad con la ley sustancial puede formular pretensiones" o qué significa, en el contexto de una solicitud de modificación de contrato de

⁹ Ver nota N° 3.

¹⁰ Ver nota N° 5.

¹¹ DAVIS ECHANDIA, Hernando: "Teoría General del Proceso", Tomo I.

¹² RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson: "Postulación del Proceso", en: "Orientaciones y tendencias sobre el Código Procesal Civil", 1993, Arequipa, Revista El Derecho, N° 298, pp. 389.

concesión, que "la ley no concede acción en función de determinada situación jurídica".

13. El D.S. N° 059 - 96 - PCM - Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, y su reglamento el D.S. N° 060 - 96 - PCM, constituyen el marco legal que regula las relaciones entre el Estado y las empresas concesionarias de obras de infraestructura y servicios públicos, en lo que se refiere al otorgamiento de tales concesiones y su régimen de explotación.
14. Pero lo que de manera específica regula la relación jurídica entre el Estado y los concesionarios, y establece los términos en que han acordado la relación concesional, es el contrato.
15. En ese sentido, conviene considerar lo señalado por Roberto Dormi:

"El contrato administrativo, una vez perfeccionado, se transforma en ley para las partes. Conforman una legalidad propia a la que las partes se someten, dirigida a facilitar el normal desenvolvimiento de la función-fin a la que el contrato sirve.

La ley contractual se supone siempre justa, y para ello debe mantener su vigencia y aplicación, sin frustraciones para los derechos subjetivos de los usuarios, consumidores, prestadores, contratistas y terceros interesados en la consecución del objeto contractual.

(...)

*En tal sentido, las disposiciones de los pliegos contienen declaraciones jurídicas, económicas y administrativas que no podrán ser dejadas de lado por los respectivos contratos."*¹³

16. En esa línea, al solicitar una modificación de un contrato de concesión, tendrá legitimidad para obrar quien al amparo del D.S. N° 059 - 96 - PCM y del D.S. N° 060 - 96 - PCM, tenga en primer lugar la calidad de concesionario de una obra de infraestructura o servicios públicos.
 17. Así mismo, tendrá legitimidad para obrar o lo que es lo mismo en este caso, para solicitar una modificación de un contrato de concesión, el concesionario que lo solicite al amparo de lo que establece el contrato de concesión como causales estipuladas de modificación o renegociación de contrato.
- **Del interés para obrar**
18. El numeral 2 del Art. 427° del CPC, establece que el órgano correspondiente de la Administración Pública declara la improcedencia de la solicitud si el solicitante carece evidentemente de interés para obrar.
 19. Al respecto, es necesario considerar que tener *interés para obrar* consiste en tener un interés sustancial en el pronunciamiento de fondo del órgano competente. Es el interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual que debe tener el solicitante de la pretensión para ser titular del derecho a que el órgano competente emita una resolución u opinión de fondo sobre lo solicitado.
 20. Para ilustrar los alcances del concepto "legitimidad para obrar" es conveniente considerar lo señalado por Nelson Ramírez Jiménez:

¹³ DORMI, Roberto: "Renegociación y Reconversión de los contratos públicos", 1996, Argentina, pp. 128-129.

"b) Improcedente una demanda cuando el demandante (...) carezca manifiestamente de interés para obrar (por ejemplo, cuando su petitorio ya ha sido decidido jurisdiccionalmente y tiene la calidad de cosa juzgada, o cuando no se ha agotado la vía administrativa previa)¹⁴

21. Así mismo, conviene tomar en cuenta lo que apunta Juan Monroy Gálvez:

*" Esta necesidad de acudir al órgano jurisdiccional, como único medio capaz de procesar y posteriormente declarar una decisión respecto del conflicto que están viviendo, es lo que se conoce con el nombre de **Interés para obrar** "¹⁵*

22. En esa línea, el concesionario tendrá interés para obrar, cuando el interés que subyace a la presentación de la solicitud de modificación contractual no pueda ser válidamente satisfecho de otro modo que no sea mediante el pronunciamiento sobre el fondo del asunto relativo a dicha solicitud, por parte del órgano competente.

- **De la caducidad del derecho**

23. El numeral 3 del Art. 427º del CPC, establece que el órgano competente declara la improcedencia de la solicitud si advierte la caducidad del derecho.

24. En este punto, es importante considerar que mientras subsista el vínculo jurídico contractual, el concesionario, en su calidad de tal, tendrá expedito su derecho a solicitar modificaciones al contrato, pues la relación jurídica que le concede ese derecho está vigente.

- **Incompetencia**

25. El numeral 4 del Art. 427º del CPC, establece que el órgano correspondiente de la Administración Pública declara la improcedencia de la solicitud si carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo de lo solicitado.

26. En ese sentido es importante considerar que de acuerdo al Art. 7.1.º - f) de la Ley Nº 26917, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN, evaluar la procedencia o improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, por lo que se cumple con el requisito de procedencia, si la solicitud de modificación del contrato de concesión se presenta ante el Consejo Directivo de OSITRAN.

27. Así mismo, conforme lo establece el literal d) del artículo 12 de la Ley Nº 26917, corresponde al Consejo Directivo declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión de los contratos de concesión.

- **No existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio**

28. El numeral 5 del Art. 427º del CPC establece que el órgano correspondiente de la Administración Pública declara la improcedencia de la solicitud si no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio, lo cual está vinculado a lo que establece el literal 4 del artículo 446¹⁶. En este punto, es importante considerar

¹⁴ Ver nota Nº 12.

¹⁵ MONROY GALVEZ, Juan: "Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano", en: THEMIS, Nº 27-28. 1994, pp. 124.

¹⁶ "Art. 446ª.- El demandado solo puede proponer las siguientes excepciones:

(...) 4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda" - Código Procesal Civil.

que de acuerdo al numeral 24.7. del contrato de concesión, toda solicitud de enmienda, adición o modificación del Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, *con el debido sustento técnico*, por tal razón, OSITRAN declarará procedente una solicitud de modificación si la misma cumple con sustentar técnicamente el petitorio y establece la correspondiente conexión lógica entre los hechos y la materia de la solicitud.

- **Existe imposibilidad jurídica o física para amparar la solicitud**

29. El numeral 6 del Art. 427º del CPC, establece que el órgano competente declara la improcedencia de la solicitud si el petitorio es jurídica o físicamente imposible.

30. En tal virtud, OSITRAN deberá declarar la improcedencia de una solicitud, si esta implica la transgresión al marco legal vigente.

III.2 Consideraciones generales sobre las causas de modificación de los contratos de concesión

Como se señala de manera precedente, para efectos del análisis de procedencia de las solicitudes de modificación de los contratos de concesión, es necesario analizar si el concesionario tiene *legitimidad para obrar*, en ese sentido, se requiere evaluar el marco normativo aplicable¹⁷ y el título en virtud al cual el concesionario explota la infraestructura de transporte de uso público, que en este caso, el contrato de concesión, con el fin de determinar las causales de modificación de que el Estado ha establecido en éste.

El artículo 33º del TUO de concesiones establece los *requisitos de aprobación* de una solicitud de modificación de contrato, los cuales son distintos a los *requisitos de procedencia (vinculados al derecho del concesionario de que su solicitud sea evaluada)*, en otras palabras, la mencionada norma establece lo que debe ser tomado en cuenta por el órgano Concedente *para aprobar la modificación del contrato*, que es distinto a los requisitos que se debe cumplir para que el órgano competente *pueda evaluar la solicitud de modificación*, más allá de que en el pronunciamiento sobre el fondo de lo solicitado, el Concedente considere desaprobar finalmente la solicitud presentada.

En esa línea, se realizará una descripción de los hechos o actos que dan lugar a la alteración de la vigencia de los contratos de concesión, o lo que es lo mismo, a las modificaciones o renegociaciones de los mismos:

1. Según señala Roberto Dromi:

"El menoscabo, alteración o imposibilidad de lograr la eficacia del fin contractual puede responder a tres grupos de causas:

- a) No imputables a ninguno de los contratistas: debidas a hechos que no pudieron preverse al contratar.*
- b) Imputables indirectamente al Estado contratante: actos de poder público.*
- c) Imputables directamente a uno de los sujetos del contrato: que ocasionan la responsabilidad contractual.*

De modo tal que las causas de alteración se reducen, en una nueva tipificación, a las categorías jurídicas de la imprevisión, de los hechos o actos del Estado y de los hechos o actos de la parte contratante, que ocasionan la distorsión hasta llegar a

¹⁷ D.S. N° 059 - 96 - PCM y D.S. N° 060 - 96 - PCM.

*un punto de ruptura de la voluntad negocial predeterminanda, en la que se distinguen las causas que afectan al contrato en razón de la voluntad de Dios, del Estado o de las partes*¹⁸

2. Analizando el mismo tema, Dolores Rufián¹⁹ señala que los hechos o actos que dan lugar a la modificación de los contratos son:

- La modificación del objeto del contrato por decisión unilateral del Estado, que es el denominado *lus Variandi* o poder de modificación unilateral del Estado.

El ejercicio del *lus Variandi* tiene como presupuesto de ejercicio el acreditar razones de interés público.

- Por una causal convenida por el Estado y el concesionario, cuya necesidad esté determinada por que la obra sea acreditadamente insuficiente para la prestación del servicio en los niveles definidos en el contrato de concesión.
- Por hechos asociados a la Teoría de la Imprevisión, la que para ser de aplicación, requiere que se trate de un imprevisto sobreviniente a la celebración del contrato, ajeno a la voluntad de las partes y que éstas no hubieron podido prever en el momento de celebración del mismo.
- Por hechos o actos del Estado, denominado "hecho del príncipe", que consiste en el acto lesivo que afecta el desarrollo del contrato, emanado de los órganos de la administración.

IV. Supuestos contractuales de modificación del contrato de concesión del aeropuerto internacional Jorge Chávez

De manera consistente con las consideraciones doctrinarias expuestas, el contrato de concesión del AIJCH establece los siguientes supuestos para la modificación del contrato:

1. *EL NUMERAL 5.6.2.1.*
2. *EL NUMERAL 13.3.*
3. *EL NUMERAL 24.7.*
4. *EL NUMERAL 26.2.*
5. El numeral 5.6.2.1, está asociado a la teoría de la imprevisión y a la existencia de causas ajenas a la voluntad de las partes que no pudieron preverse al momento de celebración del contrato de concesión.
6. El numeral 13.3. está asociado a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.
7. El numeral 24.7. se relaciona con causales de modificación contractualmente acordadas por el Estado con la empresa concesionaria.
8. El numeral 26.2. se vincula a la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato debido a disposiciones de la administración, cuyo alcance está descrito en dicho numeral, y que afectan la economía del contrato de concesión.

¹⁸ DORMI, Roberto: "Renegociación y Reconversión de los contratos públicos", 1996, Argentina, pp. 67.

¹⁹ Manual de Concesiones de Obras Públicas, 1999, Chile.

V. Análisis de las solicitudes de modificación del contrato de concesión

Tomando en cuenta los requisitos de procedencia a los que alude el artículo 427° del CPC²⁰, es necesario considerar en primer lugar, cuáles son los requisitos de procedencia que se han cumplido en las solicitudes de modificación de los numerales del contrato de concesión a que se refiere la carta de Lima Airport Partners S.R.L., fechada el 28 de mayo:

1. Numeral 3: Advierta la caducidad del derecho:

No ha caducado la relación jurídica que concede la calidad de concesionario a LAP y por ende, la relación jurídica que lo legitima para proponer al Estado modificaciones al contrato de concesión.

2. Numeral 4: Carezca de competencia:

La solicitud de modificación de diversos numerales del contrato de concesión se ha presentado, a quien de acuerdo a la Ley N° 26917 y el numeral 24.7. del contrato de concesión es el órgano competente para conocer en primer término de este tipo de solicitudes, es decir, ante OSITRAN.

3. Numeral 6: El petitorio fuese jurídicamente o físicamente imposible:

El contenido del petitorio, de las solicitudes en este caso, no es ni jurídica ni físicamente imposible.

A continuación se analiza cada una de las modificaciones que se propone, agrupando las mismas en tres categorías, según sean procedentes, procedentes en parte o improcedentes:

V.1. De las solicitudes procedentes:

<i>Numeral</i>	Evaluación
Numeral 1.1	<ul style="list-style-type: none">• Cumple con el requisito de tener legitimidad para obrar, ya que el numeral 24.7- (i) del contrato de concesión, permite solicitar modificaciones siempre que ello esté debidamente sustentado y sea necesario para que el concesionario pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido.• Cumple con el requisito de tener interés para obrar, por cuanto sólo podrá ser satisfecha con un pronunciamiento de fondo sobre la aprobación o desaprobación de la solicitud.
Numeral 13.4	Idem. Numeral 1.1.
Numeral 15.1.4	Idem. Numeral 1.1.
Numeral 15.5.	Idem. Numeral 1.1.
Numeral 15.7	Idem. Numeral 1.1.
Numeral 21.1	<ul style="list-style-type: none">• Cumple con el requisito de tener legitimidad para obrar, ya que el numeral 24.7- (ii) del contrato de concesión, permite solicitar modificaciones siempre que estén relacionadas

²⁰ Ver nota N° 5

	<p>con la naturaleza de la garantía que se otorgue al Acreedor Permitido, dentro de lo previsto en el numeral 21.1.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El tenor de las modificaciones propuestas por LAP, apunta a permitir que el Endeudamiento Garantizado Permitido esté garantizado por más de una garantía a la vez, ya que en el texto actualmente vigente del contrato, las garantías son alternativas y no concurrentes, por tanto, la modificación, cumple con estar relacionada con la naturaleza de dichas garantías. • Cumple con el requisito de tener interés para obrar, por cuanto sólo podrá ser satisfecha con un pronunciamiento de fondo sobre la aprobación o desaprobación de la solicitud.
Numeral 21.3	Idem. Numeral 21.1.
Numeral 26.2	Idem. Numeral 1.1.

V.2. De las solicitudes procedentes en parte:

Numeral	Evaluación
Numeral 13.1.3, en lo que se refiere a la modificación del plazo de ejecución de las Mejoras.	<ul style="list-style-type: none"> • Cumple con el requisito de tener legitimidad para obrar, pues LAP acreditó que su potencial Acreedor Permitido se ha ratificado su opinión por la necesidad de dicho cambio, y, en ese sentido, la solicitud se ampara en el supuesto de modificación del numeral 24.7. (i) del contrato. • Cumple con el requisito de tener interés para obrar, por cuanto dicha solicitud sólo podrá ser satisfecha con un pronunciamiento sobre el fondo de lo solicitado por parte del órgano competente.
Numeral 13.3, en lo que se refiere a la modificación del primer párrafo del numeral.	Idem Numeral anterior.
Numeral 15.6, en lo que se refiere a la referencia a numeral 13.4 y la modificación del plazo para el pago que deba hacer el Concedente.	Idem Numeral anterior

V.3. De las solicitudes improcedentes:

V.3.A. Por falta de interés para obrar:

1. Numeral 13.1.3:

En cuanto a la referencia a la cláusula 18.3.

2. Numeral 13.3:

En cuanto a la inclusión de un nuevo numeral 13.3.3.

3. Numeral 15.6:

En cuanto a la referencia a criterios de orden público.

4. Las precitadas solicitudes de modificación carecen del requisito de tener interés para obrar, por cuanto no es necesario modificar el contrato para que el interés del concesionario sea satisfecho, bastará en estos casos que el Consejo Directivo, en virtud a la facultad que le confiere el artículo 7.1. - e) de la Ley N° 26917, interprete el sentido de dichas cláusulas del contrato de concesión, que es el título en virtud al cual LAP explota la infraestructura aeroportuaria de uso público a su cargo; tomando en cuenta lo dispuesto en la cláusula 22 del mismo contrato de concesión.

V.3.B. Por falta de legitimidad para obrar:

1. LAP ha solicitado la modificación del numeral 5.6.2.1²¹ - Mejoras Obligatorias, en ese sentido, solicita sujetar la obligación de construir la Pista de Aterrizaje, que es una obligación con fecha determinada, a la ocurrencia de un "trigger".
2. El referido numeral es claro al señalar en qué circunstancias será válida y aceptable la presentación de una *solicitud de modificación o sustitución* relativa a dicha obligación contractual, así, el contrato establece que: "En el caso de que los avances tecnológicos *existentes al momento en que deba iniciarse la construcción de la segunda pista* hagan inútil, o parcialmente inútil, la construcción de la misma, el Concedente contando, previamente, con la opinión técnica de OSITRAN podrá modificar o sustituir la obligación del Concesionario de construir la segunda pista. Esta facultad es exclusiva del Concedente y deberá ser ejercida a más tardar al finalizar el sexto año de Vigencia de la Concesión".
3. Para que sea válido el ejercicio de la facultad de *modificar o sustituir* dicha obligación contractual, sea a pedido de parte o de oficio, se deberá considerar, de acuerdo a lo que estipula el contrato, lo siguiente: (a) El momento a partir del cual el contrato de concesión permite se evalúe esta modificación es "*al momento en que deba iniciarse la construcción de la segunda pista*", en consecuencia, *una solicitud anticipada del concesionario deviene en improcedente*; (b) Que en tal momento, ocurran avances tecnológicos, que hagan inútil, o parcialmente inútil, la construcción de la misma.
4. De acuerdo a lo que establece el Volumen Cuarto de la Propuesta Técnica - Anexo N° 6 del contrato de concesión - las actividades de diseño de la segunda pista de aterrizaje están programadas para el año 2007 y 2008, por consiguiente, el inicio de las actividades de construcción se verificará con posterioridad a ello, en vistas a tener terminada dicha mejora al final del año once.
5. Si embargo, con la necesidad de contar con una anticipación conveniente, el contrato establece que la facultad de *modificar o sustituir* esta obligación, deberá ser ejercida a más tardar al finalizar el año sexto de la concesión, con el fin de que el concesionario no incurra en gastos de diseño, si es que el Estado decide sustituir o modificar la obligación de construir la segunda Pista.
6. Estas condiciones que establece el numeral 5.6.2.1, son aplicables no sólo a los casos de sustitución de la obligación contractual, sino también a los casos en que se solicita su modificación, en este sentido, aunque LAP no propone la sustitución

²¹ Ver texto original en el Anexo N° 1.

de la obligación de construir la segunda pista, en la medida que solicita convertir dicha obligación, con un plazo de ejecución determinado, en una obligación sujeta a la ocurrencia de un trigger, la oportunidad de la solicitud de modificación le es aplicable.

7. Otra causal por la que es improcedente la solicitud de modificación bajo comentario, es la falta de cumplimiento del numeral 5 del Art. 427º del CPC, relativo a la debida conexión lógica entre los hechos y el petitorio.
8. En efecto, LAP aduce que "requiere *dar certeza* al tema de la construcción de la pista de aterrizaje", mencionando el interés del Acreedor Permitido, en ese sentido, es necesario considerar que tiene mucha mayor certeza una obligación a fecha determinada que una sujeta a la ocurrencia de un trigger, aunque es claro que el Project Finance mejoraría si la obligación de construir la segunda pista se relaciona a la ocurrencia de un trigger que garantiza demanda por el servicio, en ese sentido, la oportunidad de evaluar la modificación propuesta y la consiguiente mejora del Project Finance, está sujeta a la oportunidad a que hace referencia el numeral 5.6.2.1, sin perjuicio de que el Estado tiene la capacidad de plantear al concesionario la modificación de dicha obligación contractual con anterioridad a dicho momento.

V.3.C. Por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio:

1. La solicitud para eliminar el numeral 13.2. *es improcedente por falta de conexión lógica entre los hechos* (los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor del numeral 13.1, son substancialmente distintos a los de ruptura del equilibrio económico por cambio en las Leyes Aplicables del numeral 26.2., ambos regulados como corresponde con un régimen jurídico distinto en el contrato de concesión, debido a que tiene origen y efectos distintos) y *el petitorio*²² (eliminación de la cláusula).
2. Los eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impiden la ejecución de las obligaciones contractuales y que se vinculan con la noción de caso fortuito y fuerza mayor, en su caso, se refieren en el primer caso a los "Actos de Dios", y en el segundo, pueden estar asociados a los "actos o hechos de la administración", lo que no comprende a las disposiciones de la administración, dentro de las cuales están por cierto las "Leyes Aplicables" a las que aluden los numerales 1.28. y 26.2. del contrato de concesión.
3. En este punto es necesario retomar lo señalado en el Capítulo III.2²³. de la presente resolución, con relación a las causas de alteración o imposibilidad de lograr la eficacia del fin contractual, las mismas que se derivan de supuestos de diferente naturaleza y sustento doctrinario, tales como: Hechos no imputables a *ninguna de las partes* o hechos imputables *directamente al Estado*, que son los llamados actos de poder público, o finalmente hechos imputables *directamente a una de las partes* contratantes y que ocasionan responsabilidad contractual.
4. Para analizar las conductas del Estado que pueden originar que se altera la vigencia o eficacia del objeto del contrato de concesión, es necesario considerar que son ciertamente distintos los casos en que por actos de la administración²⁴

²² Ver nota 5

²³ Ver cita N° 17.

²⁴ "(...) De lo expuesto resulta que *los actos* son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que *los hechos* son las actuaciones materiales, operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos, ello ni siempre es así, y presentarse actos que no sean ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa

(imputables a ella), se produce la inejecución de una obligación contractual por parte concesionario, de los casos en que la alteración de la eficacia del contrato se origina por el ejercicio del poder legislativo del Estado, lo cual no produce propiamente inejecución de obligaciones por parte del concesionario, sino la ruptura de la ecuación económico - financiera del éste. En el primer caso, la inejecución de obligaciones por parte del concesionario que se acredite que se derivó de actos imputables a la administración, puede ocasionar responsabilidad contractual, sin embargo, si la emisión de una "Ley Aplicable" por parte del Estado, en ejercicio legítimo de sus facultades, rompe el equilibrio económico financiero del concesionario, ello no ocasiona propiamente que se activen las cláusulas de responsabilidad por inejecución de obligaciones, sino que se inicia un proceso de evaluación para establecer las medidas compensatorias que equilibren nuevamente la ecuación económico financiera del contrato de concesión.

5. En efecto, el numeral 13.1 del contrato de concesión establece una cláusula general, que incluye una clasificación enunciativa - "Numeros Apertus" - de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor que originan la inejecución de obligaciones, por tal razón, no es lógica la sustentación formulada por LAP, pues además de los supuestos referidos a los numerales 13.1.1. a 13.1.5, LAP cuenta con la cláusula general del numeral 13.1. para establecer una limitación de responsabilidad a su favor al amparo de lo dispuesto en el numeral 13.4. del contrato de concesión, cuando acredite que actos de la administración que ocasionaron un retraso o la imposibilidad de ejecutar las obligaciones contractuales a su cargo.
6. La cláusula general del numeral 13.1. permite a la empresa concesionaria eximirse de responsabilidad por los actos de la administración²⁵, enmarcados en el concepto de fuerza mayor, que le impidan la ejecución de sus obligaciones contractuales, sin embargo, de manera coherente con lo establecido por el numeral 26.2, el numeral 13.2. prohíbe al concesionario invocar la ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 13.1. a 13.4, en los casos de "disposiciones de la administración" o "Leyes Aplicables", para utilizar la terminología del contrato de concesión; puesto que las consecuencias de que éstas se emitan, tiene un régimen diferenciado de tratamiento a favor del concesionario, en la cláusula 26, relativa al rompimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

VI. Conclusiones:

En virtud a las consideraciones expuestas y tomando en cuenta el alcance de los fundamentos expuestos se concluye lo siguiente:

1. Las solicitudes de modificación al contrato que son procedentes son las siguientes:
 - A. Numeral 1.1.
 - B. Numeral 13.4.
 - C. Numeral 15.1.4.
 - D. Numeral 15.5.
 - E. Numeral 15.7.
 - F. Numeral 21.1.
 - G. Numeral 21.3.
 - H. Numeral 26.2.

formal", GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo" - Tomo 3, pag. III-23, Fundación Derecho Administrativo, 1999, Buenos Aires.

²⁵ Ver nota anterior.

2. Las solicitudes de modificación al contrato que son procedentes en parte son las siguientes:
 - A. Numeral 13.1.3.
 - B. Numeral 13.3.
 - C. Numeral 15.6.

3. Las solicitudes de modificación al contrato que son improcedentes son las siguientes:
 - A. Numeral 5.6.2.1.
 - B. Numeral 13.2.

4. Las solicitudes de modificación al contrato que merecerán una interpretación por parte del Consejo Directivo, en virtud a la facultad que le confiere el artículo 7.1. - e) de la Ley N° 26917 son las siguientes:
 - A. Numeral 13.1.3.
 - B. Numeral 13.3.
 - C. Numeral 15.6.

VII. Recomendaciones:

1. Recomendar a la División Técnica de Infraestructura de Terminales que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 33° del D.S. N° 059 - 96 - PCM, considere en la emisión de la opinión técnica que le corresponde remitir a éste órgano colegiado, los siguientes aspectos:
 - A. La alteración en la naturaleza del contrato de concesión que se pueda producir en virtud a las modificaciones propuestas, considerando el esquema de riesgo asumido por la empresa concesionaria y por el Estado en el marco del contrato de concesión y lo dispuesto en la cláusula 22 del contrato de concesión.
 - B. La alteración en las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.
 - C. La alteración en el equilibrio económico de ambas partes.
 - D. La evaluación de alternativas de compensación de la eventual alteración del equilibrio económico financiero de las partes.

Por lo expuesto se **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar la procedencia de la solicitud de modificación de los siguientes numerales del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", presentada por la empresa concesionaria LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L: Numeral 1.1., 13.4., 15.1.4., 15.5., 15.7., 21.1., 21.3. y 26.2.

SEGUNDO: Declarar la procedencia en parte de la solicitud de modificación de los siguientes numerales del contrato de concesión: 13.1.3., 13.3., y 15.6.

TERCERO: Declarar la improcedencia de la solicitud de modificación de los siguientes numerales del contrato de concesión: 5.6.2.1. y 13.2.

CUARTO: Encargar a la Gerencia Legal de OSITRAN, que remita a este órgano colegiado, el informe que corresponde a la evaluación de las interpretaciones legales de los siguientes numerales del contrato de concesión: 13.1.3., 13.3., y 15.6.

QUINTO: Encargar a la División Técnica de Infraestructura de Terminales de OSITRAN que presente a la Gerencia General el informe técnico que corresponde a la evaluación de las solicitudes de modificación de contrato de concesión cuya procedencia se ha declarado en los artículos primero y segundo de la presente resolución, tomando en consideración las recomendaciones expuestas.

SEXTO : Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano conjuntamente con la opinión técnica respectiva.

LEONIE ROCA VOTO-BERNALES
Presidenta del Consejo Directivo

XZL/js

\\SERVER01\JSORIANO\Mis documentos\ResolucionCD015.doc//Reg. 98