

INFORME N° 011-05-GS-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Bienes de la concesión entregados a Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) para su aprovechamiento económico, de acuerdo al contrato de concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH)

Referencia : Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, Informe Especial N° 96 relativo a las “Áreas de la concesión” del Consorcio TYPASA-OIST, escrito de LAP de fecha 15 de septiembre de 2005.

Fecha : 27 de octubre de 2005

I. ANTECEDENTES:

1. El 14 de febrero de 2001, el Estado Peruano, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), suscribe el contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCH. En la misma fecha el Estado Peruano entrega la operación del AIJCH a LAP.
2. Con fecha 02 de diciembre de 2004, mediante Oficio N° 931-04-GS-I1-OSITRAN, se requiere a LAP que informe si llevó a cabo la verificación topográfica de las áreas que componen *los terrenos relativos al AIJCH*.
3. Con fecha 03 de enero de 2005, mediante Carta N° AIJC-CA-CPMO-OSI-041465-CB, LAP informa a OSITRAN que luego de la verificación de los linderos del área relativa al AIJCH, se determinó la recepción de un área total de 2'297,824 m², de un total de 2'341,118 m², que se obtienen del Plano 03 del Anexo 20 del contrato de concesión; *lo cual implica una diferencia de 43,294 m², cuya entrega aún estaría pendiente por parte del MTC.*
4. Con fecha 17 de marzo de 2005, mediante Oficio N° 391-2005-MTC/02, el Vice-Ministro de Transportes remite a OSITRAN el Informe N° GCAP.GIN.1.007.2005.I, elaborado por una comisión encargada especialmente, de la evaluación perimétrica a que se ha hecho referencia. Dicha comisión concluye que *“existe una diferencia de 3,200.95 m² a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones”*.

El MTC solicita a OSITRAN que realice las verificaciones pertinentes y emita opinión técnica con relación a los temas tratados en el precitado informe, en su calidad de supervisor del cumplimiento del contrato de concesión del AIJCH.

5. Con fecha 09 de agosto de 2005, se emite el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, el cual concluye entre otras cosas lo siguiente:
 - El Estado Peruano ha otorgado a LAP, el “Aprovechamiento Económico” de los “Bienes de la concesión” y la operación del Aeropuerto.
 - Los linderos y medidas perimétricas del “Aeropuerto” no son jurídicamente equivalentes a los “Bienes de la Concesión”, cuyo aprovechamiento económico sí es un derecho otorgado a LAP por el Estado Peruano.
 - Del análisis legal efectuado, con relación a calidad jurídica de las áreas en discusión, se determinó que *el MTC está obligado a cumplir con la obligación de entregar físicamente a LAP un AREA TOTAL de 12,950.85 m².*
6. Con fecha 15 de agosto de 2005, se adopta el Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, el mismo que por mayoría aprueba el precitado informe técnico-legal, indicándose que éste tiene carácter de opinión técnica no vinculante, emitida dentro del marco del contrato de concesión.
7. Mediante Oficio Circular N° 074-2005-CD-OSITRAN, se notifica a LAP y al MTC el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, así como el Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN.
8. Con fecha 15 de septiembre de 2005, LAP interpone recurso de reconsideración en contra del Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, señalando que *el Estado Peruano tiene pendiente de entrega a LAP, un área de 26,292.19 m².*

II. OBJETIVO:

El objetivo del presente informe es analizar la procedencia y fundamento del recurso de reconsideración interpuesto por LAP en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, que aprobó el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, emitido a solicitud del MTC.

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

1. El Capítulo II del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), contempla los recursos administrativos que pueden interponer los administrados en contra los distintos actos administrativos que dicten las entidades de la Administración Pública.
2. De acuerdo a lo que establece el Artículo 1° de la LPAG:

<<Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.>>

3. De acuerdo a lo anterior, se debe tomar en cuenta que para que una expresión de un ente de la Administración Pública sea considerada propiamente un acto administrativo, según el tratadista Juan Carlos Morón Urbina¹, debe cumplirse lo siguiente:

<<El acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exteriorización intelectual emanado de cualquier de los órganos de las entidades, que al constituir manifestación del poder público, *conlleva fuerza vinculante por imperio del derecho.*>>

4. En ese sentido, es claro que existen actos de la Administración Pública que no se consideran actos administrativos. Tal es el caso de los actos de administración interna y los comportamientos o actividades materiales de las entidades.
5. Con relación a la calidad jurídica del Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, se debe tomar en cuenta que éste se emitió en respuesta a una solicitud de opinión formulada por el MTC mediante Oficio N° 391-2005-MTC/02, el cual tiene como finalidad requerir a OSITRAN *que se pronuncie verificando y opinando sobre el informe N° GCAP.GIN.1.007.2005.I, elaborado por la comisión encargada de resolver los problemas de delimitación de áreas de terrenos*, que son materia de concesión.

En ese sentido, el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, realiza un análisis de la calidad jurídica de diversas áreas, para efectos de determinar el diferencial de área existente entre lo que LAP tiene efectivamente bajo su administración y lo que aún estaría pendiente de entrega por parte del MTC.

En esa línea, dicha opinión se ha emitido en ejercicio de lo establecido en el Literal j) del Numeral 7.1 de la Ley N1 26917 (Ley de creación de OSITRAN), que establece que es función de OSITRAN proveer información al MTC y emitir opinión cuando éste lo solicite.

6. Al respecto, se debe considerar que el ejercicio de la función anterior, es sustancialmente diferente a la función administrativa específica de *“interpretar los títulos en virtud a los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación económica”*, atribuida en virtud al Literal e) del

¹ “Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, MORON URBINA, Juan Carlos, página 62.

Numeral 7.1. del Artículo 7° de la Ley N° 26917. Cuando OSITRAN ejerce la dicha función administrativa², lo que hace es emitir actos administrativos que tienen fuerza vinculante por imperio de la Ley.

7. En ese sentido, el diseño institucional y la normativa vigente han previsto un mecanismo para el cumplimiento eficaz de la función supervisora de OSITRAN, por lo que aún cuando se trata de un órgano distinto y autónomo con relación a “*las partes contratantes*”; se le otorga (mediante una Ley) la facultad de emitir actos administrativos declarativos (constituidos por las interpretaciones de los contratos de concesión), con efectos jurídicos vinculantes sobre éstas. De ese modo, se posibilita que el organismo pueda realmente verificar el cabal cumplimiento de los contratos de concesión, blindando sus decisiones de los intereses particulares de las partes contratantes y convirtiendo así a OSITRAN en una suerte de árbitro entre el ente Concedente, el concesionario y los usuarios de la infraestructura.
8. A diferencia del supuesto anteriormente mencionado, en el caso del Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN no interpreta el sentido, alcance o contenido de una estipulación contractual, sino que verifica, con base al informe elaborado por la comisión encargada de resolver los problemas de delimitación de áreas de terrenos, que son materia de concesión, al informe técnico de la empresa supervisora TYPASA-OIST y al análisis de la calidad jurídica de las áreas en discusión (antes y después de la fecha de Cierre), cual es el área efectiva de terrenos, cuya entrega aún estaría pendiente por parte del MTC.
9. En consecuencia, es claro que el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, no es un acto administrativo de OSITRAN, sino una opinión técnica no vinculante. En tal caso, se trata propiamente de un acto de administración interna de OSITRAN cuya finalidad es proveer de información al MTC.
10. Al respecto, se debe tomar en cuenta que el Artículo 1° de la LPAG, señala que los órganos de la Administración pueden emitir actos que no son propiamente actos administrativos, sino *actos de administración interna*, los cuales se definen de acuerdo al Artículo 7° de la LPAG, del modo siguiente:

<<Artículo 7.- Régimen de los actos de administración interna

7.1 Los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, su motivación será facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista. (...)>>

² La finalidad de otorgar a OSITRAN el poder de emitir actos administrativos declarativos con fuerza vinculante, al ejercer la función de “*interpretación de los contratos de concesión*”, se sustenta en la necesidad de dar al organismo una herramienta indispensable para que, como ente que de acuerdo a Ley debe ser el supervisor imparcial del cumplimiento del Contrato de Concesión; esté en real capacidad de ejercer eficazmente dicha función supervisora.

11. Los actos de administración interna de agotan en el ámbito interno de la propia administración pública y aunque son actos de poder público, por su alcance se orientan exclusivamente a la búsqueda de la eficacia de los resultados de la gestión pública.
12. El Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, se emitió a requerimiento del MTC con el fin de proveer a dicha entidad de la información y la opinión requerida, por lo que su finalidad de inscribe dentro de la búsqueda de eficacia dentro de los órganos de la Administración Pública.
13. Como consecuencia del análisis anterior, se debe concluir que el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, que aprueba el Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, no es un acto administrativo, sino un acto de administración interna de la Administración Pública.
14. Por tanto, no es procedente interponer recurso de reconsideración contra un acto que no es un acto administrativo sino un acto de administración interna de la Administración Pública, pues no se cumple la condición esencial requerida para ejercer válidamente la facultad de contradicción a que aluden los artículos 206° y 208° de la LAPG, en los que LAP basa su escrito de fecha 15 de septiembre de 2005.

IV. ARGUMENTOS DE FONDO DEL ESCRITO PRESENTADO POR LAP:

Sin perjuicio de la improcedencia del recurso de reconsideración de LAP, en contra la opinión de OSITRAN, contenida en el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, respecto a los argumentos expuesto por LAP para que OSITRAN modifique su opinión, se debe señalar, a título informativo, lo siguiente:

15. LAP no ha desvirtuado el hecho que el contrato de concesión no le otorga el derecho de explotar económicamente *la integridad del AIJCh, sino únicamente los Bienes de la Concesión*, tal como expresamente señala el Numeral 1.2, 1.5, 1.8 y 1.11 de la Cláusula Primera y Numeral 2.1 de la Cláusula Segunda del contrato de concesión.

En efecto, hay una clara diferencia jurídica entre lo que es el “Aeropuerto” AIJCH, que el Estado entrega para la operación de LAP, y lo que constituyen propiamente los “Bienes de la Concesión”, que es lo que efectivamente se entrega para el aprovechamiento económico de LAP.

Esa diferencia fundamental, es relevante para efectos de considerar si las pretensiones de LAP, con relación al monto de las áreas pendientes de entrega por parte del MTC y son también relevantes para tomar en cuenta la naturaleza del análisis realizado por TYPASA-OIST, quien expresamente lo señala en sus Informes Especial N° 98 y 96, que se trata de una medición perimetral, *que no considera un análisis jurídico de cada una de las áreas en discusión.*

En ese sentido, es claro que todo “Bien de la Concesión” puede ser aprovechado económicamente por LAP, pero no todo el “Aeropuerto” puede ser utilizado por LAP para tal efecto. Con relación al Aeropuerto, LAP tiene la responsabilidad *por su operación.* En este caso, dicha responsabilidad está

relacionada al rol de Autoridad Aeroportuaria que corresponde a LAP y que se deriva de su calidad de explotador de un aeródromo público. En síntesis, los linderos y medidas perimétricas del Aeropuerto no son jurídicamente equivalentes a los “Bienes de la Concesión”.

16. Por otro lado, se debe señalar que LAP ha reconocido expresamente en su escrito de fecha 15 de septiembre de 2005, lo siguiente:

- Que el AREA (4) Zona 18 de Plano PAC-01: 10,959.14 m², “Óvalo de ingreso al Aeropuerto”, es una zona que legalmente se afectó al uso público, mediante Decreto de Urgencia N° 040-95 y Mediante D.S. N° 016-95-PRES. Dichas afectaciones se produjeron con años de anticipación a la suscripción del contrato de concesión del AIJCh, y como afectaciones producidas por el ordenamiento legal, LAP no puede alegar su desconocimiento, para pretender que tiene un derecho de explotación económica sobre dichas áreas.
- Que el AREA (2) que corresponde a las Zonas 2 y 3 de Plano PAC-01 y AREA (3) que corresponde a la Zona 4 del Plano PAC-01: 2,382.20 m², “Vía de Acceso al Incinerador y área de CORPAC”; son áreas de uso público, a las que adicionalmente, la empresa concesionaria reconoce que también tiene acceso.

17. Siendo que LAP reconoce que en los casos precitados, se trata de áreas afectadas al uso público, incluso con anterioridad de la entrada en vigencia del contrato de concesión, su pretensión de sumar dichas áreas al área que actualmente tiene en posesión, contraviene precisamente lo dispuesto por el Artículo 1362° del Código Civil, según el cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

18. Del mismo modo, se debe señalar que LAP no ha demostrado que el AREA (4) Zona 18 de Plano PAC-01: 10,959.14 m², “Óvalo de ingreso al Aeropuerto”, o el AREA (2) que corresponde a las Zonas 2 y 3 de Plano PAC-01, y; AREA (3) que corresponde a la Zona 4 del Plano PAC-01: 2,382.20 m², “Vía de Acceso al Incinerador y área de CORPAC”; sean áreas comprendidas dentro del Plan Maestro de Desarrollo de LAP.

19. Finalmente, cabe señalar que llevando al extremo la errónea asimilación que LAP hace de “Aeropuerto”, y “Bienes de la concesión” (los que sí han sido efectivamente entregados para su aprovechamiento económico por parte de la empresa concesionaria), se llegaría al absurdo de considerar que el Estado debe entregar “para su aprovechamiento económico” la integridad de todo el AIJCH, cuando es claro que hay áreas, como las que están a cargo y en posesión de las Fuerzas Armadas o CORPAC, que el Estado no se comprometió a entregar a LAP. Lo mismo ocurre con las áreas de uso público dentro y en las áreas colindantes de AIJCH.

V. CONCLUSIONES:

1. El recurso de reconsideración interpuesto por LAP en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 683-181-05-CD-OSITRAN, que aprueba el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, es improcedente, dado que OSITRAN ni emitió

un acto administrativo, sino un acto de administración interna, que al no tener la naturaleza de acto administrativo no es susceptible de impugnación en virtud a la facultad de contradicción de los administrados.

2. LAP hace una errónea asimilación entre los linderos y medidas perimétricas del "Aeropuerto", con los "Bienes de la Concesión", los cuales tienen una naturaleza jurídica distinta, y cuyo aprovechamiento económico sí es un derecho otorgado por el Estado a LAP.
3. LAP ha reconocido que el área el AREA (4) Zona 18 de Plano PAC-01 "*Óvalo de ingreso al Aeropuerto*", así como el AREA (2) que corresponde a las Zonas 2 y 3 de Plano PAC-01 y AREA (3) que corresponde a la Zona 4 del Plano PAC-01: 2,382.20 m², "*Vía de Acceso al Incinerador y área de CORPAC*", son áreas afectadas al uso público.
4. LAP no ha acreditado sustento legal para plantear que existe una afectación a la finalidad del contrato de concesión del AIJCH o una afectación a la ejecución de obligaciones contractuales por parte de LAP, que origine la obligación de compensar a dicha empresa el área de 26,292.19m² que ahora pretende le sea entregada por el MTC.

VI. RECOMENDACIONES:

1. Declarar improcedente el recurso de reconsideración de LAP por haberse interpuesto contra un acto de administración interna y no contra un acto administrativo.
2. Ratificar el análisis, conclusiones y recomendaciones efectuados en el Informe N° 006-05-GS-GAL-OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 683-181-05-CD-OSITRAN.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

WALTER SANCHEZ ESPINOZA
Gerente de Supervisión (e)

PBD-MHL/gsg
REG-SAL-GS-GAL-8229