

INFORME N° 036-05-GAL-OSITRAN

A : Alejandro Chang Chiang
Presidente del Consejo Directivo

C.c. : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Procedencia de la Aplicación de la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión del AIJCH (sobre Arbitraje) a las decisiones adoptadas por OSITRAN en ejercicio de sus atribuciones y funciones.

Referencia : CARTA LAP / 064-05 / GL de fecha 13 de mayo y CARTA LAP / 065-05 / GAL de fecha 16 de mayo de 2005

Fecha : 08 de junio de 2005

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 10 de setiembre de 2004, LAP remite a OSITRAN la carta N° LAP-GCCO-C-2004-00072, en la que manifiesta su decisión de cobrar la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) Internacional, a los denominados “pasajeros internacionales en transferencia”, desde el 01 de enero de 2005.
2. Con fecha 15 de octubre de 2004, mediante comunicación N° LAP-GCCO-C-2004-00078, LAP presentó ante OSITRAN una solicitud de fijación tarifaria para el servicio de buses para el transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH para el período 2005-2007.
3. Con fecha 18 de octubre de 2004, OSITRAN remitió a LAP el oficio N° 472-2004-GG/OSITRAN, indicándole que se requería determinar la procedencia de su pretensión, para lo cual era necesario que el Consejo Directivo inicie un procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión del AIJCH, en ejercicio de la función que conferida por el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, “Ley Aplicable” de obligatorio cumplimiento para LAP.
4. Con fecha 1° de diciembre de 2004, se adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 563-155-04-CD-OSITRAN, mediante el cual aprobó por unanimidad el Informe N° 067-04-GRE-OSITRAN, que concluye que la solicitud de fijación tarifaria de LAP para el servicio de buses en el AIJCH, es improcedente.
5. Con fecha 10 de diciembre de 2004, se adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, el mismo que en mayoría, aprueba la primera y segunda conclusión del Informe N° 017-04-GAL-GRE-OSITRAN, determinándose que de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del AIJCH, LAP no podía aplicar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia, pues éstos no tenían la disponibilidad de la integridad de servicios comprendidos en el conjunto de servicios del Apéndice N° 1 del Anexo N° 5 del Contrato de Concesión.

6. Con fecha 14 de enero de 2005, LAP presenta un Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN, la misma que declara improcedente la solicitud de fijación tarifaria para el servicio de buses presentada por LAP ante OSITRAN.
7. Con fecha 21 de enero de 2005, LAP presenta su recurso de Reconsideración en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, el cual declaró que de acuerdo al Contrato de Concesión del AIJCH, LAP no podía cobrar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia.
8. Con fecha 29 de marzo de 2005, se adopta el Acuerdo de Consejo Directivo N° 622-164-05-CD-OSITRAN. Dicho acuerdo aprobó por unanimidad el Informe N° 014-05-GRE-GAL-OSITRAN, que se pronuncia sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP, en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN; declarándose infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP. Asimismo, confirma la interpretación contenida en el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, que declara que de acuerdo al contrato de concesión, LAP no puede cobrar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia.
9. Con fecha 29 de marzo de 2005, se aprueba la Resolución N° 020-05-CD-OSITRAN, de la Resolución N° 059-2004CD-OSITRAN, que declaraba improcedente la declarándose infundado el Recurso de Reconsideración presentado por LAP en contra solicitud de dicha empresa para la fijación de una tarifa relativa al servicio de Buses para el transporte o traslado de pasajeros y tripulación en el AIJCH.
10. Con fecha 13 de mayo de 2005, LAP remite al ente Concedente la Carta LAP/ 064-05 / GL, la misma en la que solicita a dicha entidad que en el plazo de 30 días hábiles, exprese su posición legal con relación a la procedencia del cobro de la TUUA por parte de LAP, a los denominados pasajeros internacionales en transferencia del AIJCH. Del mismo modo, LAP señala que en caso el ente Concedente esté de acuerdo con la posición de OSITRAN, LAP entenderá automáticamente que existe una controversia contractual entre las partes, en los términos previstos en el Numeral 17.1 de la Décimo Séptima Cláusula del contrato de concesión del AIJCH, solicitando que en tal supuesto, se inicie la etapa de negociación directa para la solución de controversias.
11. Con fecha 16 de mayo de 2005, LAP remite al ente Concedente la Carta LAP/ 065-05 / GL, la misma en la que solicita a dicha entidad que en el plazo de 30 días hábiles, exprese su posición legal con relación a la procedencia de una tarifa aplicable al servicio de buses en el AIJCH. Del mismo modo, LAP señala que en caso el ente Concedente esté de acuerdo con la posición de OSITRAN, LAP entenderá automáticamente que existe una controversia contractual entre las partes, en los términos previstos en el Numeral 17.1 de la Décimo Séptima cláusula del contrato de concesión del AIJCH, solicitando que en tal supuesto, se inicie la etapa de negociación directa para la solución de controversias.
12. Con fecha 01 de junio de 2006, mediante Oficio N° 671-2004-MTC/02, el Vice Ministro de Transportes requiere a OSITRAN la interpretación del Numeral 17.1 del contrato de concesión del AIJCH.

II. **OBJETIVO:**

El objeto del presente informe es interpretar el Numeral 17.1 de la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión del AIJCH (relativa a la solución de controversias entre las “Partes” contratantes), para efectos de determinar la procedencia de la aplicación del mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que contempla dicha cláusula, a las decisiones del Consejo Directivo de OSITRAN, adoptadas en ejercicio de sus atribuciones y funciones establecidas por Ley; con el fin de someter el presente informe a la aprobación del Consejo Directivo de OSITRAN.

III. BASE LEGAL:

- Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, publicada en el Diario Oficial el 05 de enero de 1996.
- 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 (TUO), aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1996.
- Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público; se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público; publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 1998.
- Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; publicada en el Diario Oficial el 29 de julio de 2000.
- D.S N° 010-2001-PCM, Reglamento General de OSITRAN; publicada en el Diario Oficial el 07 de febrero de 2001.
- Contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.

IV. CUESTIONES DE FONDO EN DISCUSIÓN:

- A. ¿Es legalmente procedente someter las decisiones de OSITRAN, derivadas del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por Ley, al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que contempla la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH?
- B. ¿Cuáles son las controversias a las que se puede aplicar el mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que contempla la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH?
- C. Implicancias del análisis efectuado en los roles y funciones que sostienen el diseño institucional de la regulación de la infraestructura de transporte de uso público.

V. ANALISIS DE LAS CUESTIONES DE FONDO EN DISCUSIÓN:

- A. ¿Es legalmente procedente someter las decisiones de OSITRAN, derivadas del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por Ley, al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que contempla la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH?
 - LO QUE ESTABLECE LA NORMATIVA ESPECIAL DE ORDEN PUBLICO ANTERIOR A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL AIJCH:

1. Con anterioridad a la suscripción del contrato de concesión del AIJCH, el Estado estableció un diseño institucional y un marco normativo homogéneo para la regulación económica de ciertas actividades asociadas a la presencia de monopolios naturales. Ello ocurre en el ámbito de las telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos, servicios de saneamiento e infraestructura de transportes de uso público, a través de la existencia de OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, respectivamente.

Es así que el 23 de enero de 1998, mediante Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público; se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante OSITRAN), como organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

OSITRAN tiene por objetivo general regular, normar, supervisar y fiscalizar el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas públicas y privadas que explotan infraestructura de transporte de uso público¹, así como supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión bajo su ámbito, *cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios bajo su competencia.*

2. La Ley N° 26917 y la Ley N° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores), otorgan expresamente a OSITRAN las siguientes funciones administrativas:
 - a. **Función Normativa** ².
 - b. **Función Reguladora** ³.

¹ Definidas en el Artículo 1° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM, del modo siguiente:

<<ENTIDAD PRESTADORA: Empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de INFRAESTRUCTURA nacional de transporte de uso público, sean empresas públicas o concesionarias y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios.(...)>>

² Precisada mediante Ley N° 27631, publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de enero de 2002.

La Función Normativa, es aquella que permite a OSITRAN, dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y Mandatos *u otras normas de carácter particular* referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras o actividades supervisadas o de sus usuarios. La función normativa de carácter general, es función exclusiva del Consejo Directivo de OSITRAN.

Comprende la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

³ La Función Reguladora, es aquella que permite a OSITRAN determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, así como los principios y sistemas tarifarios que resultaren aplicables. Es una función exclusiva del Consejo Directivo del OSITRAN. En ejercicio de dicha función, OSITRAN fija tarifas, establece sistemas tarifarios por la utilización de la infraestructura y de los servicios que se

- c. **Función Supervisora** ⁴.
- d. **Función Fiscalizadora y Sancionadora.**
- e. **Función de Solución de Controversias.**

3. Con relación a la definición de la Función Normativa, se debe tomar en cuenta que la Ley Marco de los Organismos Reguladores (precisada mediante Ley N° 27631), establece que OSITRAN puede emitir normas de carácter general y “*otras normas de carácter particular*” referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Al respecto, es necesario considerar que estas denominadas “***normas de carácter particular***”, **tienen propiamente la naturaleza de actos administrativos** que la Ley permite dictar a OSITRAN, los cuales producen efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de las empresas, usuarios y actividades bajo la competencia de OSITRAN.

4. En ese sentido, se debe considerar que la normativa regulatoria ha otorgado expresamente a OSITRAN, la facultad de emitir *Actos Administrativos*, que constituyen una manifestación de su poder público y que por tanto, conllevan fuerza vinculante por imperio del Derecho. En tal virtud, el acto adquiere su condición de “administrativo” no porque lo emite OSITRAN, sino porque éste lo emite en ejercicio de una potestad pública expresamente otorgada por el ordenamiento legal.

Tales actos administrativos, denominados por la normativa como “*normas de carácter particular*”, producen efectos jurídicos externos, concretos y de alcance individual, ya sea actuales o futuros, sobre los derechos, intereses u obligaciones de las Entidades Prestadoras - como LAP - sobre los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público, así como sobre las actividades económicas bajo la competencia de OSITRAN.

5. Además de estas funciones administrativas generales atribuidas por el ordenamiento legal a todos los Organismos Reguladores, OSITRAN cuenta determinadas funciones administrativas específicas, otorgadas en virtud a la Ley N° 26917 ⁵.

encuentren bajo su competencia, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto.

⁴ La Función Supervisora, es aquella que permite a OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSITRAN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisadas.

⁵ Tales como las siguientes: <<Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

- a) Administrar, fiscalizar y **supervisar los contratos de concesión** con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.
- b) **Operar el sistema tarifario** de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

6. Con relación a la función administrativa específica de “interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación económica”, asignada en virtud al Literal e) del Numeral 7.1. del Artículo 7º de la Ley N° 26917; se debe considerar que en el caso de las Entidades Prestadoras concesionarias (como es el caso de LAP), el título que otorga a dicha empresa el derecho de realizar sus actividades de explotación de la infraestructura aeroportuaria, es precisamente el contrato de concesión del AIJCH.

Asimismo, cuando OSITRAN ejerce la referida función administrativa conferida por el Literal e) del Numeral 7.1. del Artículo 7º de la Ley N° 26917; lo que hace es emitir **Actos Administrativos que tienen fuerza vinculante por imperio de la Ley.**

7. 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.

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 siendo 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. Naturalmente, al interpretar los contratos de concesión bajo su ámbito, OSITRAN no crea nuevas obligaciones o derechos, ni modifica obligaciones o derechos existentes, ni extingue derechos u obligaciones existentes en virtud al contrato de concesión. Lo que hace simplemente OSITRAN en tal caso, es acreditar la existencia de derechos, obligaciones o intereses existentes en el contrato de

i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.

ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.

iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.

(...)

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

concesión, a través de la emisión de actos administrativos declarativos con efectos vinculantes para las partes.

De acuerdo al Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 025-2005-CD-OSITRAN, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN interpretar los contratos de concesión cuando sea solicitado por las partes o de oficio.

9. Del mismo modo, la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores), han otorgado a OSITRAN *la Función Reguladora*, que permite al organismo fijar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito. Para tal efecto, debe cumplir con las condiciones y pre-requisitos de ejercicio funcional que establece el Literal b) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917.
10. La Función Reguladora permite al regulador hacer compatible la defensa del interés de los usuarios, con la posición de dominio en el mercado de la que gozan las Entidades Prestadoras.

En efecto, el régimen de control de precios que se instaura con el otorgamiento de la función administrativa reguladora a un ente de la administración pública, debe concretar un balance de los intereses de los usuarios, protegiéndolos de la explotación monopolística; y los intereses de los inversionistas, quienes tienen determinados derechos y obligaciones de acuerdo a los respectivos títulos habilitantes otorgados, y quienes van a estar menos interesados en la tarea del regulador de imponer un nivel de tarifas y cargos eficientes a sus empresas, cuando han perdido considerables sumas de dinero en inversiones irrecuperables.

11. La Ley N° 26917, establece determinadas condiciones para el ejercicio válido de la Función Reguladora. En ese sentido, es importante tomar en cuenta que OSITRAN no puede fijar tarifas en cualquier supuesto, sino solamente en aquellos casos en que la competencia no existe ni puede existir en el correspondiente mercado.

En efecto, *únicamente aquellos mercados donde no existe competencia*, ni puede existir porque se trata de un mercado donde existen barreras de acceso, importantes costos hundidos, en suma, *cuando se trata de mercados que no son disputables*; será posible ejercer válidamente la función reguladora y fijar una tarifa respectiva.

Del mismo modo, cuando exista una cláusula tarifaria en un contrato de concesión con el Estado, OSITRAN lo único que debe hacer es velar por el estricto cumplimiento de dicha cláusula tarifaria. Asimismo, cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, OSITRAN debe limitarse a velar por el libre funcionamiento del mercado, pues se debe recordar que el ejercicio de la función reguladora es subsidiario⁶.

⁶ En efecto, de acuerdo al Artículo 10° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM, OSITRAN está obligado a cumplir con el principio de “Subsidiariedad”:

“En el ejercicio de su función normativa y/o reguladora, la actuación del OSITRAN es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean

12. Con relación a los alcances de la Función Reguladora⁷, es necesario considerar que es en virtud al ejercicio de esta función, que compete a OSITRAN declarar procedente la fijación tarifaria solicitada por una Entidad Prestadora, en aquellos casos en que no haya competencia en el mercado (y éste no sea un mercado disputable); o por el contrario improcedente, en aquellos casos en que sí haya competencia en el mercado o ésta sea viable, o en los casos que determinada cláusula tarifaria no permita fijar una tarifa en un supuesto determinado.

▪ LA NATURALEZA DE LAS DECISIONES DE OSITRAN QUE LAP PRETENDE SOMETER AL MECANISMO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL AIJCH:

a) ***El Acto Administrativo mediante el cual el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó el contrato de concesión del AIJCH en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación y condiciones del cobro de la TUUA en el AIJCH:***

13. Mediante **Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN**, se determinó que de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del AIJCH, LAP no podía aplicar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia, pues éstos no tenían la disponibilidad de la integridad de servicios comprendidos en el conjunto de servicios del Apéndice N° 1 del Anexo N° 5 del contrato de concesión.

14. El Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN se aprobó con base a lo establecido en el Informe N° 017-04-GAL-GRE-OSITRAN, y señaló en su oportunidad lo siguiente:

<< 20. En consecuencia, es necesario tomar en cuenta que la pretensión de LAP⁸ supone una interpretación del alcance de lo establecido en el contrato de concesión respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA y respecto a las condiciones de aplicación de las Tarifas conforme lo establecido en la Cláusula Séptima del contrato; es decir, a quiénes establece el contrato de concesión que LAP puede cobrar la TUUA y en qué condiciones es que puede cobrar las tarifas por los servicios aeroportuarios que presta. En efecto, la pretensión de LAP asume una interpretación del ámbito

adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los USUARIOS. En caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladoras, se optará por no dictarlas. Entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que afecte menos a la autonomía privada.

En tal sentido la adopción de una disposición normativa y/o reguladora deberá sustentarse en existencia de monopolios u oligopolios, existencia de barreras legales o económicas significativas de acceso al mercado o niveles significativos de asimetría de información en el mercado correspondiente entre las ENTIDADES PRESTADORAS, de un lado, y los USUARIOS, en el otro.”

⁷ Al respecto, se debe considerar lo que establece el Artículo 29° del Reglamento General de OSITRAN:

<< Artículo 29.- Alcances de la Función Reguladora.

En ejercicio de la función reguladora el OSITRAN puede fijar tarifas, establecer sistemas tarifarios por la utilización de la INFRAESTRUCTURA y de los servicios que se encuentren bajo su competencia, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto.

En ejercicio de la función reguladora y para velar por la aplicación de los principios a los que aluden los Artículos 3, 4 y 5, las ENTIDADES PRESTADORAS someterán a la aprobación del OSITRAN, su política comercial.>>

⁸ De decidir unilateralmente el cobro de la TUUA a los “pasajeros internacionales en transferencia”.

subjetivo de aplicación de la TUUA y de las condiciones de aplicación de las tarifas que establece el propio contrato de concesión, que es precisamente lo que está en cuestión en el presente caso.

21. Por tanto, siendo que LAP sostiene que puede determinar unilateralmente el cobro de la TUUA a los “pasajeros en transferencia”, es necesario señalar que **la procedencia legal de dicho cobro, está condicionada al previo ejercicio de la función del Consejo Directivo de OSITRAN a que se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley de creación.**

22. En efecto, en virtud a dicha función, el Consejo Directivo es el competente para determinar la procedencia o no del cobro de la TUUA en los términos pretendidos por LAP, pues ello implica una interpretación de los alcances y sentido del contrato de concesión.>>

15. En atención a lo anterior, se debe tomar en cuenta que OSITRAN indicó expresamente a LAP que ante su pretensión unilateral de cobrar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia, era necesario que OSITRAN (como supervisor del cabal cumplimiento del contrato de concesión), ejerciera previamente la función administrativa que le confiere el *Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley Nº 26917*; es decir, se señaló a LAP expresamente que OSITRAN debía determinar (mediante un acto administrativo de interpretación del contrato de concesión), si la pretensión de LAP se ajustaba o no a lo establecido en el Contrato de Concesión y si por ende, dicha pretensión no constituía un incumplimiento de lo establecido en el Contrato de Concesión del AIJCH.
16. En otro orden de ideas, es necesario considerar que los recursos administrativos (como el recurso de Reconsideración presentado por LAP), son actos de impugnación o contestación de *actos administrativos* anteriores, basados en el derecho de contradicción administrativa; que se presenta ante un ente de la Administración Pública, con el fin de que éste determine si existe o no agravio contra el recurrente, y cuando corresponda, emita un nuevo acto administrativo.

Al respecto, el Acuerdo Nº 568-156-04-CD-OSITRAN, fue impugnado por LAP ante OSITRAN *mediante Recurso de Reconsideración, con base a lo establecido en el Artículo 206º y 208º de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)*. Dicho recurso fue ampliado por LAP mediante sendos escritos presentados ante OSITRAN. En ese sentido, es claro que LAP impugnó el acto administrativo de interpretación del contrato de concesión emitido por el Consejo Directivo de OSITRAN (mediante Acuerdo de Consejo Directivo Nº 568-156-04-CD-OSITRAN), *por la vía en que sólo se impugnan los actos administrativos.*

17. Finalmente, mediante **Acuerdo de Consejo Directivo Nº 622-164-05-CD-OSITRAN**, se aprobó por unanimidad el Informe Nº 014-05-GREGAL-OSITRAN, y se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP; confirmándose la interpretación contenida en el Acuerdo de Consejo Directivo Nº 568-156-04-CD-OSITRAN, que declaró que de acuerdo al contrato de concesión, LAP no estaba

facultada a cobrar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia.

18. En consecuencia, se debe tomar en cuenta que todas las interpretaciones del contrato de concesión del AIJCH, efectuadas por el Consejo Directivo de OSITRAN, tienen naturaleza de actos administrativos (como es el caso del Acuerdo N° 622-164-05-CD-OSITRAN), que tienen efectos vinculantes, por imperio de una función administrativa otorgada expresamente a OSITRAN, en virtud al Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917.

19. Al respecto, es importante tomar en cuenta que LAP ha reconocido a lo largo de todo el procedimiento administrativo de interpretación efectuado por el Consejo Directivo de OSITRAN, (en ejercicio de la función establecida en el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917); la naturaleza de acto administrativo, que tiene la interpretación efectuada por dicho órgano colegiado, al presentar el correspondiente recurso de Reconsideración, con base a lo establecido en el Artículo 206° y 208° de la LPAG.

b) ***La Resolución de Consejo Directivo que declara improcedente la solicitud de LAP para que se fije una tarifa para el servicio de transporte de pasajeros y tripulación mediante Buses en el AIJCH:***

20. LAP presentó ante OSITRAN una solicitud de fijación tarifaria para el servicio de buses para el transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH para el período 2005-2007.

Al respecto, es importante tomar en cuenta que en el “*Marco Legal General*” de dicha solicitud, LAP invocó La Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, así como el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado en virtud de la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD/OSITRAN.

21. En ese sentido, es claro que LAP presentó la mencionada solicitud ante OSITRAN *con el fin de que el organismo ejerza su Función Reguladora*, fijando la tarifa solicitada.

Asimismo, es importante considerar que la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas (que LAP invocó en la base legal de su solicitud), establece en el Literal 5 del Artículo 3°, que el procedimiento para determinar la regulación de las tarifas que establezca el Organismo Regulador, deberá comprender el recurso impugnativo que las Entidades Prestadoras y los Organismos Representativos de Usuarios, podrán interponer en contra de la resolución emitida por el Organismo Regulador, la cual se rige por las disposiciones establecidas por la Ley de Procedimiento Administrativo General para el recurso de Reconsideración.

22. El Acuerdo de Consejo Directivo N° 563-155-04-CD-OSITRAN, aprobó por unanimidad el Informe N° 067-04-GRE-OSITRAN, que concluye que la solicitud de fijación tarifaria de LAP para el servicio de buses en el AIJCH, es improcedente. En consecuencia, se emitió la Resolución

Nº 059-04-CD-OSITRAN, que declaró improcedente la solicitud de fijación de tarifa formulada por LAP, para el servicio de buses relativo al transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH.

23. En ese sentido, en ejercicio de su Función Reguladora, y velando por el cabal cumplimiento de las cláusulas tarifarias del contrato de concesión del AIJCH (*de conformidad con lo que establece el Literal b) del Numeral 7.1. de La Ley Nº 26917*); OSITRAN declaró improcedente la solicitud de LAP para que se fije la tarifa para el servicio de buses, dado que en cumplimiento de las cláusulas tarifarias de dicho contrato, se debe considerar que el costo del servicio de buses para pasajeros y tripulación en el AIJCH, ya está considerado en el pago de la TUUA.
24. Posteriormente, LAP presentó un Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución Nº 059-2004-CD/OSITRAN, el mismo que se declaró infundado mediante Resolución Nº 020-05-CD-OSITRAN.

En consecuencia, es necesario enfatizar el hecho que LAP invocó la función reguladora de OSITRAN en su solicitud de fijación tarifaria y que impugnó la Resolución Nº 059-04-CD-OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el Artículo 73º del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN y el Artículo 208º de la LPAG, norma que regula la presentación del recurso de reconsideración en contra de los *actos administrativos*.

25. En síntesis, en este segundo caso, LAP también ha reconocido a lo largo de todo el procedimiento administrativo de fijación tarifaria, la naturaleza de acto administrativo - *emitido en ejercicio de la función reguladora* – contenido en la Resolución Nº 059-04-CD-OSITRAN.

▪ LO QUE ESTABLECE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE:

26. La Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje, fue publicada en el Diario Oficial el 05 de enero de 1996.

Es una “Ley Aplicable”⁹ de obligatorio cumplimiento para LAP. Dicha ley establece lo siguiente:

<<Artículo 1º.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables **sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición**, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; **excepto:** (...)

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público. (...)>>

27. El precitado artículo de la Ley General de Arbitraje establece qué tipo de controversias puede ser sometidas al arbitraje, y define cuáles son

⁹ Definidas en el Numeral 1.28 de la Cláusula Primera del Contrato de concesión del AIJCH, del modo siguiente:

<<1.28 Leyes Aplicables” significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.>>

las excepciones a tal sometimiento. Al respecto, la Ley señala la necesidad de que se trate de controversias que versen sobre materias “sobre las cuales las partes tiene facultad de libre disposición”. Asimismo, **prohíbe someter al arbitraje las materias concernientes al *ius imperium* estatal.**

La necesidad de que la controversia que se someterá al arbitraje sea de *libre disposición de las partes*, así como la prohibición de someter al arbitraje las materias relativas al *ius imperium* estatal, se encontraban vigentes en la fecha de celebración del Contrato de Concesión del AIJCH y continúan vigentes en la actualidad, por lo que se trata de normas de obligatorio cumplimiento.

28. Tanto en el caso del acto administrativo de interpretación del contrato de concesión del AIJCH, con relación al ámbito subjetivo y condiciones de aplicación de la TUUA, como en el caso del acto administrativo que declara improcedente la solicitud de LAP para la fijación de una tarifa, para el servicio de buses relativo al transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH; **se trata de actos administrativos del Consejo Directivo de OSITRAN, emitidos en ejercicio de funciones administrativas** (supervisora y reguladora), **relativas al *ius imperium* estatal, otorgadas por el mérito de la Ley.**

En tal virtud, tanto en el primer caso como en el segundo, se trata claramente de materias relacionadas con el ejercicio de funciones administrativas de OSITRAN, en las que por naturaleza propia y tratándose de atribuciones que emanan directamente del *ius imperium* del Estado, propio del Derecho Público, las impugnaciones contra éstas deben tramitarse necesariamente en la vía contencioso-administrativa, y de ninguna manera en la vía arbitral.

Al respecto, conviene considerar que el Artículo 3º de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de tarifas, ya estableció *expresamente* que el recurso impugnatorio que las Entidades Prestadoras y los Organismos Representativos de Usuarios puedan interponer en contra de la resolución emitida por el Organismo Regulador, se regirá por las disposiciones establecidas por la Ley de Procedimiento Administrativo General para el recurso de Reconsideración.

29. Con relación a lo anterior, conviene tomar en cuenta que la jurisprudencia reiterada de la **Corte Suprema de la República**, actuando como corte de casación, ha señalado que desde la vigencia del Código Procesal Civil, **la única vía** para cuestionar los actos administrativos de la Administración Pública, es el proceso de impugnación en la vía contencioso administrativa¹⁰.

¹⁰ Así lo señalan las siguientes sentencias:

<< **Casación N° 485-96 LAMPBAYEQUE**

“**Segundo.-** Que, el citado Código en el sub-capítulo sexto, perteneciente al proceso abreviado regula la impugnación de acto o Resolución Administrativa, y en el artículo 540 señala que “La demanda contencioso – administrativa se interpone contra acto o resolución de la Administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia”. **Cuarto.-** Que, en el fondo, lo que se pretende es que se declare la invalidez o ineficacia de la citada Resolución Ministerial, para lo cual el Código Procesal acotado ha establecido en el artículo 486 y 540

30. Al respecto, es pertinente tomar en cuenta que en el caso de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2004-CD-OSITRAN, que declara infundado el recurso de Reconsideración presentado por LAP en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 392 – 127 – 03 – CD – OSITRAN (*que interpretó el Literal (i) del Numeral 1.26 del contrato de concesión del AIJCH*); **LAP impugnó dicho acto en la vía contencioso-administrativa**¹¹.

En ese sentido, resulta por decir lo menos extraño, que LAP pretenda ahora someter los actos administrativos de OSITRAN materia del presente informe, emitidos en ejercicio de funciones administrativas (tal como sucedió con la interpretación del Contrato de Concesión que ahora se ventila en el Poder Judicial); al mecanismo de negociación directa con el MTC y vía arbitral a que se refiere el Numeral 17.1 de la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión.

31. Asimismo, como se mencionó con anterioridad, la Ley General de Arbitraje tiene un requisito de cumplimiento previo, para efectos de someter determinada controversia al arbitraje, y es que se trate de materias sobre las cuales *“las partes”* tienen facultad de libre

y siguientes una vía procedimental propia, como es la impugnación de acto o resolución administrativa la misma que contiene requisitos para su admisibilidad, siendo uno de ellos el que se interponga dentro de los tres meses de notificada y publicada la resolución impugnada. **Quinto.-** Que, teniendo en cuenta la fecha de publicación de la Resolución Ministerial materia de la impugnación, y la fecha de la demanda, ha transcurrido más del tiempo previsto para interponer dicha demanda, **no pudiendo usarse otra vía procedibilidad con el objeto de evadir el cumplimiento de un requisito de procedibilidad establecido expresamente por ley**, aún cuando el otro proceso sea más amplio, (...)”

Casación N° 393-95 LIMA

“Tercero.- Que, efectivamente las actoras tenían que haber accionado en la vía contencioso administrativa, puesto que ellas mismas manifiestan que los actos que impugnan son administrativos, de acuerdo a ello, la controversia no correspondía ser conocida por un Juzgado Civil, sino por la Sala Laboral de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 037-90-TR; por lo que, en aplicación del artículo 35 del C.P.C, el mismo que establece que la incompetencia por razón de la materia se declara en cualquier estado del proceso e incluso de oficio; Declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas 236, en consecuencia **NULA** la sentencia”

Casación N° 2082-98-HUAURA

“**Primero.-** Que, a partir de la vigencia del Código Procesal, **la única vía de conseguir que se declare la invalidez o ineficacia de un acto o resolución de la administración es mediante la impugnación de acto o resolución administrativa**, que se encuentra regulada por los artículos 540 y 545 del Código Adjetivo. **Segundo.-** Que, el plazo de caducidad de la acción contenciosa administrativa es de tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producido el silencio administrativo de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 541 del C.P.C **Tercero.-** Que, en caso la demandante interpuso la correspondiente acción contenciosa administrativa, pero como lo hizo ante un juzgado incompetente se declaró improcedente la demanda. **Cuarto.-** Que, como se había producido la caducidad de la acción contenciosa administrativa, por el transcurso del tiempo, al haber interpuesto la demanda ante un juzgado incompetente, se pretende eludir el término de caducidad mediante la acción de nulidad del acto jurídico. **Quinto.-** Que, los actos administrativos tienen un plazo de caducidad breve como lo establece el C.P.C., porque una resolución administrativa no puede quedar en la incertidumbre legal de ser impugnada en un plazo largo, como lo sería el término de prescripción de 10 años para la nulidad de los actos jurídicos. **Sexto.-** Que, esto determina que la demanda de nulidad de acto jurídico resulte improcedente de acuerdo con lo establecido en los incisos 3° y 6° del artículo 427 del C.P.C.>>

¹¹ Actualmente dicho proceso contencioso administrativo está siendo tramitado en el Tercer Juzgado Especializado en lo Contenciosos Administrativo de la Corte Superior de Lima.

disposición. Al respecto, con el fin de desarrollar la noción de “*libre disposición de las Partes*”, conviene citar lo siguiente:

<<Este decisivo aspecto de la técnica arbitral ha de resolverse en base a uno de los principios que la fundamentan: **la libre disponibilidad**. En este sentido, el profesor TORNOS afirma que cuando se trate de actos administrativos unilaterales “difícilmente podrá admitirse que, en caso de oposición de un particular, pueda remitir la propia Administración la solución del conflicto a un tercero ajeno al orden jurisdiccional”, excluyéndose la técnica arbitral, por tanto, de toda actividad unilateral de la administración (...) En igual sentido se pronuncia TAYER, afirmando que (...) así no podrá “**nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre el ejercicio de potestades discrecionales en sus aspectos también reglados**”>>. ¹²

32. En el mismo sentido se pronuncia Alejandro HUERGO LORA:

<<Las materias no susceptibles de transacción están ligadas al orden público, a un interés muy intenso del ordenamiento jurídico en la aplicación de un determinado régimen normativo a una situación social concreta, interés estatal supraordenado a la voluntad de los sujetos afectados y a su interés de resolver de forma autónoma y rápida el conflicto que enfrenta. (...)

La transacción no es admisible en cuestiones relacionadas con el orden público, lo que incluye, por lo que respecta al Derecho Público, a las potestades administrativas o a la inalienabilidad de los bienes demaniales.”¹³

33. Más específicamente aún, se refiere al tema Iñigo Sanz Rubiales:

<<En definitiva, la Administración, para someterse al arbitraje administrativo, debe actuar en una materia donde no ejerza potestades (que son, *per se*, indisponibles). En estricto, incluso el ejercicio de poderes discrecionales tampoco puede ser calificado como de libre disposición, porque la Administración no disfruta de autonomía de la voluntad: en todo caso, está vinculada positivamente a la Ley. **Por tanto, la Administración no podría someterse al arbitraje si ejerce potestades públicas (aunque sea en vía contractual).**>>¹⁴

34. Pues bien, considerando lo anterior, se debe tomar en cuenta que de acuerdo al marco legal vigente y a lo establecido en el propio Contrato de Concesión del AIJCH, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no tiene en modo alguno “*libre disposición*” respecto a las decisiones de OSITRAN, pues éste es un ente **autónomo** que adopta sus decisiones **en ejercicio de funciones administrativas exclusivas otorgadas por Ley**. En ese sentido, el MTC no puede “negociar” con el Concesionario las decisiones del ente Regulador ni someterlas a la vía arbitral, pues sobre las decisiones de OSITRAN el

¹² Cita de “El Arbitraje Administrativo”, de MORENO, Juan Rosa, página 107, 108. Editorial McGraw-Hill, 1998. (El sub-rayado es nuestro).

¹³ Cita de “La Resolución extra-judicial de Conflictos en el Derecho Administrativo”, de HUEGO LORA, Alejandro, página 88, 89. Publicaciones del real Colegio de España, 2000.

¹⁴ Cita de “Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en el Derecho Peruano”, de SANZ RUBIALES, Iñigo, en el libro “Derecho Administrativo”, de varios autores, páginas 657, 658. Editores Jurista – Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2004. (El sub-rayado es nuestro).

Concesionario sólo puede impugnar en la vía contencioso-administrativa.

35. Asimismo, si bien es con el Estado Peruano que LAP ha celebrado el contrato de concesión del AIJCH, lo ha hecho **actuando a través del MTC y no de todos los órganos del Estado**. Por tanto, es el MTC quien representa al Estado en la relación contractual concesional, actuando como ente Concedente durante toda la vigencia del contrato de concesión.¹⁵

Al respecto, se debe considerar que el principio de unicidad del Estado tiene límites concretos, en este caso claramente relacionados a la autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera de OSITRAN establecida mediante Ley N° 26917. En consecuencia no es posible pretender someter las decisiones de OSITRAN al mecanismo de negociación directa y vía arbitral a que se refiere el Contrato de Concesión, arguyendo que se trata de un ente estatal.

- B. ¿Cuáles son las controversias a las que se puede aplicar el mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que contempla la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH?

▪ **ENTRE QUIENES PUEDE PRODUCIRSE LA CONTROVERSIA:**

36. El Numeral 1.37 de la Cláusula Primera y 17.1 de la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de concesión del AIJCH, establece lo siguiente:

<<17.1. Negociación. Cualquier **conflicto o controversia que surja entre las Partes** con relación a la interpretación, ejecución, cumplimiento o cualquier otro aspecto relacionado a la existencia, validez o nulidad del presente Contrato, será negociado directamente entre éstos o en forma asistida por OSITRAN dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario contado a partir de la notificación de la controversia hecha por escrito de una Parte a la otra o de la primera notificación de las Partes en caso de conciliación.>>

El Numeral 1.37 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, define a las “Partes” del modo siguiente:

<< 1.37. "**Partes**" significará **el Concedente y el Concesionario**.>>

37. De acuerdo a lo anterior, las “Partes” contratantes son LAP y el **Estado Peruano actuando a través del MTC**. En ese sentido, las controversias que se puede someter al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral, que contempla la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH; son aquellas que pueden producirse entre LAP y el MTC, cuando el MTC tenga libre disposición sobre la materia, es decir, cuando se trate de materias de orden estrictamente patrimonial¹⁶, actuando en tal caso el

¹⁵ Nótese que a diferencia de casos ocurridos en otros ámbitos (Contrato del Estado Peruano con Telefónica), el Organismo Regulador, en este caso OSITRAN, no ha intervenido en la suscripción del contrato de concesión del AIJCH y no es “Parte” en dicho contrato.

¹⁶ Al respecto, ver los ejemplos que se menciona en el numeral 47 del presente informe.

MTC, como contraparte del concesionario en la relación jurídica contractual.

Al respecto, es claro que dentro del ordenamiento legal vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión y dentro del ordenamiento legal actual, el Estado actúa a través de diferentes entes, con diferentes funciones y roles dentro del diseño institucional, cuyas decisiones pueden ser impugnadas por las empresas concesionarias naturalmente, pero a través de diferentes vías.

38. Ello es congruente con el hecho que el mismo Numeral 17.1 establece que la negociación entre las “Partes” (LAP y el MTC), puede darse directamente entre ellas o “*en forma asistida por OSITRAN*”, lo que prueba la independencia de OSITRAN, respecto a las “Partes” contratantes, según lo previsto en el propio contrato de concesión. Ello, sin perjuicio de considerar que se trata de un organismo que por Ley tiene personería jurídica de derecho público interno y que tiene autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.
39. Del mismo modo, como se ha señalado anteriormente es relevante el hecho que a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos de la regulación económica, el Organismo Regulador (OSITRAN), no ha suscrito el contrato de concesión.

▪ LO QUE PUEDE SER MATERIA DE CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES:

40. En este extremo, es necesario tomar en consideración la necesidad de concordar lo establecido en la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH, con lo establecido en la Ley General de Arbitraje, la misma que es una “Ley Aplicable” de obligatorio cumplimiento para LAP, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 1.28 del Contrato de Concesión. Dicha norma entró en vigencia mucho antes de que se suscribiera el Contrato de Concesión del AIJCH.

En ese sentido, se debe considerar que de conformidad con lo establecido en el Artículo 1º de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, debe tratarse de una controversia sobre la cual las “Partes” (LAP y el MTC), ***tiene facultad de libre disposición***.¹⁷

41. Asimismo, se debe considerar que el contrato de concesión del AIJCH, no solo está sometido a las normas de orden público de la Ley General de Arbitraje, sino también a las normas de orden público que contempla el TUO de concesiones, aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM y publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1996.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que el Artículo 17º del TUO establece lo siguiente:

<<Artículo 17.- Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los

¹⁷ Al respecto, conviene tomar en cuenta lo señalado en los numerales 34 a 38 del presente informe.

Artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado*. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.

El Estado podrá someter **las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones** a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado** **a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63**** de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior.>>

42. De acuerdo a lo anterior, las controversias entre LAP y el MTC que pueden someterse al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que establece la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión, deben ser aquellas de índole estrictamente patrimonial, sobre las cuales las “Partes” sí tienen facultad de libre disposición.

Adicionalmente, debe tratarse de controversias *que no estén comprendidas en las excepciones o prohibiciones de sometimiento a la vía arbitral que establece la Ley General de Arbitraje*. Para el caso que nos ocupa, no debe tratarse de materias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público. Es decir, no puede tratarse de materias concernientes al ejercicio de las atribuciones y funciones administrativas de OSITRAN, como son la función supervisora, en mérito de la cual la Ley le otorga la función de interpretar con carácter vinculante los contratos de concesión, ni de la función reguladora de organismo.

A manera de ejemplo, y simplemente con ánimo ilustrativo, se señalará algunas controversias que sí están comprendidas dentro de aquellas que puede someterse al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral, que establece la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión:

- a. Es el caso de la controversia que eventualmente podría producirse entre el MTC y LAP, con relación a la oportunidad en que se generó la responsabilidad por los daños ambientales producidos en el AIJCH, *antes o después* de la Fecha de Cierre.
 - b. Otro ejemplo de controversia (de índole patrimonial, de libre disposición de las “Partes”, no vinculada al ejercicio de funciones administrativas de imperio de entes de la Administración), que puede someterse al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral, es aquella que eventualmente se produciría entre LAP y el MTC por la adopción de las medidas de apoyo que el ente Concedente podría adoptar en apoyo del Concesionario, ante la ocurrencia de “Eventos de Fuerza Mayor”, de conformidad con lo establecido en el Numeral 13.3 del Contrato de Concesión.
43. Naturalmente, nada de lo anteriormente expuesto pretende postular que las empresas privadas concesionarias como LAP no puedan impugnar decisiones administrativas de OSITRAN que en su opinión le causan perjuicio, sino que la vía de impugnación que procede en tal

caso es la vía contencioso – administrativa, y no la vía de negociación directa con el MTC y la vía arbitral.

C. IMPLICANCIAS DEL ANALISIS EFECTUADO EN LOS ROLES Y FUNCIONES QUE SOSTIENEN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO:

44. Como se ha señalado anteriormente, uno de los pilares conceptuales del diseño institucional asociado a la infraestructura de transporte, es la existencia de una agencia reguladora, independiente del Ministerio correspondiente (MTC), con el fin de blindarla de una intervención política en la toma de sus decisiones, la misma que debe ser esencialmente técnica. Del mismo modo, el diseño institucional ha previsto condiciones específicas con el fin de que el organismo regulador pueda realizar sus funciones de manera independiente a los conflictos de interés privados presentes en las actividades reguladas.

Ello, se debe a que la regulación económica es una técnica de intervención del Estado en la economía, que supone una actividad invasiva en la actividad de los particulares, legitimada por la presencia de monopolios naturales, la misma que requiere contar con salvaguardas que garanticen una intervención económica de la Administración, técnicamente idónea e imparcial. En ese sentido, la Ley de creación de OSITRAN y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, sus normas complementarias y modificatorias, precisamente contienen diferentes mecanismos que afianzan la independencia de los organismos reguladores, entre ellos, OSITRAN; mecanismos con los cuales no cuentan otros entes de la Administración Pública.

45. Este diseño institucional, postula la absoluta independencia orgánica de las agencias reguladoras respecto de las directrices del Gobierno, con el fin de “despolitizar” la actividad de los reguladores. Lo que se pretende por tanto, no es privar al Gobierno de sus poderes, sino objetivarlos, neutralizarlos políticamente, evitar que éste caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos ajenos al servicio, sacrificando los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política.

En igual medida, también deben ser autónomos respecto del poder económico de las empresas que actúan en el sector y de los muchos intereses económicos que se ponen en juego. La independencia del regulador es la del árbitro que tiene que estar alejado por igual, tanto del interés a corto plazo de la empresa, como del político.

46. De éste modo, en materia de infraestructura de transportes de uso público, la normativa vigente y el propio contrato de concesión del AIJCH, sostienen un diseño institucional *que diferencia los roles y las funciones que desempeñan los diferentes actores públicos*. En éste escenario, compete a los organismos sectoriales, es decir, a los Ministerios, establecer las políticas sectoriales, planes nacionales de desarrollo de las actividades productivas y emitir la normativa técnica sectorial a su cargo. Así como comportarse frente al concesionario,

como su contraparte durante toda la vigencia de la relación jurídica concesional.

Del mismo modo, la actividad de regulación económica de los monopolios naturales vinculados a la infraestructura de transporte de uso público compete a la agencia reguladora independiente¹⁸, en éste caso a OSITRAN. Esa asignación diferenciada de competencias atiende al principio de especialidad y sostiene el marco normativo institucional instaurado por el Estado.

47. En consideración a lo anteriormente expuesto, se debe considerar que violar la normativa vigente, y extender ilegalmente la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH, con el fin de que LAP pueda “negociar” directamente con el MTC y eventualmente pretender llevar al arbitraje las decisiones administrativas de OSITRAN, constituirá una desintegración y una contravención al diseño institucional instaurado por la legislación vigente y por el propio contrato de concesión.
48. En ese sentido, somos de la opinión que la normativa vigente, el propio contrato de concesión y la conducta de LAP en casos similares a los que motiva el presente informe, señalan claramente que los actos administrativos de OSITRAN, expedidos en ejercicio de sus atribuciones y funciones administrativas relativas al *ius imperium* estatal, no pueden ser sometidas al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que contempla la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión¹⁹.

VI. CONCLUSIONES:

1. Tanto en el caso del acto administrativo de interpretación del contrato de concesión del AIJCH emitido por el consejo Directivo de OSITRAN, con relación al ámbito subjetivo y condiciones de aplicación de la TUUA, como en el caso del acto administrativo que declaró improcedente la solicitud de LAP para la fijación de una tarifa para el servicio de buses relativo al transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH, se trata de actos administrativos emitidos en ejercicio de funciones administrativas propias del *ius imperium* estatal, otorgadas a OSITRAN por el mérito de la Ley.

¹⁸ “El regulador en su función de crear un entorno en el que las empresas reguladas modifiquen su conducta en beneficio de los usuarios, garantizando al mismo tiempo la participación privada en el corto y en el largo plazo, debe gozar de independencia del poder político y de las empresas reguladas, para lo cual las agencias reguladoras deberían estar integradas por técnicos solventes, protegidos de ceses arbitrarios por parte del gobierno y con recursos propios; al mismo tiempo, el regulador deberá responder de sus decisiones y ser cesado en el caso que sus acciones se alejen de los objetivos para los cuales fue nombrado”

¹⁹ En consecuencia, en caso el ente Concedente y LAP aplicasen ilegalmente la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión, respecto al acto administrativo de interpretación del contrato de concesión del AIJCH (con relación al ámbito subjetivo y condiciones de aplicación de la TUUA) y al acto administrativo que declara improcedente la solicitud de LAP para la fijación de una tarifa (para el servicio de buses relativo al transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH); OSITRAN se vería en la necesidad de interponer las acciones judiciales correspondientes.

2. Las controversias entre las “Partes” contratantes (LAP y el MTC) que pueden someterse al mecanismo de negociación directa y solución de controversias por la vía arbitral que establece la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión, son aquellas de índole estrictamente patrimonial, sobre las cuales dichas “Partes” sí tienen facultad de libre disposición.

Por tanto, no pueden tratar de materias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, como lo es la función supervisora de OSITRAN, en ejercicio de la cual interpreta los contratos de concesión y la función reguladora de organismo.

3. En consecuencia, es claro que el acto administrativo de interpretación del contrato de concesión del AIJCH (con relación al ámbito subjetivo y condiciones de aplicación de la TUUA) y el acto administrativo que declara improcedente la solicitud de LAP para la fijación de una tarifa (para el servicio de buses relativo al transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH); no pueden someterse al mecanismo de negociación directa y solución de controversia por la vía arbitral que contempla la Cláusula Décimo Séptima del contrato de concesión del AIJCH porque:
 - i. No se trata de una “controversia” que se haya producido entre las “Partes” contratantes.
 - ii. Al tratarse de actos administrativos del Consejo Directivo de OSITRAN, emitidos en ejercicio de funciones administrativas de imperio estatal otorgadas por el mérito de la Ley, no se trata de “controversias” de “libre disposición” de las “Partes” (LAP y MTC).
 - iii. Tratándose del ejercicio de funciones relativas al *ius imperium* estatal, no se trata de controversias de índole y naturaleza “patrimonial”, aunque tales decisiones puedan eventualmente, tener en determinados casos repercusiones económico-patrimoniales.

En ambos casos se trata de del ejercicio de funciones relativas al *ius imperium* estatal, por lo que su impugnación sólo procede en la vía contencioso - administrativa.

VII. RECOMENDACIONES:

Someter el presente informe a consideración y aprobación del Consejo Directivo, con el fin de trasladar la opinión institucional al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

PBD/gsg
REG-SAL-GAL-05-4522
MP: 4445