



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 05 de marzo de 2010

Nº 007-2010-CD/OSITRAN

VISTO:

El Informe Nº 011-10-GAL-OSITRAN de fecha 02 de marzo de 2010, mediante el cual se evalúa el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria Lima Airport Partners SRL contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 051-2009-CD-OSITRAN que contiene la interpretación del numeral 18.1 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 14 de febrero de 2001, el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante el MTC o el Concedente) y Lima Airport Partners SRL, en adelante LAP, suscribieron el Contrato de Concesión para la para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).
2. Mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 050-2005-CD-OSITRAN, de fecha 22 de agosto de 2005, 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 es necesaria para la ampliación del AIJCH. El Artículo 1º de la citada 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*



Av. República de Panamá Nº 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe





PERÚ

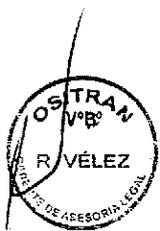
Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

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 derecho 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”.*
3. Con Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN, de fecha 23 de setiembre de 2009, OSITRAN resolvió declarar improcedente la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH. Dicha Resolución fue confirmada mediante Resolución de Consejo Directivo No. 042-2009-CD-OSITRAN, de fecha 24 de noviembre de 2009, quedando agotada la vía administrativa en lo relativo a la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.
4. Mediante Oficio N° 1346-2009-MTC/25, de fecha 14 de octubre de 2009, el MTC solicitó la interpretación del numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH, con la finalidad de aplicar la referida Cláusula a los terrenos que LAP reciba del MTC para la ampliación del Aeropuerto, y no antes, dando cumplimiento al numeral 2 del Anexo 11 del referido Contrato de Concesión.
5. Con Oficio N° 024-09-GAL-OSITRAN, de fecha 20 de octubre de 2009, OSITRAN remitió copia de la solicitud del MTC a LAP, con la finalidad que emitan opinión sobre la interpretación solicitada.
6. Mediante Oficio N° 029-09-GAL-OSITRAN, de fecha 1° de diciembre de 2009, OSITRAN comunicó a LAP que la solicitud de interpretación formulada por el MTC se encontraba expedita para ser resuelta por el Consejo Directivo, y al no haber recibido comentario u opinión alguna de éste, solicitaba que emita sus argumentos finales y, de ser el caso, informe oportunamente si ejercerá su derecho al uso de la palabra. De igual modo, en la misma fecha, mediante Oficio N° 028-09-GAL-OSITRAN, OSITRAN solicitó al MTC que emita sus argumentos finales y, de ser el caso, informen oportunamente si ejercerán su derecho al uso de la palabra.



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

7. Con Carta No. LAP-GCCO-2009-00183, de fecha 4 de diciembre de 2009, LAP presentó sus comentarios a la solicitud de interpretación formulada por el MTC mediante Oficio N° 1346-2009-MTC/25.
8. Mediante Resolución de Consejo Directivo No. 051-2009-CD-OSITRAN, de fecha 28 de diciembre de 2009, el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH, de la siguiente manera:

"PRIMERO.- INTERPRETAR el numeral 18.1 con el numeral 22.1 y el Anexo 11 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez con el siguiente texto:

<<Dentro de las obligaciones ambientales del Concesionario respecto de los terrenos que reciba Lima Airport Partners S.R.L. del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, corresponde interpretar que sobre éstos resultan aplicables íntegramente los riesgos y obligaciones ambientales previstos en el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez >>

9. Con Oficio Circular N° 114-09-SCD-OSITRAN, recibido por LAP y el MTC, con fecha 30 de diciembre de 2009, se notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 051-2009-CD-OSITRAN, por la cual el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH.
10. Mediante escrito s/n recibido por OSITRAN el 21 de enero de 2010, LAP interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 051-2009-CD-OSITRAN, que interpretó el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH.
11. En Sesión, de fecha 16 de febrero del 2010, representantes de LAP hicieron uso de la palabra, ante el Consejo Directivo de OSITRAN, a fin de fundamentar su Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo No. 051-2009-CD-OSITRAN, que interpretó el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH.



II. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN:

12. Los Artículos 207° y 208° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establecen que el recurso de reconsideración se interpone, en el plazo perentorio de quince (15) días, ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba, salvo en los caso que los actos administrativos son emitidos por órgano que constituyen instancia única.



Av. República de Panamá N° 3659
 Urb. El Palomar - San Isidro
 Tel : (511) 440-5115
 Fax : (511) 421-4739
 e-mail: info@ositran.gob.pe
 www.ositran.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

13. El Oficio Circular N° 114-09-SCD-OSITRAN, que notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 051-2009-CD-OSITRAN, fue recibido por LAP con fecha 30 de diciembre de 2009.
14. De conformidad con la documentación que obra en el expediente, LAP interpuso Recurso de Reconsideración el día 21 de enero de 2010, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida al Presidente del Consejo Directivo de OSITRAN.
15. En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación del mismo.

III. DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR LAP CONTRA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 051-2009-CD-OSITRAN:

16. En su Recurso de Reconsideración, interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo No. 051-2009-CD-OSITRAN, LAP argumenta, principalmente, lo siguiente:

- "Sobre la pretendida aplicación de la cláusula 22.1 del Contrato de Concesión:
 - (...) LAP señala que de la cláusula 22.1 no es posible inferir que el Concesionario asume "todos los riesgos del Contrato de Concesión" que no estén expresamente asignados al Concedente. Ello no sólo no es razonable sino que no desprende, ni directa ni indirectamente, del texto del numeral citado.
 - El riesgo de la construcción no comprende, en absoluto, el estado en el cual se encuentran las áreas sobre las cuales el Concesionario esté en condiciones de construir las Mejoras, ello debido a que éste no posee control alguno sobre las mismas en tanto no las posee ni está en condiciones de poseer. Solo en el momento en que el Concesionario ejerza control posesorio efectivo sobre las áreas, éste se entenderá responsable de lo que en adelante ocurra con las mismas. Asimismo, es a partir de entonces que, en virtud del Contrato de Concesión, el Concesionario puede dar cumplimiento a su obligación de levantar las Mejoras, asumiendo de manera efectiva – sólo entonces – el riesgo de la construcción (...)"
- "Sobre la pertinencia de la aplicación del numeral 18.1 del Contrato de Concesión:
 - (...) El ámbito de aplicación de la cláusula 18.1 se encuentra claramente restringido a un supuesto de hecho específico (los pasivos ambientales existentes al 14 de febrero de 2001 en el AIJCH) distinto al que se refiere el



Av. República de Panamá N° 3659
 Urb. El Palomar - San Isidro
 Tel : (511) 440-5115
 Fax : (511) 421-4739
 e-mail: info@ositran.gob.pe
 www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

numeral 2 del Anexo 11 (los pasivos ambientales que pudieran existir en los terrenos que serán entregados para ampliación del AIJCH).

Teniendo en cuenta la delimitación del ámbito de aplicación de la cláusula 18, es claro que en el presente caso no corresponde –por no ser necesario– el ejercicio de la función interpretativa por parte de OSITRAN.

- Una aplicación extensiva o analógica de lo establecido en el numeral 18.1 del Contrato de Concesión, que recoge un supuesto concreto y particular, vulnera el principio recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que señala que las excepciones no pueden ser aplicadas por analogía.

Contrariamente a lo establecido en dicho principio –aplicable conforme a lo establecido en el numeral 24.4 del Contrato de Concesión– el Consejo Directivo señala expresamente que la cláusula 18.1 será aplicada "extensivamente" para la asignación de las obligaciones y riesgos ambientales sobre los terrenos que reciba LAP del MTC para la ampliación del AIJCH (...).

- "Sobre a quién corresponde asumir la responsabilidad de los daños ambientales:

- (...) De acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión y en armonía con el marco legal aplicable, así como con lo ya resuelto por el OSITRAN, el Estado peruano tiene la obligación de efectuar directamente, a su responsabilidad y costo, las labores de limpieza y/o mitigación de daños ambientales en los terrenos destinados a la ampliación del AIJCH, antes de la entrega de los mismos al Concesionario.
- La primera premisa que debe considerarse es que la regla aplicable debe reflejar el criterio general de asignación de riesgos propia del ámbito contractual: **el riesgo lo asume la parte que estaba, o podía estar, en mayor control de éste** (el denominado para la teoría económica el "cheapest cost avoider" o el más barato "evitador" del costo o riesgo).
- Como condición previa a la entrega de los terrenos a favor del Concesionario y como parte del deber de saneamiento previsto en el Anexo 11 del citado Contrato (Contrato de Concesión del AIJCH), el Estado está obligado a realizar directamente, bajo su responsabilidad y costo propio, la mitigación de los pasivos ambientales que pudieran requerir dichos terrenos.
- Los daños ambientales que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de hechos posteriores a la recepción efectiva de los terrenos por parte del Concesionario, deberán ser mitigados bajo responsabilidad de LAP (...).



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

IV. MARCO CONTRACTUAL:

17. Los numerales 2 y 3 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH establecen 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.

"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.

[El subrayado es nuestro]

18. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, estableciendo 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 1°.- 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:

(...)

- 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.*





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

[El subrayado es nuestro]

19. Los numerales 1.2, 1.8, 1.30, 1.31 y 1.34 de la Cláusula 1º - Definiciones del Contrato de Concesión del AIJCH, señalan lo siguiente:

"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".

"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".

"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".

[El subrayado es nuestro]

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

"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]

21. 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]



22. 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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

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.

En la medida en la que se presentare cualquier reclamación de terceros en contra del Concesionario con respecto a cualquiera de los asuntos que el Concedente está obligado a subsanar, con sujeción a la Cláusula 18.1.1, el Concedente conviene en asumir la responsabilidad derivada de ello e indemnizar al Concesionario por tal reclamación, o por cualquier daño o perjuicio incurrido por el Concesionario o sus representantes que se derive de dicha reclamación, siempre y cuando el Concesionario haya interpuesto, o permitido al Concedente interponer todas las acciones, recursos y excepciones necesarias o convenientes para eliminar, limitar o reducir al máximo posible el pago o sanción respectivo.

Presentada la auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental ante OSITRAN, para la correspondiente aprobación por parte del Concedente, quien aprobará el estudio de impacto ambiental en un plazo máximo de noventa (90) días calendario contados a partir de la fecha de presentación, las Partes presentarán un cronograma de ejecución de las actividades de limpieza, mitigación y mantenimiento a su cargo, según las responsabilidades que señala el estudio, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario de la fecha de su aprobación. Las Partes acuerdan que cualquier discrepancia en relación a las recomendaciones contenidas en el estudio será resuelta por el Consejo Nacional de Ambiente – CONAM.

Las Partes deberán iniciar las actividades de limpieza y mitigación a su cargo en el plazo máximo recomendado en el estudio de impacto ambiental, adoptando





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

todas las medidas que fueren necesarias, incluyendo la aprobación oportuna del estudio presentado, la construcción de instalaciones y provisión de equipos que pudieran ser requeridos. Todas las edificaciones, instalaciones y equipos deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos.

Exceptuando las estipulaciones de la Cláusula 18.1.1, o en caso el Concesionario no cumpliera con realizar la auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental en el plazo que se señala en la presente cláusula, el Concesionario se responsabilizará e indemnizará al Concedente, y a cualquier Autoridad Gubernamental, sus respectivos funcionarios, empleados, agentes y contratistas contra cualquier, pérdida, obligación, daño y gasto emergente relacionado con cualquier tipo de contaminación u otros daños ambientales relacionados con el Aeropuerto. Con sujeción a la Cláusula 18.1.2, el Concesionario se asegurará de cumplir, a su propio costo, todo aspecto relacionado con las previsiones y requisitos del estudio de impacto ambiental respecto a la operación, administración y mantenimiento del Aeropuerto.

Si una de las Partes no ejecuta las actividades de limpieza y mantenimiento a su cargo, en la oportunidad que establece el cronograma presentado, deberá indemnizar a la otra Parte por los daños originados por dicho retraso, sin perjuicio de la aplicación de sanciones a que hubiere lugar.

En el supuesto que el Concedente no contara con los recursos económicos necesarios para llevar a cabo las actividades de limpieza y mitigación del daño ambiental a su cargo, el Concesionario a solicitud del Concedente realizará dichas actividades y descontará de la Retribución el monto correspondiente a tal efecto, previa aprobación del OSITRAN".

[El subrayado es nuestro]

23. 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]



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



Página 10 de 15



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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

V. ANALISIS:

24. Iniciamos el presente análisis señalando que la controversia, en torno al pedido de interpretación formulado por el MTC, radica en establecer si corresponde aplicar el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH a los terrenos que LAP reciba del MTC, después que ésta los reciba.
25. Para ello, debemos revisar los alcances de la obligación contractual, asumida por el Estado Peruano, de entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, la misma que se encuentra contemplada en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH y que ha sido materia de interpretación por el Consejo Directivo de OSITRAN, a través de la Resolución de Consejo Directivo No. 050-2005-CD-OSITRAN.
26. La Resolución de Consejo Directivo No. 050-2005-CD-OSITRAN precisó que el Estado debía entregar los terrenos, necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios, que permita a LAP ejercer sus derechos y obligaciones respecto de la realización de Mejoras y, en particular, de aquellas Mejoras Obligatorias vinculadas con la ejecución de la segunda pista de aterrizaje en los terrenos destinados a la ampliación del AIJCH.
27. Cabe señalar que, mediante Acuerdo 932-235-07-CD-OSITRAN de fecha 28 de febrero del 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Informe No. 09-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que contiene similar decisión a la adoptada en la Resolución de Consejo Directivo No. 050-2005-CD-OSITRAN.
28. Adicionalmente, las Partes no impugnaron la interpretación realizada en la citada Resolución de Consejo Directivo, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 212° de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General¹, dicha Resolución se encuentra firme y, por aplicación del literal a) del artículo 218.2 de la Ley No. 27444², con la vía administrativa agotada.



29. Como hemos señalado precedentemente, sobre los terrenos que LAP reciba del MTC tiene la obligación de realizar la Mejora vinculada a la construcción de la segunda pista de aterrizaje del AIJCH, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.6.2.1 (Mejoras Obligatorias) del Contrato de Concesión del AIJCH que establece: " *El Concesionario está obligado a construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se*



¹ "El artículo 212° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 establece que:

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto"

² El artículo 218.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 establece: Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no procede legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa (...)"





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

encuentre terminada y lista para entrar en operación al final del decimoprimer año de Vigencia de la Concesión (...)"

30. Ahora bien, tratándose de la ejecución de Mejoras, el Contrato de Concesión contiene en su cláusula 22.1 disposiciones relativas a la Asunción de Riesgos, estableciendo que: *"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 (...) la realización de las Mejoras (...)"*
31. De acuerdo con la referida cláusula 22.1, para el caso específico de las Mejoras, compete al Concesionario asumir el gasto y riesgo de su ejecución, por ello, los riesgos vinculados con el saneamiento ambiental de los terrenos que el MTC le entregue y sobre los cuales ejecutará la Mejora relativa a la segunda pista de aterrizaje del AIJCH corresponderían, preliminarmente, ser asumidos por el Concesionario. Para que pueda ser exigible la disposición contenida en la cláusula 22.1, resulta necesario que el Concesionario previamente haya recibido los terrenos para la ampliación del AIJCH, esto es, una vez que el MTC hace entrega de los mencionados terrenos, la obligación de saneamiento ambiental resulta exigible.
32. No obstante lo señalado, la propia cláusula 22.1 refiere en su parte inicial: *"Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente (...)"*. Como se puede observar, existe una salvedad para la aplicación de la citada disposición y ésta es que en ninguna parte del Contrato se haya establecido responsabilidad expresa por parte del Concedente, lo que nos lleva a revisar si el Contrato de Concesión del AIJCH contiene disposiciones relativas a responsabilidades ambientales para Concedente que correspondan ser aplicadas de manera preferente.
33. Al respecto, el Contrato de Concesión del AIJCH contiene en su cláusula 18º (Medio Ambiente) las siguientes principales disposiciones:

- El Concesionario conviene en realizar, a su propio costo, una auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental, los que deben 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.
- Actividades de limpieza y mitigación, a cargo del Concedente, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental haya ocurrido antes de la fecha de cierre.
- Actividades de limpieza y mitigación, a cargo del Concesionario, cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño medio ambiental haya ocurrido desde la fecha de cierre.
- En el supuesto que el Concedente no contara con los recursos económicos necesarios para llevar a cabo las actividades de limpieza y mitigación del



Av. República de Panamá N° 3659
 Urb. El Palomar - San Isidro
 Tel : (511) 440-5115
 Fax : (511) 421-4739
 e-mail: info@ositran.gob.pe
 www.ositran.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

daño ambiental a su cargo, el Concesionario a solicitud del Concedente realizará dichas actividades y descontará de la Retribución el monto correspondiente a tal efecto, previa aprobación de OSITRAN.

34. De acuerdo a lo señalado en la citada cláusula 18º, la auditoría ambiental y el estudio de impacto ambiental debieron considerar al Aeropuerto en su integridad, sin limitaciones, y para ello resulta útil acudir al numeral 1.8 del Contrato de Concesión que contiene la siguiente definición: *"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"*.
35. Como vemos, de la lectura del citado numeral 1.8, resulta claro que los terrenos destinados a la ampliación del AIJCH, son considerados como bienes de la Concesión y, por tanto, debieron ser considerados dentro de los alcances de la auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental a que se comprometió el Concesionario, según la cláusula 22.1 del Contrato de Concesión.
36. El hecho de no contar, en la fecha en que se realizó la auditoría y el estudio de impacto ambiental, con la posesión de los terrenos no enerva la obligación que sobre los mismos se realicen la auditoría y el estudio de impacto ambiental, toda vez, que a esa fecha ya se sabía su ubicación exacta y que sobre los mismos se construiría la segunda pista de aterrizaje del AIJCH, como se señala expresamente en el Anexo 11 del Contrato de Concesión.
37. Sin embargo, y como también manifiesta LAP, la cláusula 18 expresamente toma la fecha de cierre (14 de febrero de 2001) como referencia para la asignación de responsabilidades del Concedente y Concesionario en la implementación de las actividades de limpieza y mitigación de pasivos ambientales. Por ello, los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversiones de Contratos de Concesión establecen que por el método sistemático por comparación con otras normas, la interpretación consiste en esclarecer el que quiere decir la norma jurídica, atribuyéndola a ella los principios o conceptos que quedan claros en otras normas jurídicas del sistema jurídico y que no están claramente expresados en ella.
38. Para intentar aclarar el contenido de la obligación de saneamiento ambiental y a quien le corresponde su cumplimiento, debemos aplicar los conceptos que se encuentran de manera clara y precisa en el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH, norma que asigna algunas obligaciones al Concedente y determina los riesgos que le corresponden a éste.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

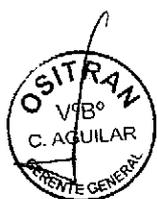
39. En esa línea de argumentación, se considera de aplicación el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH, al presente caso, en base a los siguientes fundamentos:

- o La auditoría ambiental y el estudio de impacto ambiental, así como las actividades de limpieza y remediación resultan aplicables a todos los bienes de la Concesión (según definición contenida en el numeral 1.8 del Contrato de Concesión del AIJCH) sin importar si se entregaron al inicio de la Concesión o con posterioridad, como el caso de los terrenos para la ampliación del AIJCH.
- o Aplicando sistemáticamente los numerales 18.1 y 22.1 se evidencia que la obligación y riesgo del Concedente resulta clara y manifiesta, y además existe identidad en la materia con los terrenos que reciba LAP, pues abarca a todo el Aeropuerto de manera integral.
- o En ese orden de ideas, corresponde la aplicación extensiva de las disposiciones sobre Medio Ambiente, contenidas en el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH, a los terrenos que reciba LAP para la ampliación del Aeropuerto, según la cual el Concedente y el Concesionario comparten las responsabilidades en la mitigación de los pasivos ambientales.

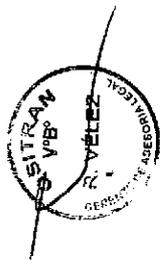
40. De otro lado, cabe destacar que, el MTC en el expediente sobre la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, ha señalado que asumirá las obligaciones y riesgos, aplicando lo previsto en el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH.

41. Finalmente, se advierte que LAP, en su Recurso de Reconsideración, no presenta nuevos argumentos que no hayan sido evaluados con anterioridad, situación que no posibilita un cambio de criterio, por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, respecto de lo resuelto en la Resolución de Consejo Directivo No. 051-2009-CD-OSITRAN, por lo que se mantienen los fundamentos expuestos en la citada Resolución.

42. En base a los argumentos desarrollados en la presente Resolución, corresponde declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP contra la Resolución de Consejo Directivo No. 051-2009-CD-OSITRAN, que interpretó el numeral 18.1 del Contrato de Concesión del AIJCH y, en consecuencia, confirmar los alcances de la citada Resolución.



POR LO EXPUESTO y en virtud del Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley Nº 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 53º del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo Nº 057-2006-PCM; a lo dispuesto por la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; estando a lo acordado en la Sesión Nº 341 del Consejo Directivo, de fecha 03 de marzo de 2010 y, al Informe Nº 011-10-GAL-OSITRAN;



Av. República de Panamá Nº 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 051-2009-CD-OSITRAN y, en consecuencia, confirmar lo resuelto en la citada Resolución, en base a los argumentos expuestos en la presente Resolución.



SEGUNDO.- Dar por Agotada la Vía Administrativa en lo relativo a la interpretación del numeral 18.1 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, estando expeditos para hacer valer su derecho a través del proceso contencioso administrativo, dentro del plazo de 3 meses de notificada la presente decisión.

TERCERO.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 011-10--GAL-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a Lima Airport Partners S.R.L.



CUARTO.- 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

Reg. Sal PD N° 4373-10

