

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Informe sobre Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2009: Análisis de la función de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN en el marco de la solicitud de interpretación complementaria efectuada por Lima Airport Partners en el Expediente N° 043-2009-OSITRAN

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado  
que presenta:

Milagros Isolina Aburto Vicuña

ASESOR:

Roberto Carlos Shimabukuro Makikado

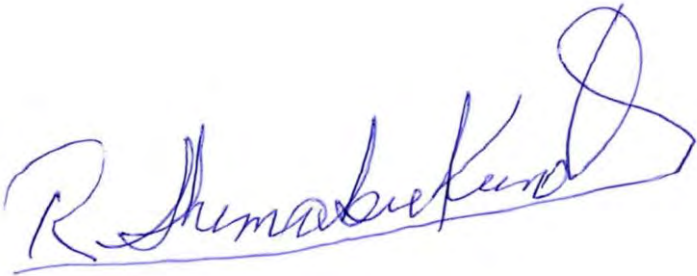
Lima, 2022

## INFORME DE SIMILITUD

Yo, Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Informe sobre Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2009: Análisis de la función de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN en el marco de la solicitud de interpretación complementaria efectuada por Lima Airport Partners en el Expediente N° 043-2009-OSITRAN” de la autora Milagros Isolina Aburto Vicuña, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 36%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 12/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

<u>Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos</u>	
DNI: 07455380	Firma 
ORCID <a href="https://orcid.org/0000-0002-9252-9766">https://orcid.org/0000-0002-9252-9766</a>	

## **RESUMEN**

La función de interpretación de los contratos de concesión de infraestructura pública de transporte del OSITRAN, dispuesta por el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, es única en su tipo pues no ha sido atribuida a ningún otro organismo regulador. Asimismo, esta función implica necesariamente la existencia de un procedimiento administrativo especial cuyo objeto es interpretar las cláusulas ambiguas de los contratos de concesión, el cual debe necesariamente tener un marco jurídico claro de actuación para el OSITRAN. Sin embargo, la normativa especial que regula el mencionado procedimiento de interpretación contractual es insuficiente, otorgando un rol importante a la normativa general aplicable a los procedimientos administrativos; y, una falta de claridad tanto para la administración pública como para los administrados con intereses legítimos en la interpretación de los contratos de concesión.

En las condiciones previamente mencionadas, Lima Airport Partners solicitó al OSITRAN una interpretación complementaria al previamente interpretado numeral 2 del anexo 11 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, respecto al alcance de la obligación del estado peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de entregar los terrenos para la ampliación de la obra “debidamente saneados”. Al respecto, el OSITRAN declaró dicha solicitud improcedente y, posteriormente, infundado el recurso de reconsideración a tal decisión. No obstante, ante un escenario normativo confuso que regulaba la actuación del organismo regulador y las cuestionables decisiones del este último, surge la oportunidad de efectuar un detallado análisis a las actuaciones del OSITRAN con el objetivo de buscar criterios para futuras actuaciones que garanticen mayor seguridad jurídica, como se mencionó, tanto para la entidad pública como para los administrados.

### **Palabras clave**

*Interpretación, OSITRAN, organismo regulador, contratos de concesión, acto administrativo.*

## **ABSTRACT**

*OSITRAN's function of interpreting public transportation infrastructure concession contracts, as provided for in section 7.1, subsection e) of article 7 of Law No. 26917, Law for the Supervision of Private Investment in Transportation Infrastructure for Public Use and Promotion of Air Transportation Services, is unique in its type since it has not been attributed to any other regulatory agency. Likewise, this function necessarily implies the existence of a special administrative procedure whose purpose is to interpret the ambiguous clauses of the concession contracts, which must be framed within a clear legal framework that allows OSITRAN to have clear criteria for action. However, the special rules that regulate the contractual interpretation procedure of OSITRAN are insufficient, giving an important role to the general rules applicable to administrative procedures; and, a lack of clarity both for the public administration and for those with legitimate interests in the interpretation of the concession contracts.*

*In these conditions, Lima Airport Partners requested OSITRAN a complementary interpretation to the previously interpreted numeral 2 of Annex 11 of the Concession Contract of the Jorge Chávez International Airport, regarding the scope of the obligation of the Peruvian State, represented by the Ministry of Transportation and Communications, to deliver the land for the expansion of the project "duly cleaned up". In this regard, OSITRAN declared such request inadmissible and, subsequently, the appeal for reconsideration of such decision was unfounded. However, in view of the confusing normative scenario that regulated the actions of the regulatory agency and the questionable decisions of the latter, the opportunity arises to carry out a detailed analysis of OSITRAN's*

*actions with the purpose of seeking criteria for future actions that guarantee greater legal certainty, as mentioned, both for the public entity and for the public.*

**Keywords**

*Interpretation, OSITRAN, regulatory agency, concession contracts, administrative act.*

# ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....</b>	<b>0</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
1.1 Justificación de la elección de la resolución: .....	1
1.2 Presentación del caso y análisis:.....	2
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES .....</b>	<b>4</b>
1.1 Antecedentes .....	4
1.2 Hechos relevantes del caso .....	5
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS .....</b>	<b>11</b>
<b>IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA .....</b>	<b>12</b>
1.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios .....	12
1.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	14
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....</b>	<b>14</b>
<b>Problema principal 1: ¿OSITRAN ejerce correctamente la facultad de interpretar los contratos de concesión? .....</b>	<b>14</b>
Problema secundario 1: ¿Cuál es el fundamento la actividad de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN?.....	16
Problema secundario 2: ¿La actuación del OSITRAN es conforme al marco normativo aplicable al procedimiento de interpretación contractual?.....	22
Problema secundario 3: ¿Los actos emitidos por OSITRAN son válidos?.....	35
<b>Problema principal N º 2: ¿El alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos, dispuesta por el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, incluye las obligaciones de saneamiento por daños ambientales y demolición de edificaciones? .....</b>	<b>38</b>
Problema secundario 1: ¿Cuáles son las reglas de interpretación de los contratos públicos? .....	39
Problema secundario 2: ¿Cuál es el marco normativo aplicable al Contrato de Concesión AIJCH para la interpretar de la obligación de saneamiento? .....	43
Problema secundario 3: ¿Cuál es el alcance de la obligación de saneamiento por parte del estado peruano?.....	47

VI.	CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	55
VII.	BIBLIOGRAFÍA .....	56



## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	Expediente N° 043-2009-OSITRAN
<b>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derecho Administrativo, Derecho Administrativo Económico, Derecho Civil
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	-Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN -Res. N° 034-2009-CD-OSITRAN -Res. N° 042-2009-OSITRAN
<b>DEMANDANTE/DENUNCIANTE</b>	Lima Airport Partners S.R.L.
<b>DEMANDADO/DENUNCIADO</b>	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	Instancia administrativa
<b>TERCEROS</b>	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
<b>OTROS</b>	<i>El caso aborda una solicitud de interpretación contractual de un contrato de concesión al OSITRAN.</i>



## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1 Justificación de la elección de la resolución:**

Nuestro país ha promulgado como uno de sus pilares sociales y económicos a la Economía Social de Mercado, como se ha señalado en el artículo 58 de la Constitución Política. Así pues, la carta magna ha establecido que el Estado orientará el desarrollo del país, actuando con un especial énfasis en las áreas de promoción de los servicios públicos.

Al respecto, uno de los mecanismos que implementó el Estado Peruano para garantizar la adecuada satisfacción de las necesidades básicas de la población fue la intervención de las empresas privadas para su prestación. De este modo, el estado utilizó como herramienta a la concesión administrativa como un título habilitante que permitía al privado ejercer atribuciones que de otra forma únicamente le competen al Estado, como son el brindar servicios públicos o garantizar infraestructura pública. Los beneficios de este mecanismo radican en el fomento de la inversión privada y en la especialización técnica para el desarrollo del país.

No obstante, pese a que los beneficios de las concesiones para el país son innegables, debido al poco desarrollo y experiencia con la que contamos sobre esta figura jurídica, se han evidenciado una serie de problemas en la etapa de ejecución de los contratos de concesión. Entre los principales problemas nos encontramos al de la falta de consenso entre las partes sobre la interpretación de una o varias cláusulas en el contrato debido a la ambigüedad de los términos empleados en la redacción del contrato.

Sobre ello, la legislación del sector de infraestructura de uso público de transportes ha previsto como una alternativa para acabar con dicha incertidumbre la vía de interpretación de los contratos de concesión que le compete al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Uso

Público (en adelante, el “OSITRAN”), de conformidad con el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (en adelante, la “Ley de Creación”).

En ese sentido, la elección del presente expediente responde a la importancia del tema que aborda: la función de interpretación de los contratos de concesión otorgada al OSITRAN, la cual surge como una alternativa para dilucidar la ambigüedad de cláusulas contractuales, frente a los tradicionales mecanismos de solución de controversias de interpretación contractual (tratos directos y/o arbitraje). Así pues, si el marco jurídico aplicable a la función mencionada no es claro se habría establecido un mecanismo contraproducente tanto para la administración pública como para las partes.

En consecuencia, es importante y necesario evaluar con especial detalle los casos emblemáticos de nuestro país en los cuales las decisiones del OSITRAN al interpretar contratos de concesión son cuestionables, con la finalidad de identificar problemas y las soluciones necesarias para garantizar el cumplimiento eficiente de la función de interpretación de contratos de concesión de competencia de OSITRAN. En esa línea, se deberá estudiar a detalle el ejercicio de tal función en la práctica administrativa con miras a alcanzar los mencionados objetivos.

## **1.2 Presentación del caso y análisis:**

En el presente caso el OSITRAN, en uso de sus facultades para interpretar los contratos de concesión de infraestructura de transportes, declara improcedente la solicitud de LAP de interpretación complementaria al previamente interpretado numeral 2 del anexo 11 del Contrato de Concesión AIJCH, en relación al alcance de la obligación de entregar los terrenos para la ampliación de la obra “debidamente saneados”. Asimismo, posteriormente declaró infundado el

recurso de reconsideración interpuesto contra la decisión de declarar improcedente la referida solicitud.

Sobre ello, consideramos pertinente evaluar si el ejercicio de la función de interpretación de los contratos de concesión se efectuó de manera regular, entiendo por ello, adecuada a los fines públicos de su función y al ordenamiento jurídico; y, determinar el alcance la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos por parte del estado.

Por un lado, en relación al ejercicio regular de la actividad de interpretación de contratos del OSITRAN, se deberán determinar previamente tres aspectos: (i) el fundamento de la función de interpretación de los contratos de concesión del OSITRAN, (ii) si el ejercicio de la mencionada función se adecúa al marco normativo aplicable para el desarrollo de sus actividades y a los fines públicos de dicha función; y, (iii) si los actos emitidos por el OSITRAN en ejercicio de la mencionada función son actos administrativos válidos.

Por otro lado, sobre la interpretación de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos, las siguientes interrogantes deberán dilucidarse para determinar el alcance de la referida obligación: (i) determinar las reglas de interpretación de contratos aplicables a los contratos administrativos, (ii) definir el marco jurídico aplicable al Contrato de Concesión del AIJCH, (iii) evaluar cuál es el alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos para la ampliación del AIJCH por parte del estado peruano.

Al respecto, el análisis a efectuarse en el presente trabajo permitirá determinar que el OSITRAN al declarar improcedente la solicitud de interpretación complementaria al Contrato de Concesión AIJCH se apartó del fundamento de la función de interpretación de contratos, aun cuando el ordenamiento jurídico peruano habilita tomar acciones distintas a la decisión reflejada en la Resolución de Consejo Directivo N ° 034-2009-CD-OSITRAN.

Además, consideramos que la asignación de riesgos en un contrato de concesión debe considerar la normativa aplicable para los contratos de la naturaleza a fin de tutelar su adecuado funcionamiento. Así pues, para los casos de asignación de riesgos por demolición de edificación y daños ambientales en la entrega de terreno, se debía tomar en cuenta la *lex mercatoria* de este tipo de contratos, según la cual los riesgos son asignados a aquella parte se encuentra en una mejor posición de asumirlos. Por ende, en aplicación de la regla mencionada, en el presente caso le correspondería al estado peruano asumir dichos riesgos debido a que estaba en una mejor posición para mitigarlos, en tanto que tenía la posesión del terreno hasta la entrega del terreno que determinaba el inicio de la ejecución de la obra.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

### **1.1 Antecedentes**

El proyecto de construcción y ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, "AIJCH") fue entregado en concesión en el año 2001, siendo uno de los casos más representativos del país en materia de concesiones al tratarse de una de las infraestructuras de mayor relevancia social y económica para el Estado Peruano. Así, se suscribió un contrato de concesión entre el Estado Peruano y LAP para la construcción del mencionado aeropuerto, en cuya ejecución surgió un problema de interpretación en el alcance de la obligación de entrega de terrenos para la ampliación del aeropuerto "debidamente saneados", asignada al estado.

En relación con el régimen de contratación estatal, el país se encontraba en una época de importantes reformas estructurales de acuerdo con el modelo económico recogido por la Constitución Política, una economía liberal de mercado. Al respecto, una de las principales características en el nuevo modelo económico fue la aparición de los organismos reguladores para garantizar la

adecuada prestación de los servicios públicos y/o de la infraestructura de uso público a la sociedad.

## **1.2 Hechos relevantes del caso**

1. El 14 de febrero del 2001, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante, el “MTC”) y Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, el “LAP”) suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) (en adelante, el “Contrato de Concesión AIJCH”).
2. El 5 de julio del 2004, mediante la Carta N ° LAP-GCCO-C-2005-00074, el Concesionario solicitó a OSITRAN la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 “Entrega de Terrenos para la Ampliación del Aeropuerto” del Contrato de Concesión.

En dicha solicitud expresó los siguientes argumentos:

- El numeral 5.6.2.1 de la Cláusula Quinta del Contrato obliga al concesionario a construir una segunda pista de aterrizaje, como parte de las mejoras obligatorias de la obra. El área requerida para esta ampliación del aeropuerto debía ser entregada por el concedente, de acuerdo con el numeral 5.23 de la mencionada cláusula.
- Adicionalmente, el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión AIJCH precisó que los terrenos que entregue el MTC deben encontrarse “debidamente saneados”.
- En esa línea, indicó que al no existir una definición contractual para el término “debidamente saneados” se debe aplicar supletoriamente los artículos 1484 y 1485 del Código Civil, los cuales establecían la obligación

del transferente a responder por la evicción, vicios ocultos o por sus hechos propios que no permitan destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirida.

- En ese sentido, solicitó se reconociera que el término debidamente saneados comprende a –pero no se restringe- los aspectos jurídicos como físicos (efectivamente desocupados y listos para la posesión física), así como la garantía de su total aprovechamiento económico.

3. El 22 de agosto del 2005, a través de la Resolución de Consejo Directivo N ° 050- 2005-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN se pronunció sobre la solicitud de interpretación, indicando que la obligación de saneamiento comprende tanto los aspectos jurídicos como físicos.

Por un lado, en relación con los aspectos jurídicos, el OSITRAN señaló que el bien debe entregarse libre de todo gravamen, en conjunto y en una sola oportunidad. Por otro lado, sobre los aspectos físicos, el organismo regulador precisó que se deberá garantizar una posesión pacífica y útil del bien (libre de poseedores precarios).

4. El 26 de junio de 2009, mediante la Carta N ° LAP-GCCO-2009-00097, el Concesionario remitió una solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión a fin de que OSITRAN precise que la obligación de saneamiento incluía lo siguiente:

- a) Los trabajos de limpieza y/o mitigación de los daños ambientales en las áreas destinadas para la ampliación del AIJCH.
- b) Los trabajos por la remoción, demolición, movilización, traslado, retiro y, en general, la eliminación de cualquier edificación sobre los terrenos.

Dicha solicitud complementaria de interpretación del citado dispositivo normativo se sustentó en los siguientes argumentos:

- La naturaleza del Contrato de Concesión implica que no se le puedan asignar riesgos al concesionario que éste no haya asumido de forma expresa en este.
  - El criterio general de asignación de riesgos que suele aplicarse en el ámbito contractual (cheapest cost avoider) es aplicable al Contrato de Concesión; criterio que además se encuentra recogido en la lógica del mencionado contrato y en el Código Civil.
  - En aplicación de la interpretación efectuada por el OSITRAN del numeral 2 del Anexo 11 el Contrato de Concesión, los daños ambientales y la eliminación de edificaciones se incluirían dentro de la obligación de saneamiento en la entrega de los terrenos para la ampliación del Aeropuerto.
5. El 03 de agosto de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones remitió al OSITRAN el Oficio N ° 977-2009-MTC/25, mediante el cual adjuntó el Informe N ° 457-2009-MTC/25 en el cual expresaba su opinión técnica sobre la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.

En dicho informe indicó las siguientes consideraciones:

- Indicó que en el contrato se estableció un criterio para la distribución de riesgos entre las partes, por lo cual no corresponde recurrir a otros criterios para dicho tema.

- Señaló que el término “debidamente saneados” comprendía el saneamiento físico y legal, lo cual debe entenderse como la inscripción en los Registros Públicos a nombre del MTC, libres de todo gravamen y libres de todo tipo de poseionarios.
  - Argumentó que, en relación con la demolición de edificaciones, el ordenamiento jurídico peruano no obliga al MTC de realizar alguna inversión de este tipo; y, los trabajos de demolición están incluidos en la oferta económica de LAP.
  - Precisó que, respecto a los daños ambientales, la fecha de toma de posesión de las áreas por parte de LAP determinaba la oportunidad en que se debían efectuar los estudios ambientales; sin embargo, para la asignación de responsabilidad se mantenía como referente la Fecha de Cierre.
6. El 23 de setiembre de 2009, mediante Resolución de Consejo Directivo N ° 034-2009-CD-OSITRAN, OSITRAN declaró improcedente la solicitud de interpretación complementaria, la cual se notificó mediante el Oficio Circular N ° 088-09-SCD- OSITRAN del 25 de setiembre del mismo año.

La declaración de improcedencia de la interpretación complementaria se sustentó en los siguientes argumentos:

- La pretensión de LAP era una aclaración de la Resolución de Consejo Directivo N ° 050-2005-CD-OSITRAN; en consecuencia, no procedía la aclaración de la resolución al haber quedado previamente consentida, de conformidad con el artículo 406 del TUO del Código Procesal Civil, el cual es aplicable supletoriamente.



- No se ha solicitado efectuar la interpretación de la cláusula 18 del Contrato de Concesión de forma expresa por parte de LAP, por lo que no corresponde efectuar la interpretación de dicha cláusula.
  - En atención a la primera interpretación del OSITRAN del alcance del término debidamente saneado indicado en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, es posible determinar que el concesionario debe asumir los riesgos por los daños medioambientales y demolición de edificaciones.
  - Le correspondía a LAP, como postor y actual concesionario, definir los costos de la construcción de la segunda pista de aterrizaje, en base al Plan Maestro de Desarrollo Conceptual que presentó, los cuales debían haberse incluido en su oferta económica.
7. El 19 de octubre de 2009, el Concesionario formuló un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N ° 034-2009-CD-OSITRAN.

En el mencionado recurso, LAP expresó las siguientes consideraciones:

- El hecho de que no se haya solicitado expresamente la interpretación de la cláusula 18 no representaba un impedimento para que el OSITRAN cumpla con atender la solicitud de aclaración interpuesta por LAP. Al respecto, las fuentes en las que la entidad basa su interpretación incluyen al texto integral del propio contrato.
- La aplicación de la cláusula 18 del Contrato de Concesión por analogía que argumenta el MTC no es viable, puesto que con ella se le impondría a LAP una obligación indebida.

- La Resolución de Consejo Directivo N ° 034-2009-CD-OSITRAN adolece de falta de motivación al no haber evaluado ni contradicho los argumentos presentados por LAP; y, solo suscribir los argumentos señalados por el MTC.
  - Las Bases y el Anexo 11 describieron las áreas a ser entregadas para la ampliación del Aeropuerto como “terrenos”, sin hacer alusión a presencia de edificaciones en los mismo; por lo cual, no resultaba razonable que LAP incluya en su presupuesto el costo de las demoliciones de terrenos.
  - LAP precisó que la solicitud de interpretación complementaria se trata de un pedido de aclaración acerca de si los daños ambientales y la demolición de edificaciones son parte de la obligación de debido saneamiento, prevista por el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.
8. El 24 de noviembre de 2009, a través de la Resolución de Consejo Directivo N ° 042-2009-CD-OSITRAN, OSITRAN declaró infundado el recurso de reconsideración y ratificó la declaración de improcedencia de la solicitud de interpretación complementaria para el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión.

Dicha resolución se sustentó en lo siguiente:

- Argumentó que la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión es un acto firme, por lo cual es improcedente toda solicitud de aclaración.
- Señaló que no existe ninguna controversia actual sobre los alcances del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, en tanto que la obligación contenida en dicho dispositivo normativo fue aclarada con la emisión de la de la Resolución N° 050-2005-CD-OSITRAN.

- Indicó que la solicitud de interpretación complementaria planteada por LAP tiene como objeto variar los alcances de la mencionada resolución al pretender incluir temas de los que OSITRAN no habría emitido pronunciamiento.
- Señaló que, de acuerdo con el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, no corresponde que, como requisito previo a la entrega de los terrenos de la ampliación, el Concedente (i) realice el saneamiento ambiental; y (ii) realice la eliminación de las edificaciones existentes.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

**Problema principal N° 1:** En el marco de la emisión de las Resoluciones de Consejo Directivo de OSITRAN N° 034-2009-CD-OSITRAN.y N° 042- 2009-CD-OSITRAN, ¿OSITRAN ejerció regularmente su función de interpretación de contratos de concesión?

**Problema secundario 1:** ¿Cuál es el fundamento de la función de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN?

**Problema secundario 2:** ¿La actuación del OSITRAN es conforme al marco normativo aplicable al procedimiento de interpretación de los contratos de concesión?

**Problema secundario 3:** ¿Los actos emitidos por OSITRAN son válidos?

**Problema principal N° 2:** ¿El alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos destinados para la ampliación del AIJCH, dispuesta por el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, incluye las obligaciones de saneamiento por daños ambientales y demolición de edificaciones?

**Problema secundario 1:** ¿Cuáles son las reglas de interpretación contractual de los contratos públicos?

**Problema secundario 2:** ¿Cuál es el marco normativo aplicable al Contrato de Concesión del AIJCH?

**Problema secundario 3:** ¿Cuál es el alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos para la ampliación del AIJCH a cargo del estado peruano?

#### **IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA**

##### **1.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

La función de interpretación contractual referida a los contratos de Concesión que ejerció el OSITRAN sobre el Contrato de Concesión del AIJH, en el marco de la solicitud de ampliación de la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del referido contrato es irregular por cuanto no cumplió con garantizar la finalidad pública que fundamenta tal función.

Al respecto, el régimen normativo aplicable a la referida función de OSITRAN, en la fecha en que fueron dictados las resoluciones analizadas, es el siguiente: (i) la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, (ii) la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, (iii) el Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, (iv) los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconvención de Contratos de Concesión, aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN; y, (v) la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

En ese sentido, considerando que la actuación del OSITRAN debía enmarcarse en la normativa mencionada, se concluye que la declaración de improcedencia de la resolución ignoraría que la entidad administrativa se encontraba habilitada para interpretar el contrato de concesión mediante una enmienda, no cumpliendo

con la finalidad de su función. Asimismo, en su actuación vulneró el principio al debido procedimiento, debido a defectos en su motivación, y el principio de impulso de oficio, regulados en los incisos 1.2 y 1.3 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Asimismo, cabe mencionar que al existir una vulneración al principio de debido procedimiento por un tema de motivación indebida de la Resolución de Consejo Directivo de OSITRAN N° 034-2009-CD-OSITRAN, este acto administrativo ve afectado uno de sus requisitos de validez: la motivación. No obstante, cabe precisar que a dichos defectos en la motivación les es aplicable la figura de conservación del acto administrativo.

De otro lado, para la interpretación de los contratos de concesión el OSITRAN deberá contemplar en su función el siguiente marco normativo: (i) las disposiciones contractuales, (ii) las disposiciones especiales aplicables a los contratos administrativos, con especial énfasis, al criterio del interés público del contrato; y (iii) de forma supletoria, las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil Peruano.

Además, a efectos de determinar si los daños mediambientales y demolición de terrenos eran parte de la obligación legal del saneamiento, el OSITRAN deberá tomar en consideración el Derecho Público y, de forma supletoria, el Derecho Privado, resaltando la aplicación de la *lex mercatoria*, la cual precisa que los usos y costumbres serán aplicables de forma supletoria a los acuerdos contractuales.

Finalmente, corresponde señalar que la obligación de saneamiento ambiental y demolición de edificaciones en la entrega de terrenos para la ampliación del AIJCH correspondía ser asumida por el estado peruano, de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión y el artículo 2 del Código de Comercio, es decir, por los usos y costumbres del modelo de contratos de colaboración pública privada.

## **1.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución**

En nuestra opinión, el OSITRAN al dictar la Resolución del Consejo Directivo 034-2009-CD-OSITRAN transgredió los fundamentos de su función de interpretar los contratos de concesión, puesto que se limitó a declarar la solicitud de ampliación de interpretación de LAP como improcedente, cuando el marco normativo del procedimiento de interpretación de los contratos de concesión habilitada a dicha entidad a pronunciarse al respecto.

Asimismo, en dicha resolución se encuentran defectos en la motivación por falta de coherencia interna, defectos en la motivación externa y motivación insuficiente; no obstante, es posible conservar el acto administrativo, de conformidad con los numerales 14.2.1 y 14.2.2 del artículo 14 de la LPAG, correspondiendo a su vez que el OSITRAN efectúe una enmienda del acto a fin de subsanar los defectos en su motivación.

Finalmente, en relación con el fondo de la resolución, consideramos que la normativa utilizada para interpretar el alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos fue limitada, pues deja de considerar que los usos y costumbres habían sido reconocidos como normas aplicables en el mismo Contrato de Concesión como por la normativa de derecho privado, aplicable de forma supletoria.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

**Problema principal 1: ¿OSITRAN ejerce correctamente la facultad de interpretar los contratos de concesión?**

En el presente caso, el primer problema jurídico detectado consiste en determinar si la función de interpretación de los contratos de concesión del OSITRAN fue ejercida de manera regular, entiendo por “ejercicio regular de una actividad”

como aquella desempeñada por la administración pública en cumplimiento con el marco normativo dispuesto para el ejercicio de tal acción. El análisis del correcto desempeño de la función de interpretación del OSITRAN se realizará en el marco de la solicitud complementaria de interpretación solicitada por LAP que se materializó en la Resolución N ° 034-2009-CD-OSITRAN. Así, con el objetivo de evidenciar lo señalado deberán evaluarse las actuaciones del organismo regulador tanto en su declaración de improcedencia de la solicitud de interpretación complementaria interpuesta por LAP, a través de la Carta N° LAP-GCCO-2009-00097, como en la declaración de infundado del recurso de reconsideración planteado por LAP ante la improcedencia de la mencionada solicitud.

Para el análisis del problema, aplicaremos una metodología que consta de tres pasos que responderán a los siguientes problemas jurídicos secundarios detectados: (i) en primer lugar, corresponde definir cuál es el fundamento de la función de interpretación de los contratos de concesión del OSITRAN; (ii) en segundo lugar, pasaremos a determinar si el OSITRAN ejerció una función de interpretación ajustada a los fines públicos y a las normas jurídicas aplicables al procedimiento de interpretación de los contratos de concesión; y, (iii) finalmente, corresponderá analizar si las resoluciones a través de las cuales OSITRAN declaró la improcedencia de la solicitud de ampliación y la denegación del recurso de reconsideración, en tanto califican como actos administrativos, cuentan con todos los requisitos de validez para la emisión de los mismos.

En ese sentido, será necesario dar respuesta a las tres interrogantes mencionadas en el párrafo anterior a fin de efectuar un análisis íntegro de la actuación del OSITRAN en relación con la interpretación del Contrato de Concesión AJCH; con el objetivo de determinar si dicha actuación se adecuó a la normativa aplicable y al fundamento de tal actividad.

## **Problema secundario 1: ¿Cuál es el fundamento la actividad de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN?**

### **A. OSITRAN como el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público**

Los organismos reguladores surgen como resultado de un cambio en el rol del estado en la economía respecto a los servicios públicos y de la explotación de infraestructura de uso público, al optar por un rol de gestor sobre el de prestador. Este cambio se concertó por el proceso de liberalización de los mercados y el mencionado cambio de rol, lo que conllevó al surgimiento de una nueva necesidad: contar con entidades administrativas capaces de garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos y del uso de la infraestructura pública.

Durante la última década del siglo XX, los organismos reguladores fueron creados en el Perú, en el marco del proceso de transformación del rol del estado en la economía peruana. El referido proceso se caracterizó por la liberalización de los mercados, lo cual permitió el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de explotación de determinadas infraestructuras de uso público. (Danós: 2013, p. 60).

La liberalización de los servicios públicos e infraestructura de uso público era necesaria debido a la ineficiente cobertura de las mismas, el aporte de los servicios públicos a las actividades económicas y los cambios tecnológicos; motivos que determinaron la búsqueda de una mejora en su calidad; toda vez que el monopolio de los servicios públicos no era la alternativa más eficiente. (Tassano Velaochaga: 2008, p. 90). De este modo, las políticas estatales fueron modificadas para enfocarse en prestar necesidades esenciales como son la salud, seguridad y la educación, y; asu vez, permitir que las empresas privadas presten servicios públicos y determinadas infraestructuras de uso público.



Cabe señalar también, que los organismos reguladores tienen un rol distinto al que le es atribuido al Estado como concedente, pues se trata de organismos técnicos dotados de independencia funcional, encargados de la verificación y garantía de la calidad e idoneidad de los servicios supervisados (Tawil citado por Danós: 2013, p. 71). En esa línea, su objetivo principal es supervisar o controlar las actividades que realizan las empresas privadas prestadoras de servicios públicos o aquellas encargadas de la explotación de la infraestructura de uso público; a fin de garantizar la competencia en los mercados.

Sobre ello, para garantizar la autonomía de los órganos reguladores en el desempeño de sus funciones que tienen como fin garantizar la competencia en el mercado fue esencial establecer su adecuada ubicación dentro del organigrama de la administración pública en el Perú. La Ley N ° 27332, “Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos”, prevé en su artículo 2 que la naturaleza de estos órganos se determina por su autonomía administrativa, funcional, económica, técnica y financiera. Así pues, dichos organismos están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros y no dentro de cada Ministerio Público del sector económico en el cual tienen competencias, para salvaguardar su independencia frente a las políticas dictadas por estos últimos.

Adicionalmente, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aprobada por la Ley N ° 29158 (en adelante, la “LOPE”), vigente en el periodo de la solicitud de interpretación complementaria, precisó que los organismos reguladores tenían la naturaleza de organismos públicos especializados, los cuales contaban con independencia en el ejercicio de sus funciones. Además, en dicho dispositivo normativo se mencionó que la función de estos organismos era su actuación en sectores especializados de regulación de mercados o cuando es necesario garantizar el adecuado funcionamiento de sectores no regulados, es decir, tal y como se mencionó previamente: garantizar la competencia.

Consideramos que, afianzar la autonomía de los organismos reguladores es determinante para que estos puedan cumplir con la función esencial que les ha sido asignada: garantizar una adecuada competencia en los sectores económicos. Al respecto, se debe tener en especial consideración que, pese a que formen parte del organigrama de la administración pública, estos organismos no garantizan los intereses públicos del estado sino el eficiente comportamiento de los mercados, lo cual requiere necesariamente de su imparcialidad y objetividad al ejecutar cada una de sus funciones.

En relación a los organismos reguladores creados en el Perú, estos fueron los siguientes: (i) el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, en el sector de telecomunicaciones; (ii) el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG (ahora OSINERGMIN), en el sector de energía; (iii) la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS, en el sector de saneamiento; y, (IV) el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, en el ámbito de la infraestructura de transporte de uso público.

El 23 de enero de 1998 se promulgó la Ley N ° 26917, Ley de Supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo, la cual ordenó la creación del OSITRAN estableciéndolo como un organismo público descentralizado, con personería jurídica de Derecho Público y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Esta norma se dictó previamente al inicio del otorgamiento de las concesiones de infraestructura pública de transporte.

Asimismo, OSITRAN se encarga de regular aquel mercado en el que actúan empresas públicas y privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, como también de fiscalizar el cumplimiento de los contratos de concesión del referido tipo de infraestructura. Las funciones de este organismo se efectúan en el marco de las políticas y

disposiciones normativas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Danós, 2013: p. 74). La infraestructura de transporte de uso público bajo la competencia del OSITRAN es la aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional y regional, entre otras.

En ese sentido, el OSITRAN es el organismo regulador encargado de fiscalizar que la inversión en infraestructura de transporte de uso público en el Perú sea acorde con las necesidades públicas, así como también de supervisar los contratos de concesión de infraestructuras de transporte de uso público. Como se mencionó, la creación de dicho organismo público respondió al cambio del rol del Estado producto de la liberalización de los mercados, surgiendo OSITRAN en este escenario para garantizar el adecuado funcionamiento del sector económico que comprende la infraestructura de transporte de uso público.

### **B. OSITRAN como el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público**

Entre las competencias con las que cuenta el OSITRAN, observamos una serie de funciones que la Ley marco de los organismos reguladores, la Ley de creación y sus disposiciones reglamentarias, le han atribuido con el objetivo de garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos supervisados. A modo de profundizar lo señalado, entre las funciones con las que cuenta el OSITRAN pasamos a listar las siguientes: supervisora, reguladora, normativa, sancionadora, solución de controversias, función de solución de reclamos, entre otras específicas establecidas por las normas especiales de organismo regulador.

Al respecto, la actividad de interpretación contractual es una función específica del OSITRAN que ha sido reconocida por el literal e) del artículo 7.1 de la Ley de Creación, en la cual se dispone que la interpretación de los títulos en virtud los cuales las entidades privadas prestadoras de servicios públicos efectúan sus actividades de explotación de los mismos. Dentro de los títulos habilitantes

encontramos a los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público.

Asimismo, la anterior disposición fue reglamentada a través del artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N ° 044-2006-PCM, el cual señala que la competencia de interpretación de los contratos de concesión le corresponde al Consejo Directivo del OSITRAN. Además, establece que el objetivo de la interpretación es determinar el sentido de una o más cláusulas del citado contrato y se hace extensiva a sus anexos, bases de licitación y circulares.

En relación a la interpretación de los contratos administrativos, Menchola & Chamorro (2015) mencionan que la necesidad de las partes por interpretar, aclarar y precisar las disposiciones del contrato administrativo será mayor que en otro tipo de acuerdos contractuales, debido a que se tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica necesaria para resguardar a los inversionistas privados (p. 92). Al respecto, cabe mencionar que el régimen económico fomenta la participación de la inversión privada con el objetivo de garantizar las prestaciones de servicios públicos y/o de infraestructura de uso público que, de otro modo, no podrían brindarse con el mismo estándar de calidad.

Además, el fundamento de la facultad de interpretar los contratos de concesión por la administración pública tiene como objetivo garantizar la consecución del fin público del contrato. Asimismo, la justificación la mencionada institución jurídica la encontramos en el hecho de no causar un perjuicio en el interés público producto de la paralización de brindar los servicios públicos, construir una obra o proveer el suministro por haber optado por resolver mediante los mecanismos de solución de controversias los problemas de interpretación del contrato. La solución ante dicho escenario es la ejecutividad con la que cuenta el acto administrativo con el cual realiza el ejercicio de interpretación, con la salvedad de que dicha decisión podrá ser revisada posteriormente (Meilán: 2013, p. 28).

En la misma línea, los autores Menchola & Chamarro (2015) precisaron que el OSITRAN podría funcionar como una instancia adicional para las partes, en la cual las mismas podrán someter sus incertidumbres jurídicas o controversias sobre la interpretación contractual. (p. 99).

De esta forma, el procedimiento de interpretación de los contratos de concesión a cargo del OSITRAN se erige como un mecanismo opcional para las partes, distinto a los mecanismos de resolución de controversias, cuya ventaja radicaría en la ejecutividad del acto administrativo y la mayor celeridad de dicho mecanismo, las cuales evitarían que se dejen de prestar los servicios públicos. De ahí que, las partes efectuarían un análisis costo-beneficio entre los mecanismos posibles de utilizar con el objetivo de determinar si prefieren utilizar la vía del procedimiento administrativo de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN o los mecanismos de resolución de controversias.

Adicionalmente, si bien no es objeto de este trabajo desarrollar la idoneidad de haber atribuido al OSITRAN la actividad de interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte, en nuestra opinión el que el referido organismo regulador pueda interpretar los contratos de concesión en cuestión es por extremo criticable debido a la falta de independencia de los organismos reguladores en el Perú. El problema radica en que, si el organismo regulador no mantiene como objetivo principal en la actividad de interpretación garantizar la competencia en el mercado, es posible que termine adoptando el interés del estado o del inversionista privado, efectuando de este modo un ejercicio irregular de sus funciones.

Al respecto, la OCDE en su documento de trabajo denominado “Impulsando el desempeño del Regulador de infraestructura de Transporte de Perú”, publicado en el año 2020, estableció como parte de sus recomendaciones abogar por una coordinación más eficiente entre las entidades públicas implicadas en la supervisión de la infraestructura de transporte y de inversión privada, para

fomentar la transparencia y confianza respetando la independencia de las decisiones del OSITRAN, así como también generar una relación colaborativa con la Contraloría General de la República a fin de garantizar su autonomía en sus decisiones (OCDE: 2020, p. 19).

En resumen, el OSITRAN cuenta con una habilitación legal para interpretar los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público en fase de ejecución, de acuerdo al literal e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917. Esta función de interpretación contractual tiene como fundamento el garantizar que, ante un eventual problema de interpretación de una de las cláusulas del contrato de concesión, los servicios públicos y/o la infraestructura de uso pública se sigan prestando con regularidad a la población. Así pues, el procedimiento de interpretación de contratos de concesión se configura como una vía adicional a los métodos de solución de controversias, para resolver una duda de interpretación en una o varias cláusulas contractuales.

**Problema secundario 2: ¿La actuación del OSITRAN es conforme al marco normativo aplicable al procedimiento de interpretación contractual?**

**A. El principio de legalidad como pilar en la actuación de la Administración Pública**

El procedimiento de interpretación de los contratos de concesión del OSITRAN implica una serie de actuaciones por parte de la administración pública, las cuales deben llevarse a cabo en estricto cumplimiento del principio de legalidad. De este modo, contrario a lo establecido en el sector privado, en el cual todo está permitido salvo que la ley establezca lo contrario; lo permitido en las actuaciones de la administración pública responde a un criterio contrario, pues solo se permite aquello previamente dispuesto por el ordenamiento jurídico.

En esa línea, la actuación administrativa se rige por el principio legalidad, el cual proscribire las acciones arbitrarias y establece a la ley como límite y mandado de

las actuaciones. Sobre ello, García de Enterría y Fernández en Orbegoso (2020) resalta la dualidad de funcionamiento de la ley, por un lado, como una directiva de actuación para las entidades públicas cuyo fin es el respeto de los derechos fundamentales de los administrados; y, por otro lado, como un mandato al establecerse como una imposición de un modo de actuar específico para la administración pública.

Así, incluso se ha catalogado al principio de legalidad como aquel principio más importante en el Derecho Administrativo, pues todas las entidades públicas que conforman el estado deberán actuar con respeto a las leyes y en cumplimiento de las facultades que le han sido atribuidas (Napurí: 2009, p. 230).

En resumen, el principio de legalidad repercute en la actuación de la administración pública, la cual deberá sujetarse al cumplimiento de la Constitución, las leyes y el derecho en el ejercicio de las funciones. En ese sentido, en tanto el OSITRAN como organismo regulador forma parte del aparato estatal, el ejercicio de sus actividades y funciones se encuentra sujeto al mencionado principio. De ahí que, la función de interpretación de los contratos de concesión del OSITRAN deberá responder a lo previsto en la legislación para cumplir con los objetivos de tal función.

## **B. El marco jurídico aplicable al procedimiento de interpretación de los contratos de concesión**

Ahora bien, para analizar si la decisión del OSITRAN de declarar improcedente la solicitud de interpretación complementaria interpuesta por LAP, se ajustó o no al marco normativo que rige el procedimiento de interpretación de los contratos, corresponde delimitar las normas que configuran dicho marco. En ese sentido, pasaremos a detallar aquellas normas aplicables a dicho procedimiento administrativo en el período comprendido entre junio y noviembre del año 2009, rango en el cual se efectuó la solicitud de interpretación complementaria y se interpuso el recurso de reconsideración de LAP. Así pues, las normas que

configuran el marco normativo aplicable al procedimiento de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN son las siguientes:

- a) Ley N ° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, “Ley Marco de los Organismos Reguladores”), publicada el 29 de julio de 2000.**

Esta norma fue dictada a fin de establecer un marco común para los organismos reguladores en el Perú, que habían sido creados sin seguir criterios uniformes. Además, se encargó de definir la naturaleza de estos organismos, precisando que cuentan con personería de derecho público interno, así como con autonomía frente a los demás órganos estatales.

En ese sentido, estableció de forma general para los organismos reguladores sus funciones dentro de sus sectores de competencia, la forma de composición del Consejo Directivo – órgano de dirección máximo dirección-, del Tribunal de Solución de Controversias, Consejos de Usuarios, entre otros.

Al respecto, en concordancia con lo desarrollado previamente en el presente trabajo, resaltamos que se remarcó en la presente norma la necesidad de la autonomía de los organismos reguladores frente al Estado, lo cual responde al hecho determinante de que estos no pretenden defender intereses específicos de entidades del estado pues su objetivo es garantizar la competencia en los sectores económicos de su competencia.

- b) Ley N ° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, publicada el 23 de enero de 1998.**

El artículo 2 de la Ley de Creación determinó la aparición del OSITRAN en el estado peruano, estableciéndolo como el organismo regulador del sector de la infraestructura de transporte de uso público. Asimismo, se declaró que su



objetivo era fomentar el desarrollo de los servicios de transporte y la supervisión de la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público.

En relación a la función de interpretación contractual, el literal e) del artículo 7.1 de la Ley de Creación dispuso que el OSITRAN tiene competencia para interpretar los títulos habilitantes de actividad de explotación para las empresas prestadoras, como una de sus principales funciones. Dentro de los referidos títulos habilitantes encontramos a el contrato de concesión en materia de infraestructura pública de transporte.

En ese sentido, la Ley de Creación determinó la creación del OSITRAN como organismo regulador del mencionado sector, así como su competencia respecto de la interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte público, la cual deberá efectuarse según lo previsto en el marco normativo del OSITRAN para ello.

**c) Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N ° 044-2006-PCM (en adelante, el “Reglamento de OSITRAN”), publicado el 27 de julio de 2006.**

El artículo 2 y siguientes del Reglamento (actualmente derogados por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 114-2013-PCM), establecían los principios administrativos que debían regir la actuación del OSITRAN en el desarrollo de sus funciones, es decir, también le eran aplicables a su función de interpretación contractual. Dichos principios comprendían al principio de neutralidad, principio de no discriminación, principio de actuación basado en análisis costo - beneficio, principio de transparencia, entre otros.

Además, en el literal d) del artículo 53 del Reglamento, se prevé que es función del Consejo Directivo del OSITRAN ejercer la función de interpretación de los contratos de concesión. Cabe precisar que, el Consejo Directivo se establecía

como instancia única en el procedimiento de interpretación contractual del OSITRAN.

Adicionalmente, en el Reglamento se regulan los principios aplicables al OSITRAN como límites y lineamientos en el desarrollo de sus funciones. Entre dichos principios, en el artículo 9 se codificó el principio de autonomía, según el cual el OSITRAN no se encuentra sujeto a órdenes de ninguna entidad estatal en materias de su competencia.

En la misma línea, en el artículo 12 del Reglamento regula el principio de análisis de decisiones del OSITRAN, de acuerdo con este principio para el análisis de sus decisiones este organismo deberá tomar en cuenta los efectos en los incentivos para la inversión, así como otros aspectos relevantes para el desarrollo de la competencia en los mercados.

En consecuencia, el ejercicio de interpretación de los contratos de concesión del organismo regulador en el sector de infraestructura de transporte de uso público, debe efectuarse por el OSITRAN de manera tal en que se garantice que su actuación es imparcial a mandatos, así como a los intereses de terceros que puedan afectar el correcto desempeño del mercado de infraestructura de uso público peruano.

**d) Los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconvencción de Contratos de Concesión, aprobados mediante Acuerdo N ° 557-154-04-CD-OSITRAN, publicados el 17 de noviembre de 2004.**

Los lineamientos de interpretación establecidos con el fin de servir como directrices a la función de interpretación del OSITRAN, establecieron ciertos principios aplicables a esta función interpretativa de los contratos de concesión, así como los criterios que utiliza dicha entidad pública en el ejercicio de la misma.

De este modo, el numeral 6.1 de los Lineamientos detalla las siguientes normas procedimentales aplicables al procedimiento de interpretación contractual del OSITRAN, estableciendo las siguientes reglas procedimentales:

- (i) El procedimiento de interpretación de los contratos de concesión puede ser iniciado de oficio y a solicitud de parte.
- (ii) Las solicitudes de parte podrán ser efectuadas por el concesionario, el concedente y los terceros legítimamente interesados.

Adicionalmente, los Lineamientos se preocuparon por detallar los métodos de interpretación que debe emplear el OSITRAN en su función interpretativa, mencionando los siguientes: el método literal, el método lógico, el método sistemático y el método histórico. Además, menciona expresamente que será aplicable el ordenamiento jurídico vigente de forma supletoria y que, en los casos en que exista un vacío normativo, es válido recurrir a la analogía.

En nuestra opinión, los Lineamientos no han establecido reglas claras y precisas para garantizar que el desarrollo del procedimiento de interpretación de contratos de concesión cumpla con la función de garantizar la competencia en el sector de infraestructura de transporte público. Esto se debe a que los Lineamientos se limitan a establecer los métodos interpretativos que debe tomar el OSITRAN para el desempeño de su función, sin pronunciarse sobre las reglas procesales que deben seguirse en el presente procedimiento, por ejemplo, causales de improcedencia para las solicitudes de parte, criterios para el inicio de oficio del procedimiento, entre otros.

**e) Ley N ° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la “LPAG”), publicada el 11 de abril de 2001.**

De conformidad con el numeral 1 del artículo I del Título Preliminar de la Ley N ° 27444, dicha norma es aplicable a los organismos públicos descentralizados. Así

pues, en tanto la naturaleza jurídica de OSITRAN es la de un organismo público descentralizado de acuerdo con Ley de Creación y la LOPE, la LPAG le es aplicable en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, en relación a su aplicación en el procedimiento de interpretación de los contratos de concesión, se trata de un procedimiento especial que se rige por su propia normativa especial a la cual se ha hecho referencia anteriormente. No obstante, atendiendo al tipo de procedimiento administrativo se le aplicarán las normas generales en aquellos aspectos que no hayan sido regulados por las disposiciones especiales o estas no establezcan algo contrario.

En concreto, el marco normativo aplicable a un procedimiento especial estará conformado tanto por las propias normas del procedimiento especial como por las disposiciones contenidas en la LPAG. Así pues, estas normas le serán aplicables tanto a los administrados como a los funcionarios públicos durante el procedimiento administrativo especial (Morón Urbina: 2003, p. 137).

Por consiguiente, al procedimiento de interpretación de contratos de concesión de infraestructura de transporte se le aplicará de forma supletoria la LPAG. Al respecto, podemos evidenciar que en la normativa especial no se ha regulado con precisión diversos aspectos procedimentales del procedimiento de interpretación contractual del OSITRAN como son los plazos, el inicio de oficio del procedimiento, vías recursivas, los principios aplicables a los procedimientos administrativos, entre otros aspectos importantes.

En conclusión, la actuación del OSITRAN en el marco del procedimiento de interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público deberá encuadrarse dentro por lo previsto en las siguientes normas: (i) Ley Marco de los Organismos Reguladores, (ii) la Ley de Creación, (iii) el Reglamento del OSITRAN, (iv) los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconvención de Contratos de Concesión; y, (v) la LPAG.

### **C. Análisis de la actuación del OSITRAN en relación a la solicitud de interpretación complementaria de LAP.**

A continuación, corresponde analizar si la actuación del OSITRAN en el procedimiento administrativo de interpretación del Contrato de Concesión del AIJCH, se ajusta a lo previsto al marco normativo aplicable al procedimiento. Nos enfocaremos en analizar si la actuación del OSITRAN por la cual declaró improcedente a la solicitud de interpretación complementaria de LAP se ajusta o no a las disposiciones normativas que le son aplicables al referido procedimiento.

Sobre ello, consideramos que la actuación del OSITRAN en el presente caso no se ajusta a la finalidad del procedimiento de interpretación contractual, pues según la normativa aplicable a dicho procedimiento la entidad pública se encontraba habilitada para ampliar el alcance de interpretación de oficio mediante una enmienda al acto administrativo, lo cual habría permitido resguardar los intereses públicos que se buscan con el mismo. Asimismo, la actividad del OSITRAN en el presente caso es irregular por haber transgredido el principio al debido procedimiento producto de la motivación insuficiente e incongruente efectuada en la Resolución N° 034-2009-CD-OSITRAN.

*(I) En relación a garantizar la competencia del mercado en el procedimiento de interpretación contractual del OSITRAN*

De conformidad con lo mencionado previamente, el procedimiento de interpretación de los contratos de concesión del OSITRAN emerge como un mecanismo para evitar conflictos entre las partes debido a una controversia de interpretación en las cláusulas del contrato de concesión. Así, la elección de dicho procedimiento por encima de los mecanismos de resolución de controversias radica en un análisis costo-beneficio que concluye que la mejor opción es que el organismo regulador sea quién efectúe la interpretación de

cláusulas ambiguas del contrato para evitar la paralización de la prestación de los servicios públicos.

Asimismo, el OSITRAN como ente regulador del sector de infraestructura de transporte de uso público tiene como principal objetivo el velar por la competencia en el mercado de dicho sector. Así pues, el interés a tutelar en la interpretación de los contratos de concesión es distinto tanto al interés del estado como al interés del privado.

Al respecto, si bien en el presente caso el OSITRAN declaró la improcedencia de la solicitud de interpretación complementaria interpuesta por LAP argumentando que la misma fue realizada de forma extemporánea, consideramos que existían otras vías para que el organismo regulador pueda ejercer su actividad de interpretación en respuesta a la solicitud complementaria de interpretación de LAP, como es el caso de efectuar una enmienda al primer acto administrativo que interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del contrato a fin de complementar la motivación del alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de los terrenos, en aplicación del principio de impulso de oficio, previsto en el numeral 1.3 del artículo IV de la LPAG.

El principio de impulso de oficio ordena a la administración pública dirigir e impulsar de oficio los procedimientos administrativos, así como ordenar la realización o la práctica de los actos necesarios para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. En ese sentido, la continuidad del procedimiento no depende del administrado, sino que es de interés a la autoridad administrativa. Esto debido a que es la administración pública es la encargada de satisfacer el interés general, mediante la tramitación del procedimiento, el cual deberá ser dirigido por la autoridad administrativa (Guzmán Napurí: 2009, p. 238).

Así pues, para que el OSITRAN complementara la interpretación acerca del alcance del término “debido saneamiento” y, de este modo, de forma indirecta

cumpliera con su objetivo de garantizar la competencia en el mercado; pudo haber revisado de oficio la motivación del acto administrativo y decidido complementarla a través de una acción de enmienda de oficio sin que ello haya sido solicitado previamente por el administrado, en el marco de artículo 14 de la LPAG.

En consecuencia, la decisión del OSITRAN de declarar la improcedencia de la solicitud de interpretación complementaria de LAP al Contrato de Concesión AIJCH no se condice con el objetivo de resguardar la competencia ni con el fundamento del procedimiento de interpretación contractual del OSITRAN, puesto que el organismo regulador optó por quedar al margen de una controversia interpretativa existente entre las partes, pese a que la normativa aplicable a su actuación lo habilita para iniciar de oficio una acción de enmienda del acto administrativo que recae en la Resolución de Consejo Directivo N ° 050- 2005-CD-OSITRAN.

(II) *En relación a los defectos en la motivación de la Resolución N° 034-2009-CD-OSITRAN.*

El principio de debido procedimiento no solo es aplicable en los procesos jurisdiccionales sino también en los procedimientos de sede administrativa. Dicho principio es definido como el conjunto de garantías indispensables para que un proceso pueda ser considerado justo. Este principio tiene reconocimiento constitucional y es un derecho complejo, pues está configurado a su vez por otros derechos, de naturaleza y estructura más sencilla. Entre los derechos contenidos en su estructura se encuentran el derecho al juez natural, el derecho de defensa y a la motivación de resoluciones que emita la autoridad administrativa (Guzmán Napurí: 2009, p. 230).

Así pues, el respeto al derecho a la debida motivación también le es exigido a la administración pública, la cual deberá garantizar que sus decisiones se encuentren debidamente motivadas a fin de garantizar que los administrados

puedan defenderse frente a una actuación irregular, desproporcional o discrecional de las entidades administrativas que pueda perjudicar sus derechos y/o intereses legítimos.

El derecho a la debida motivación se reconoce en la normativa general del procedimiento administrativo a través del principio del debido procedimiento, previsto en el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. Este principio reconoce a los administrados los derechos y garantías del debido procedimiento administrativo, entre las cuales, cita expresamente el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Acerca de las deficiencias en la motivación, según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 3493-2006-PA/TC, pueden clasificarse en los siguientes tipos: (i) inexistencia de motivación o motivación aparente, (ii) falta de motivación interna del razonamiento, (iii) deficiencias en la motivación, (iv) motivación insuficiente, (v) motivación sustancialmente incongruente; y (vi) motivaciones cualificadas. A continuación, esbozaremos una definición para los defectos en la motivación mencionados:

- **Inexistencia de motivación o motivación aparente:** La motivación es inexistente o la misma no precisa las razones mínimas que sustentan la decisión o no responde las alegaciones de las partes, es decir, los argumentos en los que se ampara la decisión no tienen sustento fáctico o jurídico.
- **Falta de motivación interna del razonamiento:** Los defectos internos de motivación se presentan de dos formas: cuando la inferencia no tiene relación con las premisas desarrolladas previamente en la decisión; y, cuando existe incoherencia narrativa que no permita transmitir las razones de la decisión coherentemente.



- **Deficiencias en la motivación externa:** El defecto en la motivación se encuentra en las premisas utilizadas en el razonamiento lógico de su decisión, de las cuales no se ha analizado su validez fáctica o jurídica.
- **La motivación insuficiente:** Este defecto de motivación se configura ante la ausencia de argumentos manifiestos en relación a los temas materia de controversia, es decir, se tiende a garantizar que exista un mínimo de motivación respecto de las razones de hecho y de derecho indispensables para la decisión.
- **La motivación sustancialmente incongruente:** Se presente este defecto en la motivación cuando las decisiones no resuelven las pretensiones de las partes de forma congruente a como estas las solicitaron.
- **Motivaciones calificadas:** En el caso se afecte un derecho fundamental o se decida el rechazo de la demanda, la motivación operará como un doble mandato, por un lado, como derecho a la justificación de la decisión y, por otro lado, como al derecho que está siendo objeto de restricción.

A nuestro entender, OSITRAN vulneró el principio del debido procedimiento al emitir la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN, mediante el cual declaró improcedente la solicitud de “interpretación complementaria” presentada por LAP, pues la misma presenta los siguientes defectos en su motivación: motivación insuficiente, defectos en la motivación externa y falta de motivación interna de razonamiento.

Por un lado, la motivación insuficiente en la mencionada resolución se configura debido al escaso análisis que realiza sobre los fundamentos que motivan su decisión. Al respecto, indica que el fundamento jurídico para declarar la improcedencia de la solicitud de interpretación complementaria solicitado por LAP se encuentra en el artículo 405 del Código Procesal Civil; sin embargo, no

se desarrolla debidamente el motivo de su aplicación aplicación supletoria en el caso concreto.

Por otro lado, consideramos que la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN también adolece de defectos en la motivación externa, en tanto en su análisis realiza una referencia legal imprecisa en la admisión de la solicitud de ampliación de interpretación de LAP. Así pues, menciona que la referida solicitud ha sido admitida de acuerdo a lo señalado en el numeral 6.1 de los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconvención de Contratos de Concesión, pese a que este dispositivo no disponga reglas procesales para la admisión de este tipo de solicitudes.

Además, en nuestra opinión la resolución en cuestión tiene un defecto por falta de motivación interna de razonamiento, toda vez que existe una contradicción de coherencia-lógica entre las premisas utilizadas en el análisis del caso y la decisión final del acto. En el presente caso, el Consejo Directivo del OSITRAN declaró la improcedencia de la solicitud, a pesar de que en el análisis de la resolución se avocó en desarrollar el problema de fondo señalando en reiteradas ocasiones consideraciones sobre la inclusión de los daños ambientales y demolición de edificaciones como parte de la obligación de debido saneamiento de los terrenos, prevista por el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.

En esa línea, se evidencia que la resolución presenta una motivación con defectos en el razonamiento interno del análisis debido a que el examen de procedencia es previo y distinto al análisis de fondo, siendo que sólo puede pasarse a analizar el fondo de la controversia si el órgano administrativo declara la procedencia de la solicitud del administrado. En ese sentido, en el presente caso correspondía o bien la declaración de improcedencia; o, el análisis de fondo tras haber declarado la procedencia de la resolución. No es posible, por ser

contradictorio al análisis previsto en la normativa aplicable, que la administración se pronuncie sobre el fondo si antes no ha decidido la procedencia del caso.

Por lo tanto, el OSITRAN transgredió el principio de debido procedimiento en la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN, mediante la cual declaró como improcedente la solicitud de ampliación de la interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH interpuesta por LAP, pues dicha resolución vulnera el derecho a la debida motivación de las decisiones administrativas.

En resumen, la actuación del OSITRAN en el procedimiento de interpretación del contrato de concesión del AIJCH y, en específico, en la emisión de la Resolución del Consejo Directivo 034-2009-CD-OSITRAN, ha sido irregular debido a que no cumplió con el garantizar la competencia en el mercado al no efectuar una enmienda al acto administrativo, pese a encontrarse habilitado para ello; así como tampoco haber cumplido con motivar debidamente su decisión en la mencionada resolución administrativa.

### **Problema secundario 3: ¿Los actos emitidos por OSITRAN son válidos?**

Los actos administrativos son la forma en la cual las entidades administrativas manifiestan su voluntad y deben emitirse en cumplimiento de ciertos requisitos de validez previstos legalmente para los mismos. La validez en los actos administrativos se encuentra vinculada de forma directa con el principio de legalidad, pues los mismos son válidos cuando se emitan de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, es decir, considerando todos aquellos requisitos necesarios para su emisión.

Los requisitos de validez de los actos administrativos son los siguientes: (i) la competencia, (ii) el objeto y/o contenido, (iii) la finalidad pública, (iv) la motivación y (v) el procedimiento regular, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 de la LPAG. Al respecto, el defecto o a la omisión de alguno de los requisitos de

validez se ha sancionado con la nulidad, salvo en los casos de supuestos de conservación del acto desarrollados en el artículo 14 de la LPAG.

En esa línea, la conservación de los actos administrativos es aplicable a aquellos casos en los cuales, pese a existir un vicio en el acto administrativo por no cumplir los elementos de validez, el mismo no es trascendente, por lo cual, la consecuencia jurídica es su enmienda por la autoridad administrativa competente.

En esa línea, los supuestos de conservación del acto administrativo han sido previstos en el numeral 14.2 del artículo 14 de la LPAG en una lista taxativa que incluye los siguientes cinco escenarios:

1. El acto con contenido impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
2. El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.
3. El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento. Sobre ello, se considera que estas serán aquellas que no impidan o cambien el sentido de la decisión final en aspectos importantes o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.
4. Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
5. Aquellos actos administrativos emitidos con omisión de documentación no esencial.

Así pues, la institución jurídica de la conservación del acto administrativo salvaguarda la validez del mismo, en el entendido de que este último se encuentra afectado solo por un vicio intrascendente que no resulta lo suficiente grave para considerarlo incompatible con el ordenamiento jurídico. En este caso, el vicio deberá ser enmendado por la autoridad administrativa correspondiente, sin que por ello se haya originado una contravención insalvable al principio de

legalidad. Esta figura representa una prevalencia del cumplimiento de la finalidad del acto sobre los formalismos que no inciden en su validez (Rodríguez Manrique: 2020, pp. 156).

Ahora bien, en tanto la motivación es un requisito de validez del acto administrativo y en el apartado previo se ha concluido la existencia de vicios en la motivación de la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN, corresponde determinar cuáles serán las consecuencias jurídicas sobre dicho acto administrativo.

Sobre ello, se ha señalado que los defectos en la motivación pueden dar lugar a dos consecuencias jurídicas sobre los actos administrativos. Por un lado, en el caso la motivación sea inexistente o se configure una contravención normativa, la sanción para los actos administrativos será la nulidad. Por otro lado, en los casos de defectos de motivación como son la motivación incongruente, imprecisa, insuficiente o parcial; será necesario que la entidad administrativa competente dicte un nuevo acto administrativo de enmienda (Morón en León Luna: 2005, p. 319)

Como se ha señalado anteriormente, los defectos de motivación en la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN son los siguientes: motivación insuficiente, defectos en la motivación externa y falta de motivación interna de razonamiento. Al respecto, los mencionados vicios en la motivación han sido considerados dentro de los supuestos taxativos de conservación del acto administrativo, en específico, en los numerales 14.2.1 y 14.2.2 del artículo 14 de la LPAG, los cuales precisan que los actos administrativos cuya motivación sea imprecisa, incongruente, insuficiente o parcial estará afectados por vicios no trascendentes; por lo cual, prevalece su conservación sobre la sanción de nulidad.

A nuestro parecer, pese a que el defecto de motivación en acto administrativo del OSITRAN recaído en la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-

OSITRAN, puede ser subsanado y no corresponde sancionarlo con la nulidad; consideramos que el organismo regulador genera indefensión en los administrados, pues si bien declara la solicitud complementaria de interpretación de LAP como improcedente, en los hechos del caso sí manifiesta el modo en cómo interpreta el alcance del debido saneamiento en la entrega de los terrenos. De este modo, se genera un escenario de incertidumbre para las partes del contrato acerca de cómo proceder respecto dicha interpretación que, en principio, no podría ser cuestionada puesto que el asunto de la decisión es la improcedencia.

En ese sentido, si bien la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN adolece de defectos en su motivación, estos no son lo suficientemente graves para que la consecuencia jurídica sea su nulidad; por el contrario, le son aplicables los numerales 14.2.1 y 14.2.2 del artículo 14 de la LPAG a fin de conservar el acto administrativo dictado. Además, en el presente caso corresponde que el OSITRAN efectúe una enmienda a la resolución para subsanar los defectos en la motivación de la misma.

**Problema principal N° 2: ¿El alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos, dispuesta por el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, incluye las obligaciones de saneamiento por daños ambientales y demolición de edificaciones?**

El segundo problema jurídico principal detectado es la falta de claridad en la determinación del alcance de la obligación del Estado de entregar los terrenos para la ampliación del AIJC debidamente saneados, prevista por el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión. De los hechos del caso observamos que, existe una contradicción entre las interpretaciones que le dan las partes en relación a si las mencionadas obligaciones de saneamiento incluirían los daños ambientales y demolición de los edificios.

Al respecto, cabe precisar que en la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN, no correspondía pronunciarse sobre el fondo, en tanto su decisión fue declarar la solicitud de interpretación complementaria como improcedente. No obstante, nos situamos en el supuesto en que dicha solicitud sea declarada procedente, para preguntarnos cómo se debería haber procedido por el OSITRAN en el análisis interpretativo para definir el alcance de la mencionada obligación.

En ese sentido, el presente problema jurídico será abordado en tres fases: (i) en la primera de ellas, se determinarán las reglas de interpretación a los contratos públicos, como es el Contrato de Concesión; (ii) se determinará el marco normativo aplicable para interpretar las cláusulas del Contrato de Concesión del AIJCH; y, (iii) determinar el alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos por el Estado peruano para la ampliación del aeropuerto, dentro del Contrato de Concesión del AIJCH. En los siguientes apartados se analizarán cada una de las fases mencionadas.

### **Problema secundario 1: ¿Cuáles son las reglas de interpretación de los contratos públicos?**

Los contratos de concesión ostentan la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, los cuales tienen características específicas que los distinguen de aquellos contratos celebrados bajo el ámbito del derecho civil. Este tipo de contratos son acuerdos de voluntades en los que interviene una entidad del estado, en representación del estado y en ejercicio de su función administrativa; y, como en toda en figura contractual, de dicho acuerdo se derivan una serie de prestaciones que deben cumplirse por las partes. Al respecto, lo relevante en la definición de la definición de los contratos administrativos está en dos aspectos: por un lado, el elemento subjetivo: la presencia de una entidad pública; y, por otro lado, la causa-fin del contrato: el cumplimiento de una finalidad administrativa prevista por norma. (Huapaya: 2013, p. 286)

Asimismo, los contratos administrativos contarán con un régimen legal aplicable distinto al de los contratos en el que intervienen dos partes privadas, los cuáles se rigen bajo el marco del derecho civil y comercial. Este régimen especial de este tipo de contratos en los que interviene la administración pública, responde a la necesidad de tutelar el fin público de los mismos. Así pues, es posible que las reglas de los contratos administrativos y de los contratos del régimen privado puedan variar en determinados ámbitos.

En esa línea, para el caso de la interpretación contractual de los contratos administrativos se deberá determinar las reglas que rigen este proceso cognitivo del interprete, pues el fin público de estos contratos podría determinar que estas reglas sean distintas a la interpretación de los contratos civiles. Por ende, es necesario verificar si la normativa especial aplicable a los contratos de concesión prevé reglas de interpretación específica para el ejercicio de la interpretación de este tipo de contratos por el OSITRAN.

La interpretación de los contratos se trata de una actividad que tiene con objetivo esclarecer y/o identificar el verdadero sentido y alcance de las disposiciones contractuales que fueron acordadas por las partes en el contrato, como consecuencia del acuerdo de las voluntades. Por tanto, esta actividad permite esclarecer la voluntad común de las partes que debido a falta de claridad y/o ambigüedad de los términos no pudo ser plasmada de forma perceptible. (Menchola & Chamorro: 2015, pp.97)

En ese sentido, la interpretación de los contratos busca identificar la voluntad común de las partes desde una mirada objetiva del acuerdo contractual, a través de no solo el texto del contrato, sino de una lectura de las normas aplicables al mismo y del contexto en general en el cual las partes celebraron el contrato, así como del contexto en el cual se ejecutan las prestaciones.

En relación a la actividad de interpretación contractual en los contratos administrativos, deben priorizarse como criterios de interpretación a la



conformidad legal del acuerdo y a la búsqueda de la finalidad del contrato (Morón & Zita: 2019, pp. 35). Así pues, el intérprete para efectuar la interpretación de un contrato de concesión deberá tener claro el régimen legal aplicable a la actividad económica sobre la que versa el contrato, así como la finalidad pública que se busca conseguir con el mismo.

En nuestra opinión, consideramos que el énfasis en el criterio de interpretación de la búsqueda de la finalidad del contrato administrativo se condice con uno de los elementos más relevantes de los mismos, el cuál es el interés público como la finalidad a conseguir con la celebración del acuerdo contractual. Por tanto, la consecuencia del interés público del contrato de concesión será un criterio determinante al efectuar la interpretación contractual de alguna de sus cláusulas.

Ahora bien, en relación a la aplicación de los criterios de interpretación previstos en el ámbito del derecho civil, estas son aplicables a las controversias que surjan en la ejecución de los contratos administrativos, entre las cuales se encuentra la controversia de interpretación de los términos contractuales, de la mano de las disposiciones del contrato y del marco normativo especial aplicable; no obstante, su aplicación deberá ser efectuada de forma subsidiaria (Alercer, G: 2019, p. 20).

De este modo, además de los criterios especiales de la finalidad pública del contrato y conformidad legal del contrato, es posible aplicar aquellos criterios que en nuestra legislación el derecho privado ha regulado a través del Código Civil, los cuales deberán guardar estricto respeto por el cumplimiento de la normativa especial y por el interés el interés público tutelado por el contrato y su naturaleza jurídica. Además, en tanto los métodos interpretativos previstos en el mencionado cuerpo normativo son aplicables de forma supletoria, sólo serán aplicables en cuanto no sean contrarios a la naturaleza de los contratos administrativos.

Respecto a ello, el Código Civil Peruano (en adelante, "CC") ha establecido las reglas de interpretación de los contratos en sus artículos 168, 169, 170 y 1362,

las cuales tienen como objetivo determinar la común intención de las partes y comprenden los siguientes métodos interpretativos:

- De acuerdo con los artículos 168 y 1362 del CC, los acuerdos contractuales se interpretan de acuerdo con lo previsto en sus cláusulas contractuales. Así pues, se aplicará el método de la interpretación literal en base a los términos previstos en los contratos, pero también el método de la interpretación global, pues el comportamiento de las partes durante la celebración y ejecución de las partes también son consideradas manifestaciones de voluntad de las partes.
- Asimismo, los mencionados artículos 168 y 1362 del CC, precisan que los contratos deberán interpretarse según las reglas de la buena fe. Así pues, las partes deberán mantener una conducta diligente de cara a la ejecución del contrato. Al respecto, la buena fe implica una interpretación subjetiva según la cual, en base a determinadas circunstancias, las partes debían y podían tener razonable confianza.
- El acuerdo contractual también se interpreta por medio de la lectura conjunta de todas sus cláusulas. Es así que, el artículo 169 del CC prevé el método de interpretación sistemática, según el cual el contrato deberá ser visto como un solo programa contractual en el cual las cláusulas se dotan de sentido unas a otras.
- Finalmente, el artículo 170 del CC regula la interpretación funcional, criterio que implica que en las expresiones que puedan tener varios sentidos deberá primar aquel que se adecúa más a la naturaleza y objeto del contrato. Así pues, de acuerdo a este método interpretativo será determinante tomar en cuenta la finalidad del contrato a fin de interpretar el sentido de los términos ambiguos que existan en sus cláusulas contractuales. (Fernandez Cruz: 2002, p. 156)

En nuestra opinión, en concordancia con los métodos de interpretación que la doctrina prioriza para los contratos administrativos, será de especial interés en la interpretación del Contrato de Concesión del AIJCH el uso del criterio de interpretación funcional y/o finalista del contrato, pues a través de este será posible determinar la finalidad pública del contrato administrativo que deberá ser garantizada en el ejercicio de la actividad de interpretación.

Cabe precisar que las reglas de la naturaleza del contrato previstas en el CC son subjetivas pues se basan en el contrato a fin de buscar la común intención de las partes aplicable a la cláusula contractual ambigua. No obstante, existen reglas de interpretación objetivas, aplicables cuando aún no se ha podido determinar el sentido del acuerdo contractual. Estas reglas de interpretación objetiva, buscan el significado de las cláusulas contractuales recurriendo a las normas legales (Fernández Cruz: 2002, p. 162).

En consecuencia, el OSITRAN para la interpretación de los contratos de concesión deberá seguir las siguientes normas en ese mismo orden de prelación: (i) las disposiciones del mismo Contrato de Concesión AIJCH, (ii) las disposiciones especiales aplicables a los contratos administrativos, con especial énfasis, al criterio del interés público del contrato; y (iii) de forma supletoria, las reglas de interpretación establecidas en el CC.

**Problema secundario 2: ¿Cuál es el marco normativo aplicable al Contrato de Concesión AIJCH para la interpretar de la obligación de saneamiento?**

En cuanto al marco normativo aplicable al Contrato de Concesión AIJCH, conforme fue desarrollado en el primer apartado, al tener la naturaleza jurídica de un contrato administrativo su régimen jurídico está determinado en primer lugar por aquellas disposiciones del mismo contrato, las cuáles serán complementadas por la normativa especial que se encargó de regular a dichos contratos; asimismo, de forma supletoria, le serán aplicable las normas que

conforman el derecho civil en aquellos aspectos que sean conforme a la naturaleza del contrato de concesión.

En el ordenamiento jurídico peruano vigente al momento en el cual LAP interpuso la solicitud de interpretación complementaria al OSITRAN, la norma especial aplicable a los contratos de concesión en infraestructura de uso público fue el 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 de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-OCM y su reglamento.

Al respecto, si bien en los mencionados dispositivos legales no se establecía que los contratos de concesión del sector en cuestión se catalogaban como contratos administrativos, de acuerdo con las características de los mismos es posible concluir que su naturaleza jurídica corresponde a la de este tipo de contratos del estado. Así pues, pese a que la normativa aplicable al régimen de los contratos de concesión no establecía de forma expresa que estos se trataran de contratos administrativos, el hecho de que una de las partes contractuales sea el estado y que existe el objeto del mismo sea un fin público, son los elementos distintivos determinantes para considerarlo de tal naturaleza.

Además de la normativa especial que regula los contratos administrativos también le serán aplicables las disposiciones del derecho civil, toda vez que en la contratación estatal existirá un grado de presencial de elementos público-administrativos, pero también el derecho privado será aplicable a importantes componentes de los contratos administrativos (Gordillo en Danós Ordoñez: 2006, pp. 32-33).

Por ende, el marco normativo aplicable a los contratos administrativos no sólo estará compuesto por la normativa especial y/o las normas generales del derecho administrativo, sino también por el derecho privado en aquellos

aspectos de la ejecución de las obligaciones asumidas por las partes, que no hayan sido previstos por la normativa especial.

En esa línea, al Contrato de Concesión del AIJCH le será aplicable de forma supletoria el Código Civil peruano en todo lo atinente a la ejecución de las prestaciones a las que se comprometieron mediante la celebración del mismo. Por ende, este dispositivo legal formará parte también del ordenamiento jurídico aplicable que deberá evaluarse para determinar el alcance de la obligación de saneamiento a la que se comprometió el MTC en la entrega de terrenos para la ampliación del aeropuerto.

Adicionalmente, un dispositivo normativo que también forma parte del derecho civil peruano y que es aplicable a las relaciones jurídicas comerciales, es el Código del Comercio peruano, promulgado el 15 de febrero de 1902. Cabe precisar que, pese a que su artículo 2 ha sido derogado casi en su totalidad, se mantiene vigente el artículo 2 del mismo, según el cual son aplicables los usos del comercio de un determinado contexto, en defecto de la aplicación de las disposiciones de este mismo código. Es así que, a través de dicho dispositivo normativo, se habilita en el ordenamiento jurídico peruano el uso de la costumbre como una fuente normativa aplicable a los contratos.

En el mismo sentido, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales publicados en el año 2004, cuyo propósito es establecer reglas uniformes para los contratos mercantiles internacionales, señalan en su artículo 1.9 que las partes se encuentran también vinculadas por los usos ampliamente reconocidos y observados en comercio comercial, los cuales deben ser cumplidos siguiendo un criterio de razonabilidad.

Es importante la mención en el presente caso a los referidos Principios UNIDROIT, toda vez que estos cuentan con una naturaleza híbrida porque su origen fue dado por las prácticas consuetudinarias entre los comerciantes en el ámbito internacional y, en principio, se tratan de recomendaciones, por lo que su

carácter vinculante dependerá de la convicción que los mismos transmitan. (Bermúdez en Aguirre Andrade & Manasía Fernández: 2006, pp. 55-56). En esa línea, dichos principios son aplicables cuando las partes acuerden que el acuerdo de voluntades se rija por los mismos o por los principios generales del derecho.

En consecuencia, la costumbre ha sido reconocida como una fuente del derecho de los contratos tanto a nivel internacional a través de documentos que funcionan como recomendaciones de buenas prácticas en el ámbito contractual, así como a nivel nacional, mediante el artículo 2 del Código del Comercio peruano.

Respecto a la costumbre, esta es por definición una conducta reiterada, la cual se configura en base a dos elementos esenciales, uno objetivo y otro subjetivo. Por un lado, su elemento objetivo o material dispone que la costumbre debe ser uniforme, constante y practicarse por un largo periodo de tiempo. Por otro lado, su elemento subjetivo se configura por la creencia firme por parte de la población de que el hecho practicado es obligatorio (Cardoso: 2010, p. 123).

Los usos y costumbres son llamados “lex mercatoria” cuando están referidos a las prácticas comerciales. Es así que, esta lex mercatoria configura el conjunto de reglas y procedimientos que son aplicables al comercio en el ámbito internacional (Almanza: 2014, pp. 62-63). De este modo, los usos y costumbres en el ámbito específico del comercio se han ido gestando durante mucho tiempo y presentan soluciones para las particularidades del comercio internacional; por lo general, algunas de estas reglas serán producidas por entidades particulares, así como por prácticas reiteradas que los ciudadanos consideran obligatorias.

Sobre los usos y costumbres en el ámbito de los contratos de colaboración público privada, encontramos al Libro Verde sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones, aprobado en el año 2004 por la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, el “Libro Verde”). El objetivo de este documento fue

establecer conclusiones para una intervención comunitaria en la referida materia, en base al alcance de las normas comunitarias aplicables a los contratos de colaboración público privada.

Así pues, el Libro Verde desarrolló sus conclusiones en base a la experiencia internacional del desarrollo de los contratos de colaboración público privada, es decir, consolidó los usos y costumbres de este tipo de contratos en el marco normativo de la comunidad europea. En ese sentido, los usos y costumbres previstos en el Libro Verde serán de aplicación a los contratos de concesión de infraestructura pública, en tanto estos se encuentran dentro de los contratos administrativos de esta modalidad.

En resumen, el marco legal aplicable al Contrato de Concesión del AIJCH para determinar el alcance de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos para la ampliación del aeropuerto deberá considerar a las normas del derecho público y, de forma supletoria, al derecho privado en aquellos aspectos de la ejecución del contrato que no hayan sido previstos por la normativa especial. Así pues, de forma supletoria y bajo la habilitación legal del artículo 2 del Código de Comercio peruano, los usos y costumbres de los contratos de colaboración público privada, también serán aplicables a los acuerdos contractuales cuando no se haya establecido estipulación aplicable en el contrato ni en la legislación aplicable y, en específico, el Libro Verde.

### **Problema secundario 3: ¿Cuál es el alcance de la obligación de saneamiento por parte del estado peruano?**

Previamente al análisis de la interpretación que debe seguirse para determinar si los daños medioambientales y destrucción de edificaciones se encuentran dentro del alcance de la obligación de saneamiento por parte del MTC en la entrega de los terrenos para la ampliación del AIJCH, debemos pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de la llamada “obligación de saneamiento” por el OSITRAN en el presente caso.

Los contratos de concesión se enmarcan dentro del género de los contratos, los cuales tienen como característica ser acuerdos sinalagmáticos, es decir, contienen prestaciones recíprocas entre las partes. En el artículo 1351 del CC se define al contrato como el acuerdo entre dos o más partes, para crear, regular o modificar las esferas jurídicas en que se encuentran ambas partes. Así pues, resaltamos la bilateralidad del acuerdo del cual surgirán derechos, obligaciones, cargas, entre otro tipo de situaciones jurídicas.

La obligación es definida como una situación jurídica de desventaja que recae en uno o más sujetos determinados o determinables, imponiendo efectuar un determinado comportamiento (que puede ser de dar, hacer o no hacer) con la finalidad de satisfacer el interés de otro sujeto (Morales-Hervias: 2008). Así pues, es necesario el cumplimiento de la obligación para la satisfacción del interés de un sujeto que cuenta con un derecho de crédito, pudiendo graficar la interacción entre las partes por la relación acreedor-deudor.

Sobre ello, debemos efectuar una diferencia esencial entre la obligación y la carga debido a la similitud entre estas instituciones jurídicas, en tanto ambas sitúan al sujeto en una posición en la que es necesario efectuar un determinado comportamiento (positivo o negativo). No obstante, la diferencia entre estas figuras radica en el interés que el comportamiento busca satisfacer, pues en el caso de la obligación se hace necesario un comportamiento a fin de satisfacer el interés del acreedor, mientras en el caso de la carga se impone una conducta a fin de conseguir un interés propio.

Al respecto, la carga por definición impone condiciones a la conducta de quién desea satisfacer un interés propio. Asimismo, cuando en los contratos existen una serie de prestaciones, puede ocurrir que el cumplimiento de una carga por un sujeto sea necesario para que otro sujeto se encuentre habilitado para efectuar el comportamiento al cual se ha obligado, el cual finalmente logrará satisfacer el interés del primero de ellos.



En ese sentido, se observa en el Contrato de Concesión del AIJCH que el saneamiento en la entrega de los terrenos a cargo del MTC es una prestación que debe cumplir a fin de que pueda iniciarse la construcción de la obra; no obstante, el interés en la ejecución de la misma es del MTC y no de LAP, por lo cual, en realidad lo que ha sido mal llamado “obligación de saneamiento” en las decisiones del OSITRAN es en realidad una carga que debe ser cumplida para que LAP se encuentre habilitado para cumplir con su obligación.

La importancia de establecer esta diferenciación radica en el foco del interés en el cumplimiento de la prestación. Así pues, debemos resaltar que el objetivo de la carga está en que el sujeto pueda establecer las condiciones necesarias para la satisfacción de su propio interés. En ese sentido, será necesario que al interpretar el alcance de la carga impuesta al MTC de entrega de los terrenos, se tenga en consideración que la conducta que le es impuesta tiene como objetivo que LAP se encuentre en condiciones de poder cumplir con su obligación de construir la ampliación del aeropuerto.

Una vez determinado lo anterior, corresponde determinar si los daños medioambientales y la destrucción de edificaciones se encuentran o no comprendidos en la carga de entregar los terrenos “debidamente saneados” que recaía en el MTC, utilizando los métodos de interpretación aplicables a los contratos administrativos y, en específico, al Contrato de Concesión AIJCH.

Cabe precisar que, en el presente caso cobra especial relevancia el método de interpretación funcional debido a que el Contrato de Concesión AIJCH se trata de un contrato administrativo, el cual tiene como una de sus características principales tener como objetivo un fin público. Es así que, este método interpretativo permitirá determinar la finalidad pública del referido contrato de concesión, la cual deberá ser garantizada al ejercer la actividad de interpretación.

Ahora bien, para dar inicio a la interpretación de la obligación de saneamiento en la entrega de terrenos deberemos seguir el orden de prelación de los métodos de interpretación establecido por el marco normativo aplicable al Contrato de Concesión AIJCH. De este modo, serán utilizadas las siguientes disposiciones normativas y en ese orden de prelación: (i) el Contrato de Concesión AIJCH, (ii) los Lineamientos de Interpretación del OSITRAN; y, (iii) el CC.

Así pues, para efectuar la interpretación del alcance del término “saneamiento” se utilizarán, en primer lugar, las reglas de interpretación subjetivas del Código Civil, esto es, el método de interpretación sistemática y el método de interpretación finalista previstos en los artículos 169 y 170 del Código Civil. Asimismo, de forma posterior, se aplicarán las reglas de interpretación objetiva recurriendo a las normas legales en búsqueda del alcance del término.

En primer lugar, en aplicación del método de interpretación sistemática, corresponde revisar de forma integral lo estipulado en el Contrato de Concesión AIJCH en relación a la obligación de debido saneamiento en la entrega de terreno. Cabe señalar que, en las cláusulas 13.6 y 20.4 del Contrato de Concesión AIJCH se desarrolla una definición de “debido saneamiento” para los casos de eventos de fuerza mayor y para el régimen de seguros; sin embargo, por la naturaleza de las materias reguladas no es posible aplicar dichas definiciones a la obligación de entregar los terrenos debidamente saneados. Por tanto, se observa que de una lectura completa del mencionado contrato no es posible determinar el alcance de la obligación de saneamiento.

Respecto al método de interpretación finalista del contrato, se busca determinar la finalidad pública del Contrato de Concesión AIJCH, la cual es brindar infraestructura de uso público para el funcionamiento de un aeropuerto, así como su explotación. De este modo, para cumplir con dicha finalidad recae sobre LAP la obligación de construir tanto el AIJCH como su ampliación y mejoras. Además, para que LAP pueda cumplir con dicha obligación se dispuso para el MTC la carga de entregar los terrenos “debidamente saneados”.

Sobre ello, es importante resaltar que, la entrega de los terrenos tiene la naturaleza jurídica de carga, la cual en el presente caso está ligada a la prestación de construcción de la ampliación del aeropuerto que recae sobre LAP. Asimismo, finalmente la construcción de la ampliación del terreno será la acción que permita la satisfacción del interés del MTC; sin embargo, para ello este último deberá cumplir la carga de entrega de los terrenos para el inicio de la construcción.

En ese sentido, la carga que debe cumplir el MTC de entregar los terrenos debidamente saneados deberá permitir que LAP inicie con la construcción del proyecto, pues de lo contrario, se frustraría la finalidad pública del contrato de brindar infraestructura de uso público para el funcionamiento de un aeropuerto y la explotación de este último. Por ende, en principio, la destrucción de edificaciones y los daños medioambientales deben estar incluidos dentro del alcance del término “saneamiento” en la entrega de los terrenos.

Por otro lado, en aplicación del método de interpretación objetivo, según el cual, ante la falta de determinación de un término contractual en función a las declaraciones y comportamientos de las partes, se deberá recurrir a las disposiciones normativas aplicables. Así pues, al Contrato de Concesión AIJCH, le son aplicables las siguientes normas en ese orden de prelación: el TUO de Concesiones y su reglamento, el Código Civil y el Código de Comercio; en las cuales se deberá buscar la regla que defina el alcance del debido saneamiento en la entrega de terrenos.

Respecto a la normativa especial aplicable a los contratos de concesión, es decir, el TUO de Concesiones y su reglamento, no se estableció alguna definición para el saneamiento en la entrega de terrenos para la explotación de infraestructura de uso público ni reglas aplicables para la distribución del riesgo de los daños medioambientales y destrucción de edificaciones en el marco de proyectos de

infraestructura. En ese sentido, corresponderá aplicar de forma supletoria el derecho privado.

En ese sentido, en aplicación del artículo 2 del Código de Comercio peruano, son aplicables al Contrato de Concesión del AIJCH los usos y costumbres como una fuente del derecho; por lo tanto, le serán aplicables aquellos usos del comercio observados para los contratos de colaboración pública-privada. Así pues, deberá observarse la *lex mercatoria* de los contratos de colaboración público privada.

En esa misma línea, el Contrato de Concesión AIJCH en el segundo párrafo de su cláusula 1 precisó que los términos que no se hallen definidos en el contrato tendrán el significado que les asignen las leyes aplicables y, en su defecto, el que se de “en el curso normal de las operaciones aeroportuarias”, es decir, se reconoce la aplicación de los usos y costumbres para poder definir el alcance de los términos que resulten ambiguos en el acuerdo contractual.

Al respecto, podemos evidenciar que los usos y costumbres de los contratos de colaboración pública privada, como es el caso del contrato de concesión, han sido recogidos por el Libro Verde, en tanto el mismo analizó la experiencia de la comunidad europea con dichos contratos en búsqueda de detallar sus principales características a fin de fomentar el uso de este tipo de programas contractuales.

Así pues, en el numeral 2 del punto 1.2 del Libro Verde se consignó como uno de sus principales elementos el reparto de los riesgos entre el sector público y el sector privado, que por lo general son asumidos por este último. No obstante, se precisa que no necesariamente el privado deberá asumir todos los riesgos o la mayor parte del mismo. En realidad, la clave para la repartición de los riesgos debe ser realizada dependiendo del caso específico y **en función de las capacidades respectivas de las partes para poder evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.**

El criterio para la asignación de riesgos del Libro Verde responde a consideraciones de eficiencia económica en los contratos, aún más cuando una de las características de los contratos de colaboración público-privados es el principio del valor por dinero.

Posteriormente, el desarrollo del Libro Verde ha sido plasmado en las legislaciones nacionales bien en documentos de recomendación de buenas prácticas y/o leyes nacionales. En el caso del Perú, a la fecha contamos con los Lineamiento para el Diseño de Contratos de Asociación Pública Privada, en los cuales en relación a la entrega de terrenos se ha precisado que el concesionario estará obligado a aceptar los terrenos cuando no existan circunstancias que impidan la ejecución física del proyecto. Así pues, en la misma línea de anteriormente mencionado, el riesgo de aquellas circunstancias que impidan la ejecución del Proyecto deberá ser asumido por el concedente, en tanto se encuentra en la mejor posición para asumir dichos riesgos.

En aplicación de lo mencionado hasta el momento, corresponde evaluar la situación de las partes en el Contrato de Concesión AIJCH a fin de determinar cuál de ellas se encontraba en la mejor posición para evaluar, controlar y gestionar los riesgos de daños medioambientales y destrucción de edificaciones en los terrenos para la ampliación del aeropuerto a fin de efectuar las mejoras correspondientes en el proyecto, de acuerdo a lo previsto en el numeral 11 Anexo 11 del Contrato de Concesión.

Así pues, debe tomarse en consideración que la oportunidad para mitigar los riesgos provocados por los daños medioambientales y edificaciones en el terreno es previa a la entrega de los mismos a LAP para su construcción; en ese sentido, quién se encuentra en la mejor posición de controlarlos es el MTC, pues conocerá el estado de los mismos de forma previa lo que le permitirá gestionar y controlar de forma más eficiente los riesgos.

Adicionalmente, cabe resaltar que la construcción de la ampliación del aeropuerto dará inicio una vez se cuente que LAP cuente con los terrenos en condiciones accesibles para dichos trabajos. Esto se encuentra relacionado a la naturaleza de la entrega de los terrenos por parte del MTC, pues al ser una carga se encuentra directamente relacionada a la obligación de la construcción de la obra para permitir la satisfacción de su propio interés. En ese sentido, es necesario que la entrega de los terrenos permita a LAP desplegar un comportamiento dirigido a cumplir con la obligación de construcción, por ende, los terrenos deben ser entregados sin la existencia de edificaciones y/o riesgos medioambientales que la impidan.

Finalmente, en nuestra opinión la forma en que el OSITRAN interpretó el alcance de la obligación de saneamiento, concluyendo que los daños medioambientales y la destrucción de terrenos le correspondía a LAP, no permitía que este último se encuentre habilitado para el cumplimiento de la obligación de construir la ampliación del aeropuerto, pues de concretarse dichos riesgos se hubiera generado una imposibilidad en la continuidad del proyecto; es así que, esta interpretación no cumplía con garantizar la finalidad del Contrato de Concesión AIJCH.

De esta forma, según los usos y costumbres aplicables a los contratos colaborativos público-privados, en específico el Libro Verde, así como de una interpretación finalista del contrato: los daños medioambientales y la destrucción de edificaciones antes de la entrega de los terrenos para la ampliación, deben ser asumidos por el concedente, es decir, por el MTC.

En conclusión, el alcance de la carga que impone al estado peruano la entrega de los terrenos debidamente saneados para la construcción de la ampliación del aeropuerto comprende el saneamiento de daños ambientales y destrucción de edificaciones, que hubiesen existido antes de la entrega del terreno, de conformidad con una interpretación finalista y de los usos y costumbres aplicables al Contrato de Concesión AIJCH.

## VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

A modo de cierre del presente trabajo, presentaremos las siguientes conclusiones que han sido determinadas en base a nuestro análisis de los problemas principales y secundarios identificados para el presente caso:

- El OSITRAN se encuentra habilitado para interpretar los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público en fase de ejecución, de conformidad el literal e) del artículo 7.1 de la Ley de Creación. El fundamento de esta función otorgada a la entidad pública es la continuidad en la prestación de los servicios públicos y/o la infraestructura de uso público a la población, toda vez que ante un eventual problema de interpretación de las cláusulas, el procedimiento de interpretación de contratos de conceción se configura como una vía adicional a los métodos de solución de controversias cuya ventaja sería, en principio, la celeridad.
- En el marco del procedimiento de interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, la actuación del OSITRAN deberá situarse por lo previsto en las siguientes normas: (i) Ley Marco de los Organismos Reguladores, (ii) la Ley de Creación, (iii) el Reglamento del OSITRAN, (iv) los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconvención de Contratos de Concesión; y, (v) la LPAG.
- Respecto de la actuación del OSITRAN en el procedimiento de interpretación del contrato de concesión del AIJCH y, en específico, en la emisión de la Resolución del Consejo Directivo 034-2009-CD-OSITRAN, no se ha cumplido con los fines públicos que pretende garantizar el procedimiento, así como también incurrió en vicios en la motivación de la mencionada resolución.
- La Resolución de Consejo Directivo N° 034-2009-CD-OSITRAN adolece de defectos en su motivación subsanables, por lo que es posible conservar el

acto administrativo, de conformidad con los numerales 14.2.1 y 14.2.2 del artículo 14 de la LPAG, correspondiendo a su vez que el OSITRAN efectúe una enmienda del acto a fin de subsanar los defectos en su motivación.

- El régimen jurídico aplicable en materia de interpretación contractual, que debió seguir el OSITRAN al interpretar el Contrato de Concesión AIJCH, está conformado por las siguientes normas: (i) las disposiciones del mismo Contrato de Concesión AIJCH, (ii) las disposiciones especiales aplicables a los contratos administrativos, con especial énfasis, al criterio del interés público del contrato; y (iii) de forma supletoria, las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil Peruano.
- Asimismo, para determinar el alcance de la obligación legal del saneamiento en la entrega de terrenos para la ampliación del aeropuerto el OSITRAN deberá considerar tanto las normas del derecho público como las de derecho privado; estas últimas de forma supletoria en aquellos aspectos de la ejecución del contrato que no hayan sido previstos por la normativa especial. Asimismo, en artículo 2 del Código del Comercio, los usos y costumbres serán aplicables de forma supletoria a los contratos de concesión y, de forma específica, el Libro Verde.
- La obligación del saneamiento ambiental y demolición de edificaciones en la entrega de terrenos para la ampliación del AIJCH correspondía ser asumida por el MTC, de acuerdo a una interpretación finalista del Contrato de Concesión AIJCH y la aplicación de los usos y costumbres de los contratos de colaboración pública privada.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:



Ariño, G. (2011). "Lecciones de derecho administrativo." Madrid: Iustel.

Aguirre Andrade, A. & Manasía Fernández, N. (2002). Los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 25, 47-79.

Alcácer, G. (s. f.). La potestad de interpretación unilateral en la ejecución del contrato administrativo [Trabajo final de grado]. Universidad de Barcelona.

Almanza Torres, D. (2014). Lex Mercatoria y RUU 600: los usos y las costumbres en el comercio Internacional. *Revista de Economía y Derecho*, 9, 59-81.

Baca Onetto, V. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, (48), 270 – 297. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11922>

Barchi Velaochaga, L. (2007) La interpretación del Contrato en el Código Civil de 1984. En: Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina.

Bullard González, A. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual. En: Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Año 2007. pp. 1711.

Bullard Gonzáles, A. (2006). "Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos". La contratación pública, Tomo 2. Buenos Aires, 2006.

Cardaci, A.; Requeira, E. & otros (2017). Contratos de la administración teoría y práctica (Primera).

Cardoso, J. (2010). La costumbre mercantil internacional como mecanismo de solución de conflictos en la contratación mercantil internacional en la Corte

Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. *Universitas Estudiantes*, 7, 121-142.

Cassagne, J. (2009). *El Contrato administrativo*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Comisión Europea. (2004). Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. [En línea]. Fecha de consulta: 10/01/2018. Disponible en: <<http://eur-lex-europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52004DC0327>>

Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (2), 9-44. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330>

Danós Ordoñez, J. (2013). Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. *Revista Peruana Derecho de la Empresa*, 60-94.

De La Torre, D. (2019). La confianza legítima como principio fundamental ante la regulación del Estado en la suspensión de plazos de procedimientos administrativos durante el estado de emergencia por el COVID-19. *Revista de Derecho Administrativo*.

Delmon, Jeffrey John (2010). Understanding options for public-private partnerships in infrastructure: sorting out the forest from the trees : BOT, DBFO, DCMF, concession, lease [En línea]. Fecha de consulta: 10/01/2018. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/999661468323693635/pdf/WPS5173.pdf>

Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17249>

Flores, C., Martínez, I. & Reynafarje, C. (2018). *Asignación del riesgo de diseño, financiamiento, construcción y fuerza mayor en la explotación y su impacto en la ejecución del Contrato de Concesión Longitudinal de la Sierra - Tramo 2* [Trabajo de inversión para Grado Académico de Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos]. Universidad del Pacífico Escuela de Postgrado.

Guasch, J. L. (2005). *Concesiones en Infraestructura - Cómo hacerlo bien*. España: Antonio Bosch.

Guzmán Napurí, C. (2009). Los principios generales del derecho administrativo. *IUS ET VERITAS*, 19, 228-249.

Hernández-Mendible, V. (2008). El sistema de fuentes en la contratación pública. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, 3.

Huapaya Tapia, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (Con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú). *IUS ET VERITAS*, 46, 284-329.

Islas Montes, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XV, 97-108.

Jackson, Penny (2012). Value for money and international development: Deconstructing myths to promote a more constructive discussion. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Fecha de consulta: 10/01/2018. <https://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>

León Luna, L. M. (2015). ¡Exijo una Explicación! La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo. *Derecho & Sociedad*, (45), 315-319. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249>

Libro Verde: Sobre La Colaboración Público-Privada y El Derecho Comunitario En Materia De Contratación Pública y Concesiones. COM2004. Bruselas 30.04.2004

Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, T. I, p. 455.

Maraví Sumar, M. (2020). La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del marco legal del OSITRAN. *Forseti*, 8, 84-107.

Meilán Gil, J. L. (2013). Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión. *Revista de Administración Pública*, 191, 11-41.

Menchola Arana, M. & Chamorro Vilca, M. (2015). Algunas reflexiones sobre ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias. *Derecho & Sociedad*, 45, 91-102.

Morales-Hervias, R. (2008). Situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*, (019), 323-360. <https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n019.478>

Morón Urbina, J. C. & Aguilera, Z. (2019). Aspectos jurídicos de la contratación estatal (Primera edición). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Morón Urbina, J (2016) La contratación Estatal. Lima. Gaceta Jurídica.

Morón Urbina, J. C. (2003). Los efectos de la Ley del Procedimiento Administrativo General sobre los procedimientos especiales. *Derecho & Sociedad*, (20), 121-142. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17298>

OECD (2020), Impulsando el desempeño del Regulador de Infraestructura de Transporte de Perú, Gobernanza de reguladores, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/6b95ee9b-es>.

Orbegoso, M. (2020). El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho. *IUS ET VERITAS*, 60, 198-209.

Pérez Benech, V. (2009). Motivación del acto administrativo. *Revista De Derecho*, (15), 37-54. Recuperado a partir de <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/763>

Rebollo, A. (2009). Experiencia española en concesiones y asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: Marco general. Madrid: Banco Interamericano de Desarrollo.

Requeira, E. & Cardaci, A. (2017). *Contratos de la administración teoría y práctica (Primera)*.

Rodríguez-Arana, J. (2013). El principio general del derecho de confianza legítima. *Ciencia Jurídica*, 4, 59-70.

Salazar Chávez, R. (2007). El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (29), 55-62. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17259>

Tribunal Constitucional del Perú (2006) Sentencia recaída en el Expediente N ° 3493-2006-PA/TC.

Tassano Velaochaga, H. (2008). Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. Revista De Derecho Administrativo, (4), 89-106. Recuperado a partir de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14527>

Trelles de Belaunde, O. (2002). El contrato administrativo, el contrato - ley y los contratos de concesión de servicios públicos. THEMIS Revista De Derecho, (44), 237 – 251.

Vélez Salinas, R. (2012). Las decisiones administrativas y la opinión de OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2012. Número 12. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13505/14131>.

Zegarra Valdivia, D. (1999). Concesión administrativa e iniciativa privada. THEMIS Revista De Derecho, (39), 99-119. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10383>

### **Normativa:**

Acuerdo N ° 557-154-04-CD-OSITRAN, Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión. Fecha: 17 de noviembre de 2004.

Código de Comercio. Fecha de publicación: 13 de enero de 1993.

Decreto Legislativo N ° 295., Código Civil. Fecha: 25 de julio de 1984.

Decreto Supremo N ° 044-2006-PCM, Reglamento de la Ley de creación del OSITRAN. Fecha: 06 de septiembre de 2006.

Decreto Supremo N ° 059-96-PCM, TUO Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado. Fecha: 26 de diciembre de 1996.

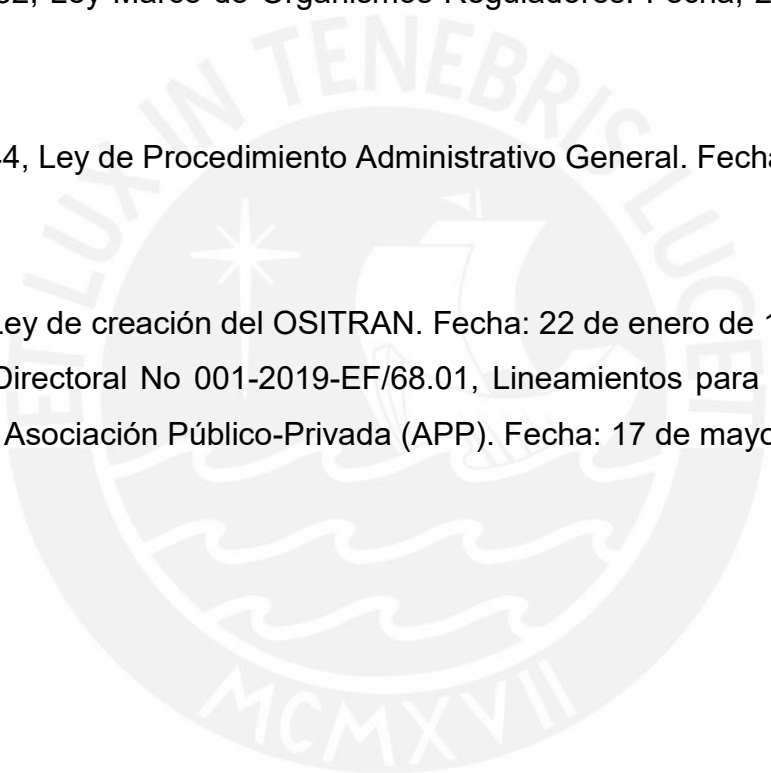
Decreto Supremo N ° 060-96-PCM, Reglamento del Decreto Supremo N ° 059-96-PCM. Fecha: 27 de diciembre de 1997.

Ley N ° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores. Fecha; 29 de julio de 2000.

Ley N ° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Fecha: 11 de abril de 2001.

Ley 26917, Ley de creación del OSITRAN. Fecha: 22 de enero de 1998.

Resolución Directoral No 001-2019-EF/68.01, Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada (APP). Fecha: 17 de mayo de 2019.



## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 23 de septiembre de 2009

Nº 034-2009-CD-OSITRAN

### VISTO:

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

### CONSIDERANDO:

#### I. ANTECEDENTES

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



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

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

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

5. El 1 de julio de 2009, mediante Oficio N° 018-09-GAL-OSITRAN, OSITRAN requirió opinión al Concedente con relación a la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.

6. El 3 de agosto de 2009, mediante Oficio N° 977-2009-MTC/25, el Concedente remite el Informe N° 457-2009-MTC/25.RCL; mediante el cual emite opinión

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

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

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

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

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

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

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

## **II. CUESTIONES A DETERMINAR**

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

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

### III. ANÁLISIS

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

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

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

12. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917<sup>1</sup>, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
13. Al respecto; el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN<sup>2</sup>, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Además, la norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

---

<sup>1</sup> Ley N° 26917.-

*"Artículo 7.- Funciones*

*7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:*

*(...)*

*e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.*

*(...)"*

<sup>2</sup> REGO

*"Artículo 53.- Funciones*

*Son funciones del Consejo Directivo:*

*(...)*

*d) Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las ENTIDADES PRESTADORAS realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.*

*(...)"*

14. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación<sup>3</sup>. De igual modo, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante los Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos "(...) tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión (...)".
15. Sobre el particular, el ítem 6.1 de los Lineamientos establece que:
- "Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas [sic] en el contrato, sin restringir (...) su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. (...)"*
16. El numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, prevé que "OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los Contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917)". Agrega que "pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados".
17. En atención a lo expuesto, podemos advertir que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil. Sin embargo, cabe precisar que conforme a lo previsto en el Artículo 1362° del Código Civil<sup>4</sup>, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe.

<sup>3</sup> Artículo 168.- Interpretación objetiva

El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 169.- Interpretación sistemática

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Artículo 170.- Interpretación integral

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

<sup>4</sup> Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

18. De otro lado, el numeral 24.12 del Contrato de Concesión del AIJCH<sup>5</sup> describe los criterios de interpretación que se aplican complementariamente, a los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil antes descritos.

#### B. Admisibilidad de la solicitud del Concesionario

19. Mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097 de fecha 26 de junio del año 2009, Lima Airport Partners S.R.L. remitió una solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH.
20. Mediante Oficio N° 018-09-GAL-OSITRAN de fecha 1 de julio de 2009, OSITRAN requirió opinión al Concedente con relación a la solicitud de interpretación del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, habiendo dado respuesta mediante Oficio N° 977-2009-MTC/25 de fecha 3 de agosto de 2009.
21. Sobre el particular, la solicitud de interpretación cumple con el requisito de admisibilidad previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, por lo que corresponde evaluar el marco contractual vigente y la pretensión del Concesionario, determinando si los argumentos vertidos en la solicitud de interpretación complementan o no la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, y de ser el caso, si dicha pretensión resulta procedente y fundada.

#### C. Marco Contractual

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

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

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

<sup>5</sup> 24.12. Interpretación del Contrato: El presente Contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente. Las sumillas de las Cláusulas de este contrato servirán como referencia y, en ningún caso afectarán la interpretación de su texto. En caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:  
a) El presente Contrato que incluye sus anexos.  
b) Las Circulares.  
c) Las Bases.  
d) Los anexos a las Bases.

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

[El subrayado es nuestro]

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

[El Subrayado es nuestro]

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

[El subrayado es nuestro]

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

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

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

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

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

(...)

5.6.2 Durante el Período Remanente de Vigencia de la Concesión

5.6.2.1 Mejoras Obligatorias

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

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

(...)"

[El Subrayado es nuestro]

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

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

(...)"

[El subrayado es nuestro]

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

"18.1 Auditoría Ambiental y Estudio de Impacto Ambiental:

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

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

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

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

(...)"

[El subrayado es nuestro]

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

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

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

## **D. Argumentos del Concesionario y del Concedente**

### **D.1 Argumentos del Concesionario**

#### **D.1.1 Limpieza y/o mitigación de daños ambientales**

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

#### **D.1.1.1. El Contrato de Concesión**

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



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

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

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

34. El Concesionario señala que una interpretación adecuada del Contrato de Concesión respecto a las obligaciones de saneamiento ambiental de los terrenos, debería concluir que, ante la ausencia de pacto expreso entre las partes, la regla de asignación de riesgos refleje la lógica contractual vigente en el Código Civil, es decir, la regla del *cheapest cost avoider*.
35. Sobre el particular, el Concesionario indica que *"si aplicamos esta regla general recogida en nuestro Código Civil al presente caso, tendremos que la obligación en materia de saneamiento ambiental de los terrenos deberá estar determinada precisamente en función a la fecha de entrega de los Terrenos. Así, la obligación de saneamiento ambiental del Estado se referirá a todos aquellos daños ambientales ocurridos con anterioridad a la entrega de Terrenos, mientras que la de LAP se referirá a los daños ocurridos con posterioridad"*.
36. Como puede advertirse, el argumento del Concesionario parte por determinar quién tiene el control sobre cualquier aspecto que pudiera afectar a los Terrenos, el Estado, concluyendo que cualquier obligación ambiental derivada por hechos previos a la entrega de éstos, recaigan bajo su esfera de responsabilidad.
37. Por último, cabe mencionar que, el Concesionario indica que la aplicación del criterio del *"cheapest cost avoider"* es comúnmente aceptada y utilizada en diversos Contratos de Concesión (Aeropuertos del Perú, Tramo Ancón-Huacho-Pativilca, Tramo Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica, entre otros). Inclusive, LAP señala que este criterio de asignación de riesgos es aplicado en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión del AIJCH, referido a las obligaciones de mitigación de daño ambiental a realizarse en el Aeropuerto.

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

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

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

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

41. El Concesionario sostiene que los argumentos vertidos para sustentar su pretensión respecto a los pasivos medioambientales en los terrenos, resultan aplicables para el caso de la remoción, demolición, movilización, traslado, retiro o eliminación de edificaciones<sup>6</sup>.
42. En ese orden de ideas, el Concesionario señala que "debe concluirse también que la recepción de los Terrenos citados por parte de LAP estará condicionada a que sobre los mismos no existan edificaciones ni, en general, obstáculos físicos (postes, construcciones -o restos de las mismas-, infraestructura, etc.) que representen una afectación que impida o restrinja la posesión y el uso de tales terrenos, atendiendo a los fines a los cuales están destinados conforme al Contrato de Concesión (ampliación del Aeropuerto)".

#### **D.2 Argumentos del Concedente**

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

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

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

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

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

## E. Evaluación de Argumentos

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

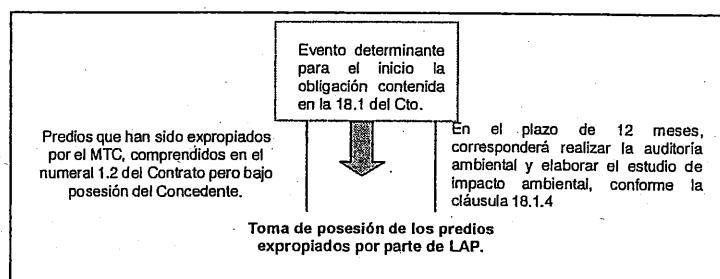
49. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha señalado que la Cláusula 18 del Contrato de Concesión, referida a aspectos vinculados a los pasivos ambientales, es aplicable a los bienes a ser expropiados por éste, luego de su transferencia al Concesionario (ex-post). Sobre el particular, el Concedente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

"(...) será responsabilidad para la remediación de los daños ambientales:

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

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

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



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

y/o mitigación de daños ambientales)". Agrega que "a diferencia del caso Aeropuerto recibido en la Fecha de Cierre, en el caso de los Terrenos la obligación de saneamiento ambiental del Estado implica tanto el desarrollo de las labores necesarias de limpieza y/o mitigación de daño ambiental, como la asunción de su costo económico", actividades que deben realizarse de manera previa a la entrega de los terrenos<sup>7</sup>.

52. Si bien, por un lado, existe la manifestación de voluntad por parte del Concedente de asumir la responsabilidad por los daños ambientales después de la entrega de los terrenos para la construcción de la segunda pista, previa auditoría ambiental y estudio de impacto ambiental que determine las actividades de limpieza o mitigación que le corresponden y que hayan ocurrido antes de la entrega de los mismos; por el otro, el Concesionario manifiesta que no existe regulación expresa o específica sobre la responsabilidad por los daños ambientales en los terrenos, precisando que no resulta aplicable lo previsto en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión<sup>8</sup>.
53. En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN que interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión resolvió cuál es la obligación contractual que corresponde al Concedente al momento de la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH (ex-ante). Siendo este el caso, no corresponde ni es materia de evaluación del presente procedimiento de interpretación complementaria, la determinación y existencia de regulación sobre aquellas obligaciones ambientales que correspondan al Concedente y/o Concesionario de manera posterior a la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH (ex-post); por lo que lo señalado en parte del Punto II.2 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00097, el numeral 5 de la Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132 y el numeral 3.6.4 del Informe N° 457-2009-MTC/25-RCL, no resulta pertinente para el presente caso.
54. Cabe resaltar que, el Concedente ha señalado que "a efectos de absolver la discrepancia sobre la obligación ambiental respecto a los nuevos predios a expropiarse, corresponde que este Ministerio solicite la interpretación de la cláusula contractual 18.1, en concordancia con la 5.23, 1.8 y 1.2". Sin embargo,

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

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

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

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

"(...)

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

[El subrayado es nuestro]

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

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

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

56. El Contrato de Concesión y sus Bases, entre otros<sup>9</sup>, fijan las reglas que debe sujetarse el Concedente y el Concesionario. Así, la regla general prevista en el Contrato prevé que el Concesionario asume los riesgos de la Concesión, salvo para aquellos casos en los que se establece expresamente en el Contrato la responsabilidad del Concedente. En tal sentido, ahí donde no está establecido expresamente un riesgo a favor del Concedente, en atención al Contrato de Concesión del AIJCH, el Concesionario debe asumirlo.
57. Al respecto, el numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH prevé lo siguiente:

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

[El subrayado es nuestro]

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

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

"24.12. Interpretación del Contrato:

(...)

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

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

60. Como puede advertirse, el Contrato de Concesión ha establecido indubitadamente la responsabilidad del Concedente en la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto. Asimismo, el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH ha establecido que los terrenos deben estar debidamente saneados. Con relación a este último aspecto, sin perjuicio de abordarlo en el numeral E.3 del presente informe, OSITRAN ya interpretó el referido numeral del Contrato de Concesión del AIJCH, estableciendo que el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP, Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN.
61. Cabe recordar que, durante el uso de la palabra realizado ante el Consejo Directivo de OSITRAN de fecha 12 de agosto de 2009, el Concesionario señaló que su pretensión era una aclaración a la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN<sup>10</sup>. Sobre el particular, el artículo 406° del Texto Único del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial N° 010-93-JUS<sup>11</sup>, norma de aplicación supletoria<sup>12</sup>, prevé que "El juez no puede alterar las resoluciones después de notificarlas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión. El pedido de

<sup>10</sup> Sobre el particular, la cuarta lámina de la presentación de Lima Airport Partners señala:

"Solicitud de aclaración

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

<sup>11</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 23 de abril de 1993.

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

"Primera.-

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

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

62. En tal sentido, en atención al numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH y lo antes señalado, los riesgos vinculados con el saneamiento ambiental, así como los referidos a la demolición y eliminación de cualquier edificación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, corresponderán ser asumidos por el Concesionario. Cabe precisar que dichos riesgos, no se encuentran previstos el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, toda vez que el procedimiento de interpretación contractual del referido numeral, definió el contenido y alcance del término "*debidamente saneado*" previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, tal como se indica en el numeral 60 del presente informe.
63. En conclusión, el Contrato de Concesión sí cuenta con cláusulas contractuales que precisan quien asume las obligaciones por la realización de las Mejoras, y en particular, sobre aquellas Mejoras Obligatorias vinculadas con la ejecución de la segunda pista de aterrizaje en los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH<sup>13</sup>.
64. Ahora bien, para que el Contrato de Concesión del AIJCH haya previsto que el Concesionario hace suyo dichos riesgos, resulta evidente que, previamente, éste debe contar con los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, es decir, una vez que el Concedente hace entrega de los referidos terrenos, la obligación de saneamiento ambiental, así como la demolición y eliminación de cualquier edificación, resultan exigibles<sup>14</sup>.
65. El numeral 2.1 del Contrato de Concesión del AIJCH establece que:

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

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

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

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

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

<sup>14</sup> El numeral 3 del Anexo 11 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"3. De la Obligación del Concesionario

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



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

[El subrayado es nuestro]

66. Se entiende por Aprovechamiento Económico, conforme al numeral 1.5 del Contrato de Concesión del AIJCH, el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, los cuales conforme al numeral 1.8 del Contrato de Concesión del AIJCH, son aquellos inicialmente identificados en el Anexo 2, las áreas descritas en el Anexo 11 destinadas a la ampliación del Aeropuerto, cuyo Aprovechamiento Económico es entregado al Concesionario, así como las Mejoras que se efectúen durante la vigencia de la Concesión.
67. Como puede advertirse, podemos resaltar que el Concedente, en el caso materia de evaluación, garantiza al Concesionario su derecho a la operación y explotación de los Bienes de la Concesión, encontrándose entre ellos, los terrenos destinados a la ampliación del Aeropuerto. En ese sentido, no correspondería que el Concedente asuma previamente el saneamiento ambiental sobre dichos terrenos, así como tampoco, demoler y eliminar cualquier edificación que exista sobre los referidos terrenos, más aún cuando el propio Contrato de Concesión asigna dicho riesgo al Concesionario, con excepción de lo señalado en el numeral E.1 del presente informe.
68. De otro lado, las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en adelante LAS BASES, prevén lo siguiente<sup>15</sup>:

*"6.6.3 Documentos de Propuesta Técnica*

*6.6.3.1 Planes maestros de desarrollo conceptual*

*(...)*

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

*(...)*

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

<sup>15</sup> De manera específica, el numeral 6.6.3.1.2 de LAS BASES señala lo siguiente:

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

*(...)*

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

69. Como puede advertirse, el Postor y actual Concesionario debía definir los costos que eran necesarios para la construcción de la segunda pista de aterrizaje, en base al Plan Maestro de Desarrollo Conceptual que presentó, costos que debía incorporar en su oferta técnica<sup>16</sup>. Cabe resaltar que, el Postor conocía cuál era la real situación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH<sup>17</sup>, es decir, la existencia de un extenso terreno agrícola, la existencia de algunas edificaciones de los poseedores, así como de algunas empresas que operaban en dichos terrenos, los cuales son materia de un proceso de expropiación por parte del Estado<sup>18</sup>.
70. Así, en lo que respecta al rubro "remover, demoler, movilizar, trasladar, retirar o en general, eliminar cualquier edificación que exista sobre los mencionados

<sup>16</sup> Según los Términos de Referencia Técnicos, tenemos lo siguiente:

"Anexo N° 6 – Sección 3.0

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

Construcción de una Segunda Pista de Aterrizaje

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

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

"CONSULTA N° 7

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

RESPUESTA:

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

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

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

"2.2-A Consideraciones Generales

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

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

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

terrenos"<sup>19</sup>, costos vinculados con la ejecución de la segunda pista de aterrizaje, la propuesta técnica del Postor y actual Concesionario, establece lo siguiente<sup>20</sup>:

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

(...)

Sistema de Campo Aéreo

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

[El subrayado es nuestro]

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

"02.00 TRABAJOS PRELIMINARES

(...)

02.01 LIMPIEZA DE TERRENO

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

(...)

02.02 ELIMINACIÓN DE OBSTRUCCIONES

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

(...)

02.03 REMOCIONES

<sup>19</sup> Según Carta LAP-GCCO-C-2009-00097 de fecha 26 de junio de 2009.

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

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

(...)

Sistema de Campo Aéreo

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

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

(...)

Sistema de Campo Aéreo

(...)

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

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

(...)

#### 02.04 DEMOLICIONES

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

(...)"

72. Como puede advertirse, al momento de elaborarse los presupuestos para la ejecución de la segunda pista de aterrizaje y otros, el Postor y actual Concesionario debía incluir el costo que corresponde por la ejecución de los trabajos preliminares en dicha obra, es decir, aquellos costos que comprenden la "limpieza de terreno, eliminación de obstrucciones, remociones, demoliciones, transportes de maquinaria, apuntalamientos de construcciones existentes y trazos, niveles y replanteo", conforme al Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, que si bien establece criterios uniformes a las entidades públicas durante la ejecución de obras, es de común uso para las diversas obras de edificación.
73. Sobre el particular, el Concesionario, en el numeral 4 de su Carta N° LAP-GCCO-C-2009-00132, ha señalado que "el Reglamento no resulta aplicable a LAP sino exclusivamente a las entidades públicas que llevan a cabo obras también públicas". De igual modo, indica que el Anexo 6 del Contrato de Concesión "no comprendía partida alguna referida a "demoliciones"". Al respecto, discrepamos de la opinión efectuada por el Concesionario, toda vez que, (i) existe la obligación del Concesionario de cumplir con el marco normativo legal vigente, como es el caso de Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, máxime si dicha norma ha sido aprobada mediante Decreto Supremo que tiene carácter general y es de aplicación nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 29158<sup>21</sup>, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (ii) el numeral 24.4 del Contrato de Concesión prevé que el "contrato se interpretará y regirá de acuerdo con las leyes del Perú", en ese sentido, es exigible el Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, (iii) el Estado al momento de otorgar en concesión el aeropuerto, ha hecho uso del Reglamento de Metrados para Obras de Edificación, norma que define los conceptos que son utilizados en diversas obras de edificación, (iv) las Bases contenían un presupuesto referencial que podía ser objeto de modificación por parte del Concesionario, quien podía incluir o no, partidas por los diferentes costos que asumía, en base a los riesgos asignados en el diseño de Contrato de Concesión, por lo que, éste pudo incluir el concepto de demoliciones.

<sup>21</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 20 de diciembre de 2007.

74. En ese orden de ideas, considerando que el Concesionario ha determinado los costos que corresponden por la ejecución de la segunda pista de aterrizaje, entre otros, costos que están incluidos en su oferta técnica; no cabe interpretar que el Concedente esté en la obligación de efectuar pago adicional alguno por dicho concepto, pues, conforme a lo señalado, ello no obra en el texto del Contrato de Concesión y las Bases, en particular, en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión, menos aún en el contenido de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN que interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión<sup>22</sup>.
75. Al respecto, cabe recordar que en atención al numeral 22.1 del Contrato de Concesión del AIJCH y a lo señalado en el presente informe, los riesgos vinculados con la demolición y eliminación de cualquier edificación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, corresponderán ser asumidos por el Concesionario. Dichos conceptos formaban parte del diseño del Contrato de Concesión, siendo el Concesionario quien debía determinar su magnitud y costo, para posteriormente incluirlos en su Oferta. Debe precisarse que dichos riesgos, no se encuentran previstos el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, conforme a lo indicado en el presente Informe.
76. En el caso particular de la Oferta del Concesionario, su presupuesto contiene la realización de obras preliminares. Asimismo, los referidos presupuestos contemplan un costo contingente, en caso se incrementen los costos durante la ejecución de la obra. Al respecto, cabe mencionar que la decisión de incluir un valor contingente, responde a que los terrenos para la ejecución de la segunda pista y otros, debían ser entregados por el Estado Peruano en un momento posterior, una vez que expropie los terrenos. Así, una vez efectuada la entrega física, el Concesionario recién tomaría conocimiento del valor real del costo del presupuesto para la ejecución de los trabajos preliminares, por lo que éste tendría que prever dicho costo en su Oferta.
77. En el supuesto negado que la oferta del Concesionario contenga errores u omisiones con relación a los costos que corresponden por la ejecución de la segunda pista de aterrizaje y otros, dichos errores y omisiones no pueden ser reputados al Concedente, debiendo ser asumidos por el Concesionario<sup>23</sup>.

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

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

**3.4 Limitaciones de Responsabilidad**

**3.4.1 Decisión Independiente de los Postores**

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

**3.4.2 Limitación de Responsabilidad**

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

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

78. Como hemos señalado, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, interpretó el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, estableciendo la obligación contractual de entrega de los terrenos que son necesarios para la ampliación del AIJCH.
79. En dicha oportunidad, OSITRAN resolvió, entre otros, que el Estado debe entregar los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH, efectivamente desocupados y sin la presencia de poseedores precarios que pudieran impedir el ejercicio de los derechos y obligaciones de LAP de acuerdo al Contrato de Concesión. Similar decisión ha sido reiterada en el Acuerdo N° 932-235-07-CD-OSITRAN de fecha 28 de febrero de 2007 que aprueba el Informe N° 09-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
80. Discrepamos de la opinión del Concesionario, en el sentido que la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN no resuelve cuál es la interpretación del término "debidamente saneado" previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, sino que *"sienta los criterios interpretativos que deben orientar la evaluación de cualquier supuesto adicional que no hubiera sido expresa y directamente regulado en la Resolución, y que pudiera presentarse en las áreas en cuestión"*. Al respecto, una breve lectura del texto de la Resolución de Consejo Directivo nos permite colegir, claramente, que el Consejo Directivo resolvió cuál es la interpretación del término "debidamente saneado", previsto en el numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH, definiendo la obligación que corresponde al Concedente para la entrega de los terrenos para la ampliación del aeropuerto. De este modo, el Consejo Directivo dio cumplimiento a su obligación de determinar el sentido de la Cláusula del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación.
81. Cabe precisar que, respecto a la decisión adoptada en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, el Concedente ni el Concesionario no cuestionaron dicha interpretación, por lo que conforme a lo previsto en el artículo 212° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la interpretación adoptada constituye un acto firme<sup>24</sup>.

---

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

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

"Artículo 212°.- Acto Firme

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

[El subrayado es nuestro]

82. Se entiende por acto firme, según lo señalado por Morón Urbina<sup>25</sup>, aquel que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, al haberse extinguido los plazos fugaces para ejercer el derecho de contradicción. Vencidos estos plazos, sin presentar recursos o habiéndolos presentados en forma incorrecta sin subsanarlos, el administrado queda sujeto a estos actos, sin poder alegar petitorios, reclamaciones o instrumentos procesales análogos.
83. De otro lado, el artículo 218º de la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé que:

*"Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa*

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

*218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:*

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

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

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

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

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

84. En el caso que nos aborda, la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2005-CD-OSITRAN, en base a lo señalado en el artículo 218º precedente, agota la vía administrativa, por lo que no cabe impugnación administrativa alguna, debiendo haberse recurrido al Poder Judicial, en su oportunidad.
85. En ese orden de ideas, considerando que la solicitud de interpretación complementaria del numeral 2 del Anexo 11 del Contrato de Concesión del AIJCH tiene por objeto revisar la responsabilidad del Estado Peruano para la entrega de los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto, respecto de lo que debe entenderse por "*debidamente saneado*", pretendiendo variar de

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

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

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

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

**SE RESUELVE:**

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

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

**TERCERO.- DISPONER** la publicación de la presente Resolución en la página web institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE**  
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. PD N° 17770-09