

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 015-2009-CD-OSITRAN

Lima, 20 de mayo de 2009

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

El Informe Nº 017-09-GRE-GAL-OSITRAN; el Recurso de Reconsideración presentado el 06 de marzo de 2009 y ampliado el 16 de marzo de 2009 por la concesionaria Lima Airport Partners contra el Acuerdo 1144-301-09-CD-OSITRAN del 29 de enero de 2009;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Carta Nº LAP-GCCO-C-2008-00008 del 15 de enero de 2008 y recibida por OSITRAN el 18 de enero de 2008, Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante LAP) remitió una solicitud de interpretación del Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión del AIJCH, en el sentido de considerar como mejoras la obras ejecutadas por terceros.
2. Mediante Oficio Nº 261-08-GS-OSITRAN del 04 de febrero de 2008 y recibido por el Consorcio TYPASA-OIST el 06 de febrero de 2008, la Gerencia de Supervisión solicitó que el Consorcio Supervisor emita opinión sobre la solicitud aludida en el punto anterior.
3. Mediante Carta Nº AIJC-SUP-385-2008/TYO-OSI del 22 de febrero de 2008 y recibida por OSITRAN en la misma fecha, el Supervisor remitió el Informe Especial Nº 039, conteniendo su opinión técnica respecto a la solicitud planteada por LAP¹.

¹ En dicho Informe, el Supervisor considera que la expresión “a cuenta y costo del Concesionario” contenida en el Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión del AIJCH se refiere a que “(...) el Concesionario es el responsable de todo lo concerniente a la ejecución de la Mejora (planificación, programación, diseño, financiamiento, contrataciones, adquisiciones, cumplimiento de los requerimientos técnicos, etc.), sin que esto signifique que los costos derivados de estas actividades deban ser necesariamente cubiertos con su propio capital”; interpretación que considera además que es consistente con lo establecido en el Numeral 2.1 de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión.

4. Mediante Carta LAP-GCCO-C-2008-00147 del 04 de setiembre de 2008 y recibida por OSITRAN en la misma fecha, LAP reiteró la solicitud efectuada mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2008-00008.
5. Mediante Informe N° 001-09-GRE-GAL-OSITRAN del 26 de enero de 2009, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Jurídica recomendaron desestimar la solicitud presentada por LAP, y que el vacío contractual identificado fuera canalizado por la empresa Concesionaria a través de una solicitud de modificación del Contrato de Concesión, de conformidad con lo previsto en los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de los Contratos de Concesión", aprobados mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.
6. Mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009 y notificado el 13 de febrero de 2009 a LAP y al Concedente mediante Oficio Circular N° 020-09-SCD-OSITRAN, se aprobó el Informe N° 001-09-GRE-GAL-OSITRAN, desestimando en consecuencia la solicitud de interpretación presentada por LAP, toda vez que la regulación del tratamiento de la construcción de obras o adquisición de bienes y sus consecuencias no pueden ser resueltas mediante una interpretación contractual, dejando a salvo su derecho para canalizar la solicitud como una Modificación de Contrato de Concesión.
7. Mediante escrito S/N del 05 de marzo de 2009 y recibido por OSITRAN el 06 de marzo de 2009, LAP, al amparo de los artículos 206° y 208° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG)² interpuso Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN, en el extremo que desestima la solicitud de interpretación del Numeral 1.31. de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, y que señala que la regulación del tratamiento de la construcción de obras o adquisición de bienes y sus consecuencias no pueden ser resueltas mediante una interpretación contractual.

² "Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma."

"Artículo 208.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación."

8. Mediante escrito S/N del 16 de marzo de 2009 y recibido por OSITRAN en la misma fecha, LAP amplió los fundamentos vertidos en el Recurso de Reconsideración.
9. Durante la Sesión de Consejo Directivo N° 314-2009-CD del 30 de abril del año 2009, representantes de LAP, sustentaron oralmente su posición respecto al Recurso de Reconsideración presentado contra el Acuerdo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN.
10. La administración ha evaluado los nuevos argumentos expuestos por LAP en la sesión de Consejo Directivo N° 314-2009-CD, los mismos que han sido incorporados en el Informe N° 017-09-GRE-GAL-OSITRAN que sirve de base para la emisión de la presente Resolución;

II. OBJETIVO

11. Evaluar la admisibilidad y procedencia del Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP contra el Acuerdo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN.

III. PRETENSIONES DEL CONCESIONARIO

12. LAP sostiene *“que las inversiones de terceros deben calificar como Mejoras, en virtud de su naturaleza y su definición, sin que para ello sea relevante si las mismas fueron ejecutadas por terceros o no, ya que (...) este no es un aspecto considerado como parte de la definición desarrollada en el Contrato de Concesión.”*. En el mismo sentido, el Concesionario precisa que *“las mejoras que sean ejecutadas directamente por (LAP) o a través de un tercero, deben ser consideradas como tales por sus propias características y naturaleza, independientemente de la regulación que posea cada una.”* En mérito de los argumentos planteados, LAP pretende que el Regulador *“reconozca que las mejoras sí pueden ser ejecutadas a través de un tercero, pues no existen ninguna norma o estipulación –ni en la legislación vigente ni en el Contrato de Concesión- que lo prohíba.”*

IV. ANALISIS

13. En esta parte de la Resolución, se procederá a evaluar los argumentos formulados por LAP, en atención a los documentos descritos en los antecedentes. Para tal fin, se ha estructurado el presente informe de la siguiente manera:

IV.1. FACULTAD DE INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO

IV.2. ACTO ADMINISTRATIVO, FACULTAD DE CONTRADICCIÓN Y RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

IV.3. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

IV.4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

IV.5. ANÁLISIS ECONÓMICO-LEGAL DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

IV.1. FACULTAD DE INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO

14. OSITRAN como organismo regulador está facultado, a través de este Consejo Directivo, para interpretar las disposiciones contenidas en los contratos de concesión, así como resolver las discrepancias que se origine en virtud de la interpretación efectuada.
15. En efecto, el 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 (en adelante Ley de creación de OSITRAN), dispone que:

“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.”

[El subrayado es nuestro]

16. El literal d) del Artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante REGO), precisa que la aludida facultad de interpretación es de competencia de este Consejo Directivo:

“Artículo 53.- Funciones

(...)

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.”

[El subrayado es nuestro]

17. De manera similar, el artículo 31° del REGO dispone que la solución de discrepancias en materia de interpretación también es de competencia de este Consejo Directivo:

“Artículo 31.- Discrepancias sobre la interpretación.

En caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que OSITRAN realice de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la ENTIDAD PRESTADORA correspondiente, se podrá cuestionar dicha interpretación ante el Consejo Directivo. Por esta vía no es posible cuestionar el contenido mismo de la regulación y/o disposición normativa, sino sólo su aplicación o interpretación.”

[El subrayado es nuestro]

18. Siguiendo la misma línea, los “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión” aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, puntualizan el sentido de la interpretación :

“6.1. Interpretaciones

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).

*La 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.*

*Pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: **el Concesionario**, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.”*

[El subrayado es nuestro]

19. Por su parte, el propio Contrato de Concesión, en su Numeral 24.12 de la Cláusula 24, establece las reglas de interpretación del mismo:

“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:

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

[El subrayado es nuestro]

20. Por su propia naturaleza, el Contrato de Concesión también se encuentra sujeto a los principios y criterios previstos en el Código Civil, lineamientos a los que OSITRAN acude para ejercer su facultad de interpretación de los Contratos de Concesión bajo su ámbito.

21. En efecto, en principio tenemos la interpretación objetiva prevista en el artículo 168° del Código Civil que dispone:

“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.”

[El subrayado es nuestro]

Este dispositivo legal que debe ser concordado con lo prescrito en el Artículo 1362° del propio Código Civil que dispone:

“Artículo 1362.- Buena Fe

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

[El subrayado es nuestro]

22. Finalmente, cabe precisar que la buena fe como principio de interpretación tiene íntima vinculación con la presunción que para materia contractual se encuentra recogida en el artículo 1361° del mismo Cuerpo Normativo, el cual prescribe:

“Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”

[El subrayado es nuestro]

23. Respecto a **la interpretación objetiva** (Artículo 168° del Código Civil), cabe precisar que el punto de partida para este tipo de interpretación es el texto mismo del Contrato, resultando que lo manifestado o declarado en el Contrato es lo que determina el sentido y contenido del acto interpretativo. El texto literal se caracteriza por: (i) ser el punto de partida del proceso interpretativo; y, (ii) enmarcar la interpretación dentro de los parámetros de lo dicho en el contrato. En efecto, en materia contractual la presunción consiste en que lo expresado es lo que las partes efectivamente quisieron manifestar (Artículo 1361° del Código Civil); en caso contrario, la falta de coincidencia entre lo expresado y lo querido deberá ser probado por quien lo invoque. En este sentido, ninguna interpretación puede contradecir el texto expreso y claro del Contrato. Sólo en el caso debidamente probado en que la declaración resultase una expresión inadecuada de lo que se quiso manifestar, se permitirá abrir paso a la utilización de otros criterios interpretativos para identificar la real intención de las partes y el sentido jurídicamente relevante del acto celebrado por las mismas.
24. **La buena fe objetiva como principio interpretativo** (Artículo 168° y 1362° del Código Civil) importa una regla de comportamiento que se expresa como deber de lealtad, lo cual implica que la interpretación no conduzca a resultados extraños o forzados, debiendo darse al texto el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso, dentro del marco legal aplicable. Por ello, el contrato debe ser interpretado de buena fe, es decir, asumiendo que la intención de las partes es *colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen*. En este sentido, una interpretación que conduzca a concluir que una engañe a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Tampoco es objetivo de esta interpretación descubrir qué quiso cada parte en su fuero interno, sino qué quisieron en común. En este contexto, por el *“principio de conservación del acto jurídico”* **debe entenderse las cláusulas contractuales de tal manera que tengan efectos. Una interpretación según la cual una cláusula no puede ser aplicada porque no tiene ningún efecto debe descartarse**^{3 4}.

³ Walter Gutiérrez Camacho comentando el artículo 168° del Código Civil señala que *“nuestro Código ha definido una posición que no admite vacilaciones, señalando que lo manifestado es (...) lo que determina el sentido y contenido del acto. Así las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado. La referencia que el artículo 168° hace al principio de la buena fe no hace sino reforzar el criterio objetivista adoptado por el Código.”* El mismo autor señala que *“ninguna interpretación podrá hacerse divorciada del contexto legal. En este sentido, necesariamente se debe interpretar lo declarado por las partes y lo que las normas prevén para ello. Lo mismo que las partes al tiempo de celebrar sus contratos no pueden huir del contexto legal imperativo, el intérprete no puede quedarse solo con lo querido por las partes sin o que debe compatibilizar tal declaración con lo que el orden jurídico regula para ellas. En este sentido los efectos del acto jurídico se logran no solo por lo querido y manifestado por el otorgante sino por lo previsto por la norma para dicho acto jurídico (GHESTIN). Por ello, cuando se interpreta un acto se interpreta también la norma que regula al mismo. Por lo demás, no es exagerado afirmar que en cierto modo toda norma legal es una norma interpretativa aunque no un criterio interpretativo.”* En *Código Civil Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 551-552.

⁴ En relación a la buena fe en la fase de ejecución de los contratos, cabe precisar que ésta a criterio de la doctrina tiene por objeto que *“los efectos del negocio se adecuen al ambiente normativo, de manera que se intenta evitar que la*

25. Por otra parte, se tiene la interpretación sistemática prevista en el artículo 169° del Código Civil que señala:

“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.”

[El subrayado es nuestro]

26. **La interpretación sistemática** (Artículo 169° del Código Civil) supone entender el contrato como una unidad y comprender que las cláusulas se interrelacionan entre sí y que en conjunto determinan la funcionalidad sistémica del contrato como un todo. Por ello se busca que la labor del intérprete considere que **la interpretación de una cláusula contractual debe tener en cuenta que ésta se encuentra relacionada con otras con las cuales, como conjunto, conforma un todo que debe ser consistente.** Así, de darse varias interpretaciones posibles, **el intérprete debe preferir aquella interpretación que dé consistencia al todo, descartando las situaciones específicas que resulten incoherentes con la totalidad contrato.** En nuestro caso, el Contrato de Concesión incluye como parte del contrato, además de sus cláusulas específicas, a documentos como las bases, las circulares, la absolución de consultas, los términos de referencia o anexos técnicos, todos los que deben seguir este principio de interpretación sistemática.
27. Finalmente, tenemos la interpretación integral, finalista o causalista regulada en el artículo 170° del Código Civil que dispone:

Artículo 170.- Interpretación integral

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

28. **La interpretación finalista** (Artículo 170° del Código Civil) obliga al intérprete a que la interpretación a que se llegue sea siempre la más adecuada a la naturaleza y fines del contrato, tomando en consideración las circunstancias anteriores, concomitantes y sucesivas dentro de las cuales se celebró el contrato. Para este efecto, son relevantes preguntas como ¿Cuál es la finalidad de esta disposición? Si se interpreta la cláusula en cuestión de esta forma o en este sentido ¿Cumplirá ésta su finalidad? ¿Cómo se ajusta la interpretación al objetivo que perseguían las partes al celebrar el contrato?.

inexistencia de normas legales o de usos en sentido normativo, lleven a conclusiones injustas y reprochables por la conciencia jurídica.” Cfr. Código Civil Comentado. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, p. 109.

29. Cabe precisar que el Análisis Económico-Legal de las Mejoras que se efectúe más adelante, se hará sobre la base de los criterios interpretativos anotados en la presente sección.

IV.2. ACTO ADMINISTRATIVO, FACULTAD DE CONTRADICCIÓN Y RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

30. Conforme al Artículo 1º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), el acto administrativo se define como aquellas “(...) 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.”
31. Como se desprende de lo dispuesto en el marco regulatorio de OSITRAN y de lo establecido en el Contrato de Concesión, OSITRAN a través de este Consejo Directivo es la entidad competente para interpretar las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión del AIJCH (Numeral 7.1 del Artículo 7º 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 Aéreo⁵ y Literal “d”) del Artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM – REGO⁶), así como para resolver las discrepancias que se origine en virtud de la interpretación efectuada (Artículo 31º del REGO⁷).
32. En ese orden de ideas, debe considerarse que el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009 (que aprobó el Informe N° 001-09-GRE-GAL-OSITRAN, desestimando la solicitud de interpretación presentada por LAP y que deja a salvo su derecho para canalizar dicha solicitud como una Modificación de Contrato de Concesión),

⁵ “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.**”

[El subrayado es nuestro]

⁶ “Artículo 53.- Funciones

(...)
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.”

[El subrayado es nuestro]

⁷ “Artículo 31.- Discrepancias sobre la interpretación.

En caso de surgir **una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que OSITRAN realice de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la ENTIDAD PRESTADORA correspondiente, se podrá cuestionar dicha interpretación ante el Consejo Directivo. Por esta vía no es posible cuestionar el contenido mismo de la regulación y/o disposición normativa, sino sólo su aplicación o interpretación.**”

[El subrayado es nuestro]

constituye un acto administrativo, en concordancia con lo prescrito por el Artículo 1º de la LPAG, puesto que produce efectos jurídicos sobre los intereses de LAP como Concesionaria del AIJCH, al desestimarle la solicitud de interpretación presentada.

33. Los recursos contra los actos administrativos se encuentran regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En efecto, el Numeral 206.1 del Artículo 206º de la LPAG establece la **facultad de contradicción** frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, la misma que procede a través de los recursos administrativos de reconsideración, apelación y revisión señalados en el Numeral 207.1. del Artículo 207º del mismo Cuerpo Normativo.
34. El Artículo 208º de la LPAG prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del **Recurso de Reconsideración** el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
35. En relación al Recurso de Reconsideración, Juan Carlos Morón Urbina señala que *“El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, (...). Presume que si la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar el sentido para evitar el control posterior del superior”*⁸.
36. Como requisito de admisibilidad, el Artículo 211º de la LPAG, señala que todo Recurso Administrativo, y por consiguiente el Recurso de Reconsideración en particular, debe señalar el acto que se recurre y cumplir además con los requisitos recogidos en el Artículo 113º del mismo Cuerpo Normativo, debiendo además el mismo ser autorizado por letrado.
37. Por otra parte, y también como un elemento a considerar como requisito de admisibilidad, el Numeral 207.2 del Artículo 207º de la LPAG, en concordancia con lo dispuesto en el Numeral 133.1 del Artículo 133º del mismo Cuerpo Normativo, señala que todo recurso, incluyendo el de Reconsideración, debe ser interpuesto dentro del plazo de 15 días perentorios, vale decir, dentro de los 15 días hábiles de haberse notificado el acto que es objeto de impugnación.

⁸ Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina, en la obra “Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, al referirse al artículo 207º- Recursos administrativos de la Ley Nro. 27444, afirma que “Resulta consustancial a la naturaleza del recurso que sea planteado por el administrado (...) por cuanto para contradecir es necesario sustentar que la decisión ocasiona un agravio al interesado.”

38. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas, los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
- a. Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - b. Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
 - c. Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días perentorios, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - d. Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
 - e. Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el Artículo 113° de la LPAG y sea autorizado por letrado.
39. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa Concesionaria contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009:
- a. El Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009, que aprobó el Informe N° 001-09-GRE-GAL-OSITRAN, desestimando la solicitud de interpretación presentada por LAP y que deja a salvo su derecho para canalizar dicha solicitud como una Modificación de Contrato de Concesión, fue emitida por el Consejo Directivo, quien ejerce de manera exclusiva la función interpretativa del organismo. En consecuencia, contra dicho Acuerdo sólo procede interponer Recurso de Reconsideración, sin necesidad de nueva prueba, conforme fue cumplido por LAP. En consecuencia, el primer y segundo requisitos se han cumplido en la interposición del Recurso de Reconsideración.
 - b. LAP fue notificado el 13 de febrero de 2009 con el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN, por lo que su plazo para la interposición del Recurso de Reconsideración venció el 06 de marzo de 2009. Como se señaló en la Sección Antecedentes, el Recurso de Reconsideración interpuesto contra el aludido Acuerdo fue presentado el mismo 06 de marzo de 2009, por lo que el Concesionario cumplió con el tercer requisito establecido por la Ley.
 - c. Con el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009, se desestima la solicitud de interpretación presentada por LAP, en el sentido de considerar mejoras las inversiones efectuadas por terceros. En ese orden de ideas, la Empresa Concesionaria tiene legítimo interés en la materia desestimada por el acto administrativo impugnado y por tanto, también tiene el derecho de interponer recurso de reconsideración en contra de este último.
 - d. El recurso de reconsideración interpuesto por LAP consigna los requisitos de forma previstos en el Artículo 113° de la LPAG. Del mismo

modo, el recurso ha sido autorizado por abogado colegiado, precisándose que en el escrito de LAP quien suscribió como apoderada, también ostenta la calidad de abogada colegiada, hábil en el ejercicio de la profesión.

40. En conclusión, el Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

IV.3. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

41. El Artículo 218° de la LPAG⁹ precisa los supuestos respecto a cuándo se genera el agotamiento de la vía administrativa, estableciendo que la Resolución que se expida y sobre la cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa, agota esta última. Así, de considerarlo pertinente, el administrado puede hacer valer su derecho a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses de notificada la respectiva Resolución, conforme lo dispone el Numeral 1 del Artículo 19 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.
42. En efecto, la clausura del debate en sede administrativa es producida cuando el procedimiento ha llegado a conocimiento del funcionario superior con competencia para decidir respecto de la causa, y se ha satisfecho la necesidad procesal de permitir a la Administración Pública revisar sus actos. En ese caso, el administrado se encuentra en condiciones de transferir el debate al fuero judicial en donde emplazará a la Administración Pública.
43. Como se señala anteriormente, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009 fue impugnado a través de la interposición del correspondiente Recurso de Reconsideración presentado por LAP el 06 de marzo de 2009. Por ello, el pronunciamiento por parte de OSITRAN en respuesta al referido recurso de reconsideración dará por

⁹ "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**
(...)"

agotada la vía administrativa sobre la interpretación contractual del reconocimiento de mejoras de terceros.

IV.4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Definición de Mejoras

44. En su escrito de Reconsideración, LAP presenta su posición con relación a los alcances de la definición de “Mejoras”, contenida el Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión¹⁰, requiriendo a OSITRAN un pronunciamiento respecto de la interpretación planteada.
45. En el referido escrito, LAP sostiene que de conformidad con lo señalado en el Informe N° 001-09-GRE-GAL-OSITRAN, para efectos de calificar la adquisición y construcción de bienes muebles e inmuebles como “mejoras” son relevantes los siguientes aspectos:
 - a. La constitución de bienes muebles e inmuebles, así como el producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión que permitan optimizar la infraestructura aeroportuaria y la calidad de los servicios (aeroportuarios y de aeronavegación) a cargo del Concesionario.
 - b. La adquisición y construcción de los bienes muebles e inmuebles, así como el producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión debe ser a cuenta y costo del Concesionario.
46. Sobre el particular, LAP sostiene que *“la primera característica se satisface respecto de las obras ejecutadas por terceros, en la medida que las mismas constituyen la realización de la construcción o la mejora respecto de bienes de la concesión, para lo cual resulta indistinto quien es el ejecutor de la misma. En otras palabras, es irrelevante si es que dichos actos los ejecuta el propio concesionario o a través de un tercero.”*
47. Por su parte, en cuanto a la segunda característica, LAP señala que la estipulación *a cuenta y costo del concesionario* “se refiere a que es el Concesionario quien asume toda la responsabilidad y la obligación por la ejecución de las mejoras. Esto se puede realizar de manera directa o indirecta, siempre que - en cualquier caso- se garantice el cumplimiento de los estándares y requisitos exigidos en el Contrato de Concesión así como el procedimiento posterior a su construcción o adquisición. En ese sentido, lo importante para estos efectos es que -bajo ningún supuesto- será el

¹⁰“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.”

[El subrayado es nuestro]

Concedente quien construya o adquiera dichas mejoras, por ser las mismas una obligación del Concesionario”.

Tercerización de Mejoras

48. Según la interpretación propuesta por LAP, dentro del marco establecido en el Contrato de Concesión, no existiría impedimento *“para que las actividades relacionadas a su adquisición o construcción sean encargadas o tercerizadas por el Concesionario.”*, lo cual sería concordante con lo establecido en el Numeral 2.1 de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión¹¹.
49. A criterio de LAP, *“surgiría una contradicción sobre el hecho de que OSITRAN ha supervisado y aprobado la ejecución de obras derivadas de algunos contratos suscritos entre LAP y terceros para la ejecución de mejoras; y el posterior pronunciamiento de OSITRAN en el sentido que dichas inversiones no pueden ser reconocidas como Mejoras por el mismo organismo, debido que fueron ejecutadas por terceros.”*

Reconocimiento de Mejoras

50. LAP sostiene que en mérito del Numeral 5.7.1 del Contrato de Concesión¹² se desprenden 2 obligaciones:
- i. Que las Mejoras deben estar inscritas a nombre del Concedente o de quien éste designe dentro del plazo de tres (3) meses de culminada.
 - ii. Que debe mantenerse una cuenta de activos intangibles de duración limitada derivados del derecho de uso sobre los activos transferidos al Concedente.
51. LAP afirma que respecto del cumplimiento de la primera de las obligaciones, *“resulta indistinto si las Mejoras fueron ejecutadas directamente por el Concesionario o a través de terceros. Así (...) una vez inscritas las Mejoras a nombre del Concedente conforme a las condiciones del Contrato de Concesión, se cumpliría con la naturaleza del contrato BOT (“Build, Operate and Transfer”) al cual corresponde el modelo de concesión del AIJCH.”*

¹¹ *“2.1 Otorgamiento de la Concesión. El Concedente por el presente Contrato otorga al Concesionario, con sujeción a lo dispuesto en sus estipulaciones, 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 de la operación del Aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en Concesión), de la asignación de slots para aterrizaje y despegue, de la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3 del presente Contrato, del diseño y construcción de las Mejoras, y de la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos, durante la Vigencia de la Concesión.”*
[El subrayado es nuestro]

¹² *“5.7.1. Las Mejoras referidas a bienes inmuebles, deberán estar inscritas, en el Registro de la Propiedad Inmueble respectivo, a nombre del Concedente o de quien éste designe, dentro del plazo de tres (3) meses de culminada su construcción o ejecución. En este caso el Concesionario deberá mantener una cuenta de activos intangibles de duración limitada derivados del derecho de uso sobre los activos transferidos al Concedente que amortizará conforme a lo estipulado en el cuarto párrafo del Artículo 22 del TUO, modificado por Ley N° 27156.”*

52. En cuanto a la segunda de las obligaciones que se desprende del referido Numeral 5.7.1, cuando OSITRAN afirma que no es posible que LAP mantenga una cuenta de activos de duración determinada en caso la mejora sea realizada mediante un tercero¹³, el Concesionario considera que puede presentar “a OSITRAN dicha información como parte de la documentación remitida en virtud de lo dispuesto en el Numeral 5.11 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión”, con lo cual “OSITRAN podría –bajo determinados supuestos- tener acceso a información respecto de las inversiones en Mejoras y su valor neto, aún cuando las mismas hayan sido ejecutadas por terceros, sin que para ello sea necesario e indispensable que éstas figuren en una cuenta especial de intangibles a nombre de LAP.”
53. En este mismo sentido, LAP en su escrito de Ampliación del Recurso de Reconsideración sostiene “que el Numeral 5.7.1. de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, no debe ser interpretado de manera literal, sino en función de los objetivos que persigue, los cuales son los siguientes:
- i. Que el concesionario identifique y mantenga un control adecuado sobre las Mejoras sobre Bienes Inmuebles realizadas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH).
 - ii. Establecer los mecanismos mediante los cuales amortiza dicha inversión sobre Bienes Inmuebles para fines tributarios.
 - iii. Que dicha información sea puesta a disposición de OSITRAN, cuando dicho organismo lo requiera.
- (...)
- En conclusión, además de lo señalado en nuestro Recurso de Reconsideración (...) estimamos que la obligación de mantener una cuenta de activos intangibles contenida en el Numeral 5.7.1. de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión no debe ser exigida en caso de inversiones en el AIJCH ejecutadas por parte de terceros”.*
54. Adicionalmente, en su escrito de Ampliación del Recurso de Reconsideración, LAP afirma que en su calidad de entidad del sector privado, se encuentra comprendida dentro de los alcances del Numeral 16.3. del Artículo 16° de la Ley N° 28708, Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad¹⁴. Por ello LAP afirma que:

“En ese sentido, si bien es cierto que actualmente nuestra representada registra las inversiones que realiza respecto de Bienes Inmuebles de la

¹³ Con dicha cuenta LAP puede activar las inversiones intangibles realizadas en inmuebles y deducir periódicamente la amortización correspondiente, quedando el valor neto, lo cual no sólo permite un control de las inversiones en Mejoras, sino que en caso de caducidad por iniciativa del Concedente permitirá a este último abonar a LAP el Valor Neto de las Mejoras.

¹⁴ Ley 28708, Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad

“Artículo 16°.- El Registro Contable

16.3. Las entidades del sector privado efectuarán el registro contable de sus transacciones con sujeción a las normas y procedimientos dictados y aprobados por el Consejo Normativo de Contabilidad.”

Concesión en la cuenta “intangibles”, así como que -para efectos tributarios- las amortiza según lo establecido en el Contrato de Concesión, todo esto es realizado de esta manera debido a que el registro en esta cuenta es coincidente con el tratamiento requerido bajo las normas contables vigentes aprobadas por el Concejo Normativo de Contabilidad.

En consecuencia, podría darse el caso que las normas contables seas modificadas y requieran un tratamiento contable diferente a lo señalado en el Contrato de Concesión. Ante esta situación nuestra representada se vería obligada a cambiar el tratamiento dado actualmente a las Mejoras respecto de Bienes Inmuebles, debido a estar obligada a aplicar las normas contables vigentes: ello sin perjuicio de mantener –al mismo tiempo-un control adecuado sobre estas Mejoras y de presentar los informes especiales que OSITRAN pudiera disponer respecto de dichas Mejoras y de presentar los informes especiales que OSITRAN pudiera disponer respecto de dichas Mejoras, así como de su amortización, en cumplimiento de lo establecido en el Contrato de Concesión.

(...)

Por lo expuesto, consideramos que el mencionado numeral no debe ser entendido como una obligación que regule la manera en que las inversiones en Bienes Inmuebles deben ser registradas y amortizadas contablemente, ya que ello compete a las normas que emite el Consejo Normativo de Contabilidad”

55. Del mismo modo, LAP en su sustento oral efectuado durante la Sesión de Consejo Directivo N° 314-2009-CD del 30 de abril del año 2009, y conforme se aprecia en su respectiva presentación, LAP recalcó que la Cláusula 5.7.1.:

“requiere que LAP amortice las Mejoras según lo estipulado por el cuarto párrafo del artículo 22° del TUO (D.S. 059-96-PCM), el mismo que fuera modificado mediante Ley N° 27156.

*Dicha norma tiene por objeto promover la inversión privada en obras de infraestructura pública y/o servicios públicos así como regular su explotación con el objeto de otorgar concesiones. Asimismo, el artículo 22° señalado anteriormente, se encuentra comprendido dentro del capítulo III referido al **Régimen Tributario**.*

***Conclusión:** En consecuencia, la lectura de la mencionada cláusula debe ser entendida dentro del contexto del **Régimen Tributario** de la norma que le da origen, no debiendo excederse dicho ámbito.”*

56. En este orden de ideas, LAP concluye en su Recurso de Reconsideración que al no existir impedimento legal sobre el particular, puede ejecutar Mejoras en el AIJCH a través de 2 maneras: directamente o a través de uno o varios terceros, siendo que “lo que debe determinarse es la regulación actual para

que LAP pueda solicitar el reconocimiento de las Mejoras por parte del Estado, una vez que las mismas ya se encuentren concluidas.”. En este sentido, LAP sostiene que cuando las mejoras son hechas o adquiridas directamente por LAP, la regulación para su reconocimiento es la que está determinada en la Cláusula 5.7.1 del Contrato de Concesión, pero que en el segundo supuesto no sería posible registrar contablemente dichas mejoras “como un intangible de LAP, ya que las mismas se encuentran (...) dentro de la contabilidad del tercero que las construye o adquiere y no en la de LAP.”, resultando “que nos encontramos ante una falta de regulación para el reconocimiento de Mejoras ejecutadas a través de terceros (...) el hecho que no exista una regulación para el reconocimiento de Mejoras ejecutadas a través de terceros, no implica que las mismas pierdan su naturaleza de “Mejoras””.

57. Finalmente, cabe precisar que LAP sostiene como punto final de su Recurso de Reconsideración que *“nuestra representada no pretende –vía interpretación contractual- que se regule un procedimiento inexistente en virtud de una interpretación contractual, sino que se reconozca que las mejoras sí pueden ser ejecutadas a través de un tercero, pues no existen ninguna norma o estipulación – ni en la legislación vigente ni en el Contrato de Concesión- que lo prohíba.*

IV.5. ANÁLISIS ECONÓMICO-LEGAL DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Definición de Mejoras

58. Conforme se desprende de los argumentos de LAP, en última instancia el aspecto controvertido está en identificar en qué consiste el hecho que la adquisición y construcción de los bienes muebles e inmuebles, destinados a optimizar la infraestructura aeroportuaria y de la calidad de los Servicios Aeroportuarios y de los Servicios de Aeronavegación a cargo del Concesionario, así como el producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión, sea **“a cuenta y costo del Concesionario”**.
59. Sobre el particular, y atendiendo que la empresa concesionaria no aporta mayores elementos de juicio a los esgrimidos primigeniamente en la Carta N° LAP-GCCO-C-2008-00008 presentada el 18 de enero de 2008, que dio origen al Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CD-OSITRAN, objeto de impugnación por parte de la empresa concesionaria, cabe precisar que este Consejo Directivo reitera su posición vertida en el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CD-OSITRAN, que aprobó el Informe N° 001-09-GRE-GAL-OSITRAN, la misma que es desarrollada de manera sucinta a continuación.
60. Desde una interpretación objetiva, sistemática y finalista del Contrato de Concesión, el significado de la frase “a cuenta del concesionario”, está

referido al hecho que la adquisición y construcción de bienes muebles o inmuebles en el AIJCH, se realiza **bajo entera responsabilidad de LAP**, no siendo relevante si es que el Concesionario tercerizó o no las labores de adquisición de equipos o la construcción de infraestructura; porque en cualquier caso, **será LAP quien responda frente al Estado por la responsabilidad que acarrea la ejecución, operación y mantenimiento de éstas**; interpretación que es consistente con los planteamientos del Concesionario y del Consorcio Supervisor.

61. Por su parte, la interpretación del alcance de la estipulación “a cuenta del Concesionario” presenta 2 implicancias: La primera es que no existe ningún impedimento contractual para que el Concesionario encargue o tercerice, aquellas actividades relacionadas a la adquisición de bienes muebles y construcción de bienes inmuebles, contenidos en el programa de inversiones en “Mejoras”. La segunda, es que dicha interpretación en efecto es concordante con lo establecido en el Numeral 2.1 de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión, en relación al tema de la responsabilidad del Concesionario en la operación del AIJCH, es decir, que frente al Estado, el único responsable de la adquisición de bienes muebles, y la construcción de bienes inmuebles en el AIJCH (incluyendo todo aquello que estas actividades acarrear) es el Concesionario, independientemente de si estas labores fueron ejecutadas por un subcontratista de LAP.
62. En síntesis, el alcance de la estipulación “a cuenta del Concesionario” debe interpretarse en el sentido que **LAP asume, frente al Estado, la responsabilidad por la adquisición de bienes muebles, y la construcción de bienes inmuebles en el AIJCH**; así como por el cumplimiento de obligaciones previas asociadas a tal adquisición o construcción (cumplimiento de “Requisitos Técnicos Mínimos”, “Estándares Básicos” y los plazos y condiciones establecidas en el Anexo 6)¹⁵, sin importar si su ejecución o financiamiento fue realizado por terceros, lo cual también tiene concordancia con el Artículo 13° del 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 por Decreto Supremo N° 059-96-PCM¹⁶:

Tercerización de Mejoras

63. Ni el Contrato de Concesión ni las prácticas internacionales de ejecución de grandes obras de infraestructura señalan si el financiamiento (por parte del Concesionario) de las obras en el esquema BOT, debe realizarse de manera

¹⁵ Según lo expresamente establecido en el Numeral 5.7. del Contrato de Concesión.

¹⁶ “Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, **el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.**”

[El subrayado es nuestro]

directa o indirecta, es decir, si es que el Concesionario debe pagar con recursos propios e íntegramente por la infraestructura construida en los aeropuertos, o a través de la tercerización de la construcción y el financiamiento de las obras; razón por la cual los mismos no impiden la tercerización del financiamiento de inversiones en el AIJCH (inclusive esta última modalidad es la que LAP ha utilizado para la construcción de la planta de almacenamiento y abastecimiento de combustible, el hotel y la cocina de vuelo).

Reconocimiento de Mejoras

64. Si bien es cierto que la interpretación de LAP respecto a lo que puede calificar como una “Mejora” conforme al Numeral 1.31, es consistente con los criterios de aplicación del esquema BOT; también es cierto que para efectos del reconocimiento de dicha Mejora a favor de LAP, el único mecanismo previsto es el procedimiento establecido en el Numeral 5.7.1. del Contrato de Concesión, que dispone que el Concesionario tiene dos obligaciones contractuales:
- a) inscribir las Mejoras a nombre del Estado Peruano, o de quien este designe, y además
 - b) mantener una cuenta de activos intangibles de duración limitada, derivada del derecho de uso sobre las Mejoras referidas a inmuebles que han sido transferidas al Concedente.
65. Se evidencia que este último dispositivo no contempla de modo alguno las mejoras ejecutadas por terceros. Por ello, consideramos que las obras ejecutadas por terceros podrían calificarse como Mejoras y ser reconocidas como tales, sólo si dicho supuesto es considerado explícitamente a nivel contractual. Empero, dada la actual estructura contractual, existe un vacío de regulación (conforme es reconocido por el propio LAP en su Recurso de Reconsideración), en el sentido de precisar cuáles son los tipos de Mejoras cuya ejecución puede tercerizarse en el AIJCH; las condiciones que se requiere para que la inversión en la Mejora pueda ser “reconocida a favor de LAP” (en el marco del cumplimiento del programa de inversiones del Anexo 6); el procedimiento de transferencia a la propiedad del Estado, las condiciones técnicas de cumplimiento obligatorio durante su diseño, ejecución y operación; los procedimientos de contabilidad regulatoria aplicables, entre otros. Atendiendo que los citados temas versan sobre cuestiones no previstas ni reguladas a nivel contractual, no resulta factible que sobre el particular, se aluda a incumplimiento alguno por parte de LAP.
66. Por otra parte, el hecho que la obligación de mantener una cuenta de intangibles sobre los bienes inmuebles, se encuentre actualmente prevista en las normas aprobadas por el Consejo Normativo de Contabilidad, y que la amortización de la referida cuenta se efectúe de conformidad con lo previsto en el cuarto párrafo del Artículo 22º del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, 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, no merma en lo absoluto el hecho que

dichas previsiones han sido incluidas por las partes de manera consensuada como obligaciones contractuales de LAP, pues ello se ha hecho al amparo de la normatividad vigente en su momento, resultando a la fecha el único mecanismo regulado a nivel contractual para el control contable de los bienes. Los hipotéticos cambios que la normativa contable pueda sufrir a futuro, no constituyen un tema de análisis que competa a este Organismo Regulador. Sin embargo, cabría señalar que sólo si dicha nueva normativa fuese completamente incompatible con la obligación contractual recogida y sólo en el caso que ésta no contemplase la precisión sobre la vigencia de las nuevas disposiciones, en su oportunidad, las partes del Contrato de Concesión podrían evaluar si la nueva regulación afecta o no el principio de seguridad jurídica, y de darse el caso, evaluar los nuevos mecanismos a ser adoptados contractualmente.

67. En tal sentido, el Contrato de Concesión vigente, evaluado como un todo, está diseñado únicamente para reconocer como “Mejoras” imputables a LAP, aquellos bienes muebles e inmuebles, así como las inversiones sobre los Bienes de la Concesión, que fueran ejecutados por el Concesionario y no por terceros. Por ello, el Contrato de Concesión no otorga, actualmente, margen para la interpretación contractual solicitada por LAP.
68. En efecto, conforme se desprende del Numeral 4.1. del Punto 4 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, la definición de Interpretación implica aclarar o explicar el sentido del texto contractual, es decir, pronunciarse sobre algo que ya existe, pero no significa de modo alguno crear procedimientos o la regulación de los mismos a partir de dicho texto. La aludida definición de Interpretación es:

“4.1 Interpretación

Aclaración o explicación sobre el sentido y significación del Contrato de Concesión”

69. En tal medida, no podemos sustentarnos en una interpretación objetiva o literal (Artículo 168° del Código Civil) porque el texto expreso del Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión del AIJCH no faculta per sé la intervención de terceros en la medida que dicho Numeral sólo alude a inversiones cuya adquisición y construcción será a cuenta y costo del Concesionario.
70. Del mismo modo, no podemos aplicar la buena fe objetiva como principio interpretativo (Artículo 168° y 1362° del Código Civil) en la medida que con este principio se debería entender las cláusulas contractuales de tal manera que tengan efectos. Inclusive en el negado supuesto que se pudiera considerar que el Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión del AIJCH incluye las inversiones de terceros, no podría extraerse de dicho tenor cuáles serían los mecanismos para efectivizar un reconocimiento de las mejoras de terceros para que éstas tengan efectos

reales, siendo que justamente dichos mecanismos también deben ser objeto de una regulación específica, que no se desprende de modo alguno del texto contractual.

71. No resulta de aplicación la interpretación sistemática (Artículo 169° del Código Civil) porque al analizar el tenor del Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, conjuntamente con el tenor del Numeral 5.7.1. de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, se aprecia que para efectos del reconocimiento de mejoras, las obligaciones impuestas están dirigidas exclusivamente a favor del Concesionario y no de terceros.
72. Finalmente, tampoco podemos aplicar la interpretación finalista (Artículo 170° del Código Civil) porque en el supuesto negado que se considere que el Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión del AIJCH incluye las inversiones de terceros, hablaríamos de una finalidad que no encontraría correlato alguno con las demás cláusulas del texto contractual, las mismas que recogen las obligaciones del Concesionario y no a favor de terceros.
73. En virtud de lo expuesto, este Organismo Regulador no puede efectuar la interpretación contractual porque ello implicaría calificar como Mejoras, equipos u obras cuya adquisición o construcción no fue financiada por el Concesionario. Además, si bien conforme al Contrato de Concesión vigente, una Mejora financiada totalmente por un tercero, podría ser inscrita a nombre del Concedente, la misma no puede ser reconocida por el Estado como una “Mejora” imputable a LAP. Por ello, **los mecanismos de control propuestos por la empresa concesionaria en su Recurso de Reconsideración y en su respectiva Ampliación, para efectos de hacer el seguimiento contable a las inversiones realizadas por terceros, no tienen actualmente mayor relevancia por cuanto no se puede decidir, vía interpretación, cuáles son los mecanismos de regulación de una figura inexistente a nivel contractual.**
74. En efecto, la frase “a costo del Concesionario” debe interpretarse en el sentido que LAP tiene la obligación de financiar la adquisición de bienes muebles y la construcción de bienes inmuebles en el aeropuerto, **con el fin de que éstos puedan ser reconocidos a su favor por parte del Estado.** En tal sentido, **no resulta posible realizar una interpretación en los términos solicitados por la empresa concesionaria (en el sentido de regular el tratamiento de las mejoras construidas por terceros a través de una interpretación contractual), porque no se puede interpretar una situación que no ha sido prevista ni regulada por las propias partes en el Contrato de Concesión.**
75. Sin embargo, dado que la situación descrita reduce el margen de flexibilidad con que LAP debe viabilizar o hacer más eficiente la ejecución de las Mejoras incluidas en el programa de inversiones del Anexo 6, el regulador se reafirma en el sentido que las partes deberían salvar el vacío contractual anotado, a

través de una adenda al Contrato de Concesión, máxime si tenemos en consideración que de conformidad con el numeral 4.2. del Punto 4 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, la definición de Modificación implica la inclusión de supuestos inicialmente no contemplados. La definición de Modificación es:

“4.2. Modificación

Cambio en el texto original del Contrato de Concesión. Una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos no imputables al Concesionario o imputables al Concedente que han alterado significativamente la ecuación económica del contrato. Una modificación es no sustancial cuando su objeto sea corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del Contrato de Concesión que no comprenden el equilibrio de la ecuación económico-financiera del mismo.”

76. Sobre lo afirmado por LAP en el último punto de su Recurso de Reconsideración, en el sentido de que no pretende que vía interpretación contractual se regule un procedimiento inexistente sino que se reconozca que las mejoras sí pueden ser ejecutadas a través de un tercero, cabe precisar, conforme ya fue manifestado en el Informe N° 001-09-GRE-GAL y en la sección denominada Tercerización de Mejoras del presente, que sí resultaría factible que las mejoras sean realizadas por terceros. Sin embargo, conforme ya fue detallado ampliamente, de manera específica el Contrato de Concesión del AIJCH no contempla dicho supuesto, razón por la cual tampoco incluye los mecanismos de regulación y seguimiento de dichas mejoras, ni menos aún el tema del reconocimiento de las mismas. En tal medida, la razón final de LAP al solicitar que OSITRAN reconozca que las mejoras pueden ser realizadas por terceros, es en la práctica una solicitud de interpretación contractual que finalmente no resulta ser viable por los argumentos expuestos en los puntos 64 al 74 de la presente Resolución.
77. Sobre la base del contenido de todos y cada uno de los argumentos vertidos en el Informe N° 001-09-GRE-GAL-OSITRAN del 26 de enero de 2009, aprobado mediante Acuerdo 1144-301-09-CD-OSITRAN del 29 de enero de 2009, y del Informe N° 017-09-GRE-GAL-OSITRAN, este Consejo Directivo estima que:
- i. Conforme lo establece el Numeral 1.31 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, para efectos de calificar la adquisición y construcción de bienes muebles e inmuebles como “Mejoras”, sólo es relevante que se trate de bienes muebles, inmuebles así como del producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión; y, que la adquisición y construcción de éstos se realicen “a cuenta y costo del Concesionario”.

- ii. La estipulación “a cuenta del concesionario” implica que, en cualquier caso, frente al Estado el único responsable es la empresa concesionaria, sin que para ello sea relevante quién ejecuta o financia la “Mejora” en cuestión.
- iii. La estipulación “a costo del concesionario” implica que LAP tiene la obligación de financiar la adquisición de bienes muebles y la construcción de bienes inmuebles en el aeropuerto, con el fin de que éstos puedan ser reconocidos a su favor por parte del Estado. Por tanto, conforme se encuentra estipulado contractualmente, LAP tiene la obligación de financiar con deuda y/o patrimonio la adquisición y construcción de mejoras en el aeropuerto.
- iv. Conforme se desprende de lo dispuesto en el Numeral 5.7.1 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, el mantenimiento de la cuenta de activos intangibles, y su respectiva amortización, representa expresamente una obligación contractual de la Empresa Concesionaria. El hecho que dicha Cláusula recoja los lineamientos de la normativa contable vigente sobre el particular, no merma en absoluto el carácter contractual de dicha obligación, la misma que incluso se encuentra protegida por el Principio de Seguridad Jurídica que involucra al Contrato de Concesión como un todo.
- v. En tal sentido, tras la interpretación objetiva, de buena fe, sistemática y finalista del texto contractual vigente y atendiendo a la rigidez del mismo, la interpretación del contrato en los términos solicitados por LAP no es viable, al no encontrarse ajustada y conforme a los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, pues para efectos de considerar mejoras las ejecutadas por terceros se requiere que a nivel contractual se incluya dicho supuesto, estableciendo además la regulación sobre el tratamiento que deberán seguir las adquisiciones y construcciones de bienes muebles e inmuebles por parte de terceros, su inscripción a favor del Estado, el plazo y el tratamiento contable de estos activos; hecho que sólo podría generarse a través de la correspondiente adenda. En ese mismo documento, resultaría oportuno que las partes (Concedente y Concesionario) evalúen los mecanismos de control propuestos por la empresa concesionaria en su Recurso de Reconsideración, y su respectiva Ampliación, respecto del seguimiento contable de las inversiones de terceros.
- vi. Con relación a la pretensión de LAP, en el sentido que OSITRAN reconozca que las mejoras sí pueden ser ejecutadas a través de un tercero, concluimos que dicho supuesto no se encuentra expresamente contemplado en el Contrato de Concesión del AIJCH, con lo cual en la práctica LAP efectúa una solicitud de interpretación contractual que finalmente no resulta ser viable conforme se desprende del desarrollo vertido sobre el particular.

- vii. Por lo tanto, la regulación del tratamiento de la construcción de obras o adquisición de bienes por parte de terceros, así como sus consecuencias, y el reconocimiento de OSITRAN que las mejoras pueden ser realizadas por terceros, son temas que no pueden ser resueltos mediante una interpretación contractual, razón por la cual consideramos que debe declararse Infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009.
- viii. En atención a lo previsto por el Artículo 218° de la LPAG debemos dar por agotada la vía administrativa en lo relativo a la interpretación de mejoras propuesta por la empresa concesionaria. De considerarlo pertinente, el administrado podrá hacer valer su derecho a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses de notificada la respectiva Resolución, conforme lo dispone el Numeral 1 del Artículo 19 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

POR LO EXPUESTO y en virtud de las funciones previstas en el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el 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, en el Artículo 31° y en el Literal “d)” del Artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM; a lo dispuesto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 30 de abril de 2009 y, al Informe N° 017-09-GRE-GAL-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar Infundado el Recurso de Reconsideración, y su respectiva ampliación, interpuesto por Lima Airport Partners SRL, contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN del 29 de enero de 2009.

Artículo 2°.- Dar por agotada la vía administrativa en lo relativo a la interpretación de mejoras propuesta por Lima Airport Partners SRL, estando la empresa concesionaria expedita para hacer valer su derecho a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses de notificada la presente decisión.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 017-09-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria Lima Airport Partners y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 4º.- Autorizar la difusión de la presente Resolución así como del Informe N° 017-09-GRE-GAL-OSITRAN en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.N°PD8277-09