

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 015 -2008-CD-OSITRAN

Lima, 29 de febrero del 2008

PROCEDENCIA : GERENCIA DE SUPERVISIÓN

ENTIDAD : Aeropuertos del Perú S.A. (AdP)

PRESTADORA :

MATERIA : Interpretación del Contrato de Concesión

VISTOS:

El Oficio N° 013-2007-MTC/02.01 de fecha 18 de junio de 2007 remitido por la Dirección General de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) mediante el cual solicitó se interprete ciertos aspectos del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos del Perú suscrito entre Aeropuertos del Perú S.A. (AdP) y el MTC; y, el Informe N° 013-08-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 20 de febrero del 2008 emitido por la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL SOLICITANTE:

1. Mediante la Carta N° 0262/2007/GG/AdP de fecha 16 de abril de 2007, AdP solicitó que el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN gestione ante el MTC la determinación del mecanismo de pago por la ejecución de las Auditorías Ambientales¹ y del Plan de Mitigación, así como el mecanismo de contratación de la terna de consultores para la ejecución de la Auditoría Ambiental.
2. Mediante el Oficio N° 755-07-GS-OSITRAN (de fecha 04 de mayo de 2007) la Gerencia de Supervisión de OSITRAN (GS) puso en

¹ El Anexo 12 del Contrato de Concesión señala lo siguiente respecto a la Auditoría Ambiental:

“Se concentra en dos elementos: i) el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones vigentes, y las Políticas de Salvaguarda del Banco Mundial; ii) La naturaleza y alcance de los efectos ambientales. El resultado de la auditoría, suele contener un Plan de Acción Correctivo, ó la solicitud de iniciar programas dirigidos a cumplir las política del Banco Mundial.”

conocimiento del MTC la carta presentada por el Concesionario, mediante la cual solicitó que éste, en su calidad de Concedente, determine el mecanismo de pago por la ejecución de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación, así como el mecanismo de adjudicación entre los consultores componentes de la terna a la que hace referencia la Cláusula 12.2.1 del Contrato de Concesión.

3. En respuesta al Oficio N° 755-07-GS-OSITRAN, a través del Oficio N° 013-2007-MTC/02.01 (de fecha 18 de junio de 2007) la Dirección General de la Secretaría de Transportes del MTC identificó un vacío en el Contrato de Concesión respecto al mecanismo de pago para la ejecución de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación, por lo que solicitó que OSITRAN determine lo siguiente:
 - i. Respecto a los mecanismos de contratación de las consultorías, que OSITRAN se pronuncie acerca de una probable contradicción entre la Cláusula 12.2.1 y el Anexo 27 del Contrato de Concesión.
 - ii. Si los fondos para asumir dicho pago deben provenir del presupuesto del sector o vía fideicomiso de flujos.
 - iii. El mecanismo de pago por la contraprestación del servicio (si sería cancelado contra liquidaciones que presente el concesionario; o si se aplicaría una modalidad diferente).
4. Respecto a la primera de sus pretensiones, el MTC señala que la Cláusula 12.2.1 del Contrato de Concesión establece que el Concedente debe proporcionar una terna de consultores en Auditoría Ambiental. No obstante ello, aducen que el Anexo 27 contiene mecanismos de adjudicación que contravendrían con lo que estipula la Cláusula 12.2.1. Dada esta aparente contradicción, el Concedente ha solicitado que OSITRAN interprete el Contrato de Concesión en este extremo.
5. Con relación a la segunda de sus pretensiones, el MTC manifiesta que la Cláusula 12.2.6 del Contrato de Concesión estipula que los costos que demande la ejecución de la Auditoría Ambiental y del Plan de Mitigación serán a cuenta del Concedente. Indica también que no obstante ello, el Contrato de Concesión no especifica la procedencia de los fondos que financiarán la Auditoría Ambiental; es decir, si se realizará con el presupuesto del MTC o con los fondos del Fideicomiso de Administración de Flujos – Cofinanciamiento de Aeropuertos de Provincias y Segunda Pista del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (Fideicomiso).
6. Respecto a la tercera y última de sus pretensiones, el MTC indica que si bien la Cláusula 9.12 de Contrato de Concesión establece que el Cofinanciamiento incluye todos los pagos que deberá realizar el

Concedente estipulados en el Contrato (lo cual incluye a las Auditorías Ambientales) el Anexo 17 del mismo no regula el mecanismo de pago para los estudios en general.

II. **ANÁLISIS:**

7. Se procederá a evaluar el pedido formulado por el MTC. Para tal fin, se analizará lo siguiente:

- A. Lo que establece el Contrato de Concesión.
- B. Análisis de la solicitud de interpretación formulada por el MTC.

8. A continuación, se desarrolla cada uno de los puntos arriba señalados.

A. Criterios aplicables según el Contrato de Concesión

9. El Numeral 16.3.1. de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Concesión (relativa a la solución de controversias) establece que el contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente.

10. Asimismo el Numeral 16.3.3. dispone que en caso haya alguna divergencia en la interpretación de este Contrato, las Partes deben seguir el siguiente orden de prelación:

- El Contrato;
- Anexos del Contrato;
- Circulares; y
- Las Bases.

11. De acuerdo a lo anterior, en caso de divergencia entre una estipulación establecida en el Contrato de Concesión y uno de sus Anexos, primará lo establecido en el Contrato de Concesión.

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

Respecto al Contenido del Contrato de Concesión

13. A fin de evaluar lo solicitado por el MTC, resulta conveniente citar qué es lo que establece el Contrato de Concesión respecto a la ejecución de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación.

14. En principio, el Contrato exige que el Concesionario debe realizar una Auditoría Ambiental para cada uno de los Aeropuertos concesionados y un Plan de Mitigación de los pasivos encontrados, tal como se lee en la Cláusula 12.2.2 que se cita a continuación:

“12.2.2 Dentro de los seis (6) primeros meses de vigencia de la Concesión el CONCESIONARIO deberá realizar una Auditoría Ambiental para cada uno de los Aeropuertos y un Plan de Mitigación de los pasivos encontrados.”

15. A su vez, el Contrato de Concesión es claro al precisar que los costos que se generen por dichas actividades serán asumidos por el Concedente. En efecto, la Cláusula 12.2.6 establece lo siguiente:

“12.2.6 Los costos que demanden la ejecución de la Auditoría Ambiental y del Plan de Mitigación serán a cuenta del CONCEDENTE.”

16. Tal como puede observarse, el Contrato de Concesión es preciso al señalar que los costos que se generan a partir de la ejecución de la Auditoría Ambiental y del Plan de Mitigación serán a cuenta del Concedente. Dado que los Estudios son parte integrante de la Auditoría Ambiental, resulta lógico y coherente que éstos también sean cubiertos por éste.

17. Respecto al mecanismo de contratación de las Auditorías Ambientales, la Cláusula 12.2.1 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

“12.2.1 El CONCEDENTE deberá proporcionar una terna de consultores en auditoría ambiental, y el CONCESIONARIO seleccionará de dicha terna al consultor que ejecutará la auditoría ambiental.”

18. Por su parte, el Anexo 27 del Contrato de Concesión fija una serie de mecanismos para dichas contrataciones, algunas de las cuales no incluyen la utilización de la terna que deberá proporcionar el Concedente.

19. Al respecto, debe mencionarse que la materia en cuestión ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Consejo Directivo, órgano que hizo suyo el Informe N° 046-07-GS-GAL-OSITRAN elaborado por la GS y la Gerencia de Asesoría Legal (GAL). Este Informe, que es parte integrante de la Resolución N° 040-2007-CD-OSITRAN, concluyó que el mecanismo de adjudicación entre los consultores componentes de la terna debe

ajustarse a los términos del Anexo 27 del Contrato de Concesión, tal como puede leerse a continuación:

- a. *El numeral 12.2.1 del Contrato de Concesión, indica que el Concedente proporcionará una terna de consultores de las que el Concesionario seleccionará a quienes ejecuten las Auditorías Ambientales.*
- b. *Por otro lado, el Anexo 27 en su Numeral H3 fija los mecanismos de contratación que debe seguir el Concesionario en los rubros de Servicios y Consultoría, y establece los siguientes rangos:*

Mecanismos	Presupuesto (incluido impuesto)
<i>Concurso Público Internacional</i>	<i>De S\$ 1,000,001 a más</i>
<i>Concurso Público Nacional</i>	<i>De US\$ 250,001 a US\$ 1,000,000</i>
<i>Procesos de Solicitud de Propuestas</i>	<i>De US\$ 50,001. a US\$ 250,000</i>
<i>Adjudicación Directa</i>	<i>Hasta US\$ 50,000.00</i>

- c. *En los mecanismos de Concurso Público Nacional e Internacional, no es posible la utilización de la terna proporcionada por el Concedente, dado que está establecido que los procesos son abiertos y públicos.*
- d. *La selección de los consultores a partir de la terna de consultores, sí es aplicable en los mecanismos de Solicitud de Propuestas y de Adjudicación Directa donde se utilizan criterios de Listas Cortas convocadas a través de cartas de invitación.*
- e. *De lo establecido en el numeral 12.2.1 que indica que el Concedente nombra la terna de consultores en Auditoría Ambiental, se puede inferir que la única intención de estos términos contractuales es garantizar la calidad de los resultados de los trabajos.*
- f. *Procesos bajo los mecanismos “Licitación Pública Internacional” o “Licitación Pública Nacional” también garantizan calidad de resultados, en la medida en que se cumplan con los Términos de Referencia aprobados por el Concedente y si en las Bases se establecen que las Empresas Consultoras necesariamente tienen que estar registradas y calificadas por la Autoridad Competente del Sector y que estas Bases cumplan con el requisito de neutralidad y no limiten el concepto de libre competencia.*

g. *De lo anterior se desprende que no es necesario el pronunciamiento de parte del Concedente, respecto a determinar el mecanismo de adjudicación entre los consultores componentes de la terna, dado que son aplicables los términos del Anexo 27 al Contrato de Concesión.*”

20. Dado que el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 040-2007-CD-OSITRAN (de fecha 27 de junio de 2007) ya se ha pronunciado respecto a lo solicitado por el Concedente, debe considerarse atendida dicha petición.

Respecto a la supuesta existencia de un vacío contractual

21. Tal como se señaló en la parte precedente, el MTC solicitó que OSITRAN determine sobre qué fondo se realizará el pago de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación (presupuesto del sector o Fideicomiso), así como el mecanismo de pago de estos, dado que consideran la existencia de un vacío en el Contrato de Concesión. Cada uno de estos puntos serán analizados posteriormente.

Respecto a los Fondos para el pago de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación

22. El MTC alega la existencia de un vacío legal en el Anexo 17 (“Esquema de Pago del Cofinanciamiento”) respecto al mecanismo de pago de las Auditorías Ambientales y Plan de Mitigación².
23. Al respecto, el Anexo 17 señala que la principal fuente de recursos para el pago de todas las obligaciones involucradas en el Contrato de Concesión es el Fideicomiso de Flujos, aunque no precisa que éste deberá cubrir lo referente a la ejecución de la Auditoría Ambiental y del Plan de Mitigación.
24. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad que dichos gastos sean cubiertos por el Cofinanciamiento y estos a su vez por el Fideicomiso, tal como puede observarse de la siguientes citas textuales de las Cláusulas 9.12 y 9.9 del Contrato de Concesión:

“9.12 El Cofinanciamiento incluye todos los pagos que deberá realizar el CONCEDENTE estipulados en las Bases y en el Contrato, más el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro tipo de impuesto que pueda surgir en el futuro.

9.9 El Fideicomiso ha sido constituido con el fin de atender los pagos correspondientes al Cofinanciamiento dentro del cual figura el pago por las inversiones que realizará el

²

Según la Carta N°0707/2007/GG/AdP (de fecha 03 de setiembre del 2007), el monto adjudicado para la realización de las Auditorías Ambientales asciende a US\$ 599 893,61.

CONCESIONARIO (PAO) a través de las opciones de forma de pago que elija el CONCEDENTE y que figuran en el numeral 3 del Anexo 17 del presente contrato.”

25. En consecuencia, el hecho que el Contrato de Concesión no sea específico al momento de determinar si la ejecución de las Auditorías Ambientales y del Plan de Mitigación deban ser cubiertos por el Cofinanciamiento o con el Presupuesto del sector, **no puede ser concebido como la existencia de un vacío legal que justifique la intervención del regulador para interpretar el contrato.**

Respecto al mecanismo de pago de las Auditorías Ambientales y Plan de Mitigación

26. De otro lado, en caso el Concedente optara por pagar las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación por medio del Cofinanciamiento, el MTC solicita establecer si el Contrato de Concesión dispone de un mecanismo para realizar dichos pagos.
27. Sobre el particular, debe tenerse presente que los mecanismos de pago del Cofinanciamiento se encuentran reglamentados en el Anexo 17 del Contrato de Concesión, donde se señala las siguientes modalidades:

“El CONCEDENTE tiene la facultad de elegir entre las modalidades de pago PAO y Liq. definidas en los numerales 2.5 y 2.6 del presente Anexo, respectivamente. El PAO constituye la primera alternativa de pago a elegir por parte del CONCEDENTE y el pago a través de Liquidaciones, la segunda alternativa.”

28. Tal como puede leerse, el Anexo 17 establece que es el Concedente quien debe elegir entre las modalidades de Pago por Obras (PAO) o Liquidaciones (Liq.). A su vez, el Anexo 17 indica que estas dos modalidades cuentan con diferentes formas de pago, las cuales se resumen de la siguiente manera:
- PAO: Pago a través de Certificados de Aceptación de Obra (CAO) y Pagos Diferidos con los Fondos del Fideicomiso. Aquí el Concedente tiene también la facultar de elegir entre estas modalidades de pago.
 - Liquidaciones: Pagos al contado contra la presentación de liquidaciones, por Obras de Rápido Impacto y Equipamiento Mínimo del periodo inicial y por Mantenimiento Correctivo³.

³ El procedimiento de pago del 30% de las inversiones del periodo remanente no aplica al presente caso, al corresponder éstas a un periodo posterior al periodo inicial, estando sólo éste último en el alcance de la presente interpretación.

29. Si bien estos mecanismos de pagos no mencionan a las Auditorías Ambientales ni el Plan de Mitigación, y dado que estos gastos deben ser asumidos por el Concedente, debe entenderse que se deja expedita la facultad de éste para elegir la forma de pago más conveniente.
30. Para el caso en particular, el Concedente debe tener en consideración que el pago correspondiente a las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación debe ser anticipado, tal como se desprende de la lectura de la Cláusula 12.2.7 del Contrato de Concesión. En dicha Cláusula se establece que el monto correspondiente a la Auditoría Ambiental y/o para la ejecución del Plan de Mitigación deberá ser proporcionado a AdP antes de su inicio:

“12.2.7 En el supuesto que el CONCEDENTE no proporcione al CONCESIONARIO el monto correspondiente a la Auditoría Ambiental y/o para la ejecución del Plan de Mitigación, antes de su inicio, el CONCESIONARIO quedará liberado de ambas obligaciones sin responsabilidad alguna.” (el subrayado es nuestro).

31. Por tanto, queda evidenciado que si bien no está especificado en el Contrato de Concesión el mecanismo de pago aplicable a las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación, el Concedente tiene a su alcance alternativas de elección al respecto, sin necesidad de interpretación del contrato. Asimismo debe tenerse presente que la Cláusula 12.2.7 del Contrato de Concesión condiciona la obligatoriedad de las Auditorías Ambientales y/o el Plan de Mitigación a que los montos generados por los mismos sean proporcionados por el Concedente a AdP antes de su inicio.

Posición de OSITRAN sobre lo solicitado por el MTC

32. Tomando en cuenta las consideraciones vertidas en las secciones precedentes, es posible inferir lo siguiente con relación a los aspectos solicitados por el MTC.

Respecto al mecanismo de selección de la terna de consultores

33. Tal como ya se mencionó en la sección B.2 de la presente Resolución, la Resolución N° 040-2007-CD-OSITRAN (de fecha 27 de junio del 2007) ya se ha pronunciado respecto a la interpretación solicitada por el MTC, por lo que resulta innecesario otro pronunciamiento sobre la misma materia.

Respecto a los Fondos para el pago de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación

34. Como se ha visto, el Contrato de Concesión establece la facultad que posee el Concedente para elegir la fuente de los pagos de las Auditorías

Ambientales y el Plan de Mitigación: i) los fondos del Fideicomiso o ii) los del presupuesto del sector. Por tanto, corresponde al Concedente, sin necesidad de interpretación alguna por parte del regulador y en aplicación del propio Contrato de Concesión, determinar la fuente de pago a emplear.

35. Complementando ello, cabe agregar que el Consejo Directivo de OSITRAN no podría realizar tal elección o tomar tal atribución, dado que para tomar una decisión de esa naturaleza tendría que analizar por ejemplo la disponibilidad de fondos del Concedente o el estado situacional del presupuesto del sector, materias que en definitiva no son de su competencia.
36. En consecuencia, la determinación de la fuente de los fondos para el pago de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación corresponde al Concedente. En este sentido, corresponde declarar improcedente el pedido del MTC en este extremo.

Respecto al mecanismo de pago de las Auditorías Ambientales y Plan de Mitigación

37. Asimismo, si el Concedente optase por elegir el Cofinanciamiento para el pago de las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación, el Contrato de Concesión también establece la facultad de seleccionar entre el Pago por Obras (PAO) o las Liquidaciones (Liq.). Sobre el particular, debe tenerse en consideración que la Cláusula 12.2.7 del Contrato de Concesión condiciona la obligatoriedad de las Auditorías Ambientales y/o el Plan de Mitigación a que los montos generados por los mismos sean proporcionados por el Concedente a AdP antes de su inicio.
38. Dado que el Contrato de Concesión establece que es el MTC la entidad facultada a elegir entre las modalidades de pago (PAO o Liq.) y no el Consejo Directivo de OSITRAN, éste no puede tomar una decisión que no es de su competencia. Tomar una decisión de esta naturaleza contravendría con el espíritu del Contrato de Concesión, quien deja libertad al Concedente a fin que elija la modalidad de pago según la naturaleza de la actividad que debe realizar el Concesionario así como los fondos con que dispone. Por tanto, corresponde declarar improcedente el pedido del MTC en este extremo.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, en virtud de lo expuesto y demás argumentos pertinentes recogidos en el Informe N° 013-08-GS-GAL-OSITRAN; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 29 de febrero del 2008;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar que la interpretación del Contrato de Concesión, en el extremo referido a la determinación del mecanismo aplicable para la contratación de la terna de consultores para la realización de las Auditorías Ambientales, ya fue realizada por el Consejo Directivo de OSITRAN, quien ha emitido opinión al respecto, mediante la Resolución N° 040-2007-CD-OSITRAN.

Artículo 2°.- Declarar improcedente la solicitud del MTC para que OSITRAN determine la fuente de los fondos a fin de pagar al Concesionario lo referente a las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación, toda vez que, conforme al Contrato de Concesión, esta decisión corresponde al Concedente; y no a OSITRAN.

Artículo 3°.- Declarar improcedente la solicitud del MTC a fin que OSITRAN (en caso el Concedente optara por pagar las Auditorías Ambientales y el Plan de Mitigación por medio del Cofinanciamiento) determine del mecanismo de pago, toda vez que, conforme al Contrato de Concesión, esta decisión corresponde al Concedente; y no a OSITRAN.

Artículo 4°.- Notificar la presente resolución y el Informe N° 013-08-GS-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria Aeropuertos del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 5°.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. N° PD3217-08