

# Resolución de Gerencia General

Nº 025-03-GG-OSITRAN

## PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

**PROCEDENCIA** : Gerencia de Supervisión (GS)  
**ENTIDAD PRESTADORA** : Lima Airport Partners S.R.L. (LAP)  
**MATERIA** : Incumplimiento de una decisión del OSITRAN

Lima, 14 de agosto de 2003

### VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 04-2003-GS-OSITRAN, el escrito de Reconsideración presentado por LAP con fecha 03 de julio de 2003, y el Informe Nº 048-03-GAL-OSITRAN;

### CONSIDERANDO:

#### I. ANTECEDENTES:

1. Mediante Oficio Nº 049-01-DTIT/OSITRAN del 10 de abril de 2001, la División Técnica de Infraestructura de Terminales de OSITRAN autorizó a LAP, por única vez, a extender la duración de los contratos suscritos con líneas aéreas hasta el 14 de agosto de 2001.
2. Con fecha 04 de septiembre de 2002, LAP solicita ante OSITRAN que se le otorgue una autorización especial, para prorrogar los contratos con los "operadores aeronáuticos", a fin de regularizar sus operaciones por el período correspondiente al 14 de agosto de 2001 a agosto de 2002. Así mismo, que se le otorgue una autorización especial para no llevar a cabo los procesos de subasta al mejor postor a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo Nº 5 del contrato de concesión, hasta Diciembre de 2003, y, consiguientemente, se le autorice a prorrogar los contratos correspondientes hasta tal fecha, incorporando nuevas condiciones y manteniendo "los aspectos más relevantes" de las condiciones originales.
3. El 23 de octubre de 2002, LAP remitió a OSITRAN una carta s/n en la cual solicita extender hasta diciembre de 2003 los contratos vencidos con líneas aéreas.
4. El 27 de noviembre de 2002, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN envió a LAP el Oficio Nº 136-02-GS-A-OSITRAN en el cual deniega la solicitud de prórroga de los contratos que expiraron el 14 de agosto de 2001, y solicita a LAP acredite la existencia de un "Evento de Fuerza Mayor" que impida la realización de subastas al mejor postor para autorizar su solicitud de exoneración de cumplimiento de las mismas. Se le otorgó un plazo de 15 días hábiles, el cual venció el 13 de enero de 2003.
5. El 12 de febrero de 2003, mediante Informe Nº 035-03-GS-C2-OSITRAN, se concluye que el concesionario ha incumplido con lo señalado en el numeral 2.1 del Anexo 5 del contrato de concesión del AIJC, al no haber efectuado una subasta al mejor postor para asignar los locales para las líneas aéreas. Asimismo, dicho informe recomienda el inicio del procedimiento administrativo sancionador correspondiente.
6. En cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 15.2.1 del contrato de concesión, el 26 de marzo de 2003 se remite a LAP el Oficio Nº 179-03-GS-A1-OSITRAN, en el cual se le notifica el

mencionado hallazgo de incumplimiento contractual, y se le otorga un plazo de quince (15) días hábiles a fin de acreditar la subsanación correspondiente. Adicionalmente, se le comunica a LAP que en caso de no producirse la subsanación, se iniciaría el respectivo procedimiento administrativo sancionador.

7. Con fecha 11 de abril de 2003, LAP presenta la carta LAP/149-03/GL en la cual afirma que no se ha producido un incumplimiento contractual, debido a que dicha empresa concesionaria encontró ya asignados los locales para aerolíneas, y que el propósito de LAP es mantener los mismos espacios por lo que no consideran necesario realizar una subasta pública.
8. Mediante el Oficio N° 249-03-GS-A2-OSITRAN del 25 de abril de 2003, se inició el procedimiento administrativo sancionador que establece el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN. Con base en el Informe N° 035-03-GS-C2-OSITRAN.
9. El 13 de mayo de 2003 se recibe la comunicación que contiene los descargos que presenta LAP.
10. Con fecha 10 de junio de 2003, se remite a LAP el Oficio N° 273-03GG-OSITRAN, mediante el cual se notifica a dicha empresa la Resolución N° 015-2003-GG-OSITRAN, la misma que impone a la empresa concesionaria una multa de 0.02% de los Ingresos Brutos del año anterior, por la comisión de la infracción a que se refiere el Artículo 42° del RIS, la misma que ha sido considerada como Leve.
11. Con fecha 03 de julio de 2003, LAP presenta recurso de Reconsideración en contra de la Resolución N° 015-2003-GG-OSITRAN.

## II. BASE LEGAL:

1. Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez":  
Cláusula Séptima.  
Anexo N° 5: Numeral 2.1.  
Cláusula Décimo Tercera.
2. Ley N° 26917:  
Numeral 7.1. – a).
3. Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG):  
Artículo 208°.  
Artículo 217°.

## III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

De acuerdo a los antecedentes expuestos y a lo señalado en el escrito de Reconsideración, las cuestiones controvertidas a resolver son las siguientes:

- A. Determinar la admisibilidad del Recurso de reconsideración presentado por LAP, para lo cual se debe identificar si LAP ha presentado una nueva prueba, de conformidad con lo establecido en el Artículo 208° de la LPAG:
- B. Determinar el alcance y exigibilidad de la obligación de llevar a cabo las subastas a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión.
- C. Determinar si existió una causal de Fuerza Mayor, que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del contrato de concesión, impidiera al concesionario llevar a cabo las

subastas a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión, para lo cual se debe establecer lo siguiente:

Si la negociación del Addendum N° 3 del contrato de concesión llevada a cabo entre LAP y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) o, la construcción del nuevo terminal aéreo, califican como causal de Fuerza Mayor, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 13.1 del contrato de concesión.

#### IV. ANÁLISIS

##### A. **Determinar la admisibilidad del Recurso de reconsideración presentado por LAP, para lo cual se debe identificar si LAP ha presentado una nueva prueba, de conformidad con lo establecido en el Artículo 208° de la LPAG:**

1. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 208° de la LPAG, el recurso de reconsideración deberá sustentarse en nueva prueba. Con ello, la norma requiere habilitar la posibilidad del cambio de criterio, exigiendo previamente que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad que amerite la reconsideración.
2. Al respecto, se debe considerar que en su escrito de Reconsideración, la empresa concesionaria esgrime un nuevo argumento legal.

La nueva argumentación legal consiste en una interpretación del alcance y exigibilidad de la obligación de llevar a cabo subastas a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión, que no ha sido sustentada con anterioridad.

3. En efecto, en su escrito de Reconsideración el concesionario señala que la obligación de llevar a cabo subastas al mejor postor con el fin de asignar espacios y locales para líneas aéreas, se refiere únicamente la nueva infraestructura aeroportuaria que de acuerdo al contrato de concesión debe ejecutar a favor del Estado, es decir al nuevo terminal, y no a la infraestructura aeroportuaria existente al iniciarse la vigencia del contrato de concesión, lo que comprende los locales y espacios para líneas aéreas.
4. Dicha interpretación legal, sustentaría que LAP no tenía la obligación contractual de llevar a cabo subastas al mejor postor con el fin de asignar locales y espacios para líneas aéreas, existentes al iniciarse la concesión.
5. En efecto, dicha argumentación legal no ha sido esgrimida ni analizada en el procedimiento administrativo sancionador en trámite. En tal virtud, es admisible el recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria.

##### B. **Determinar el alcance y exigibilidad de la obligación de llevar a cabo las subastas a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión:**

1. El Numeral 7.1. de la Cláusula Séptima del contrato de concesión señala que el Concesionario debe garantizar que los servicios aeroportuarios **y las áreas y locales del Terminal**, sean prestados y puestos a disposición de todos los usuarios sin ningún tipo de discriminación.
2. En el mismo sentido, en el rubro relativo a las "Condiciones Generales" del Anexo N° 5 del contrato de concesión, se señala que la fiscalización de OSITRAN de los procesos de subasta y contratación con terceros, comprende, sin limitarse, la aprobación de las bases, la fijación de precios bases y demás condiciones de contratación, así como la supervisión de la

ejecución de estos procesos. Se señala así mismo, que *dicha fiscalización busca cautelar los intereses del Concedente y de CORPAC S.A. así como la libre concurrencia de postores.*

3. Del mismo modo, el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión establece lo siguiente:

<<2.1. Locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas prestados directamente por el Concesionario.

La renta máxima de las áreas a ser utilizadas para los fines indicados a continuación será igual a las tarifas actuales de CORPAC S.A. que se detallan en el Apéndice 3 hasta el segundo año de Vigencia de la Concesión inclusive.

La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinado por la libre oferta y demanda. **Sin embargo, y con la finalidad de garantizar la transparencia y promover la competencia, la asignación de los locales se efectuará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual será objeto de fiscalización por parte de OSITRAN<sup>1</sup>.** Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo. (...)>>

4. De acuerdo al marco contractual a que se ha hecho referencia, es una obligación establecida en el contrato de concesión que el proceso a través del cual el concesionario asigne los locales y espacios para líneas aéreas garantice la transparencia y promueva la libre competencia en la asignación y provisión de dichos espacios. Ello, es consistente con la Cláusula Séptima del contrato de concesión en el sentido que las áreas y locales del terminal, sean prestados y puestos a disposición de todos los usuarios sin ningún tipo de discriminación.
5. Al respecto, es necesario señalar que el contrato de concesión en ninguna de las estipulaciones mencionadas establece que la obligación de llevar a cabo subastas al mejor postor para asignar los locales y espacios para líneas aéreas u otro tipo de infraestructura aeroportuaria, se refiera únicamente a la infraestructura portuaria nueva, que corresponde a la empresa concesionaria ejecutar de acuerdo a su programa de inversiones.
6. Esa interpretación del alcance y exigibilidad del Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión que argumenta la empresa concesionaria en su escrito de Reconsideración es incorrecta, pues implicaría que tratándose de la infraestructura aeroportuaria recibida por LAP al iniciar sus operaciones, el contrato de concesión otorgaba a la empresa concesionaria la facultad de asignar los locales y espacios para aerolíneas de manera unilateral, sin la obligación de respetar la libre competencia en la asignación de dicha infraestructura, y sin estar obligada al debido cumplimiento del principio de no discriminación. Ello no ha sido establecido en modo alguno en el contrato de concesión.
7. De acuerdo a las disposiciones contractuales a que se ha hecho referencia, es claro que el contrato de concesión no hace una diferenciación de tal naturaleza. Por el contrario, de una interpretación literal y también sistemática del contrato de concesión, se desprende que el concesionario está en la obligación de asignar los locales y espacios para líneas aéreas de manera transparente y promoviendo la competencia durante toda la vigencia de la concesión. Ello implica, que dicha obligación se refiere tanto a los locales y espacios para líneas aéreas existentes al iniciarse la concesión, como a los que se crearan con la ejecución de las Mejoras a cargo del concesionario.

---

<sup>1</sup> El subrayado es nuestro.

8. Al respecto, se debe considerar que desde que venció el plazo otorgado por OSITRAN inicialmente, para prorrogar hasta Agosto de 2001 la obligación de llevar cabo una subasta al mejor postor para asignar locales y espacios para líneas aéreas, han transcurrido dos años. En ese sentido, los retrasos en que pueda haber incurrido la empresa concesionaria en la ejecución de su programa de inversiones, no sustentan que la empresa concesionaria no deba asignar dichos locales y espacios de acuerdo al procedimiento específicamente previsto en el contrato de concesión.
9. Así mismo, es necesario considerar que la nueva interpretación legal de LAP con relación al Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión, es inconsistente con el hecho de que de acuerdo a la documentación que obra en el expediente y al propio escrito de Reconsideración, la empresa ha reconocido en más de una oportunidad que estaba obligada a llevar a cabo las subastas para la asignación de locales y espacios para líneas aéreas. Tan es así, que inicialmente solicitó a OSITRAN una prórroga que fue atendida en consideración a situaciones de hecho existentes al iniciarse la concesión, no imputables a la empresa concesionaria, que estaban vinculadas a la administración anterior. Así mismo, una vez vencido la prórroga autorizada por OSITRAN para la ejecución de la referida obligación contractual, de manera extemporánea LAP solicitó una nueva prórroga para el cumplimiento de dicha obligación.
10. Adicionalmente, se debe tener presente que tratándose de Servicio de Rampa o Manipulación en Tierra (Ground Handling), con relación al cual el Numeral 1.2. del Anexo N° 5 del contrato de concesión establece la obligación de llevar a cabo una subasta al mejor postor, en los mismos términos que en el caso de asignación de locales y espacios para líneas aéreas, LAP ha presentado para la aprobación de OSITRAN el proyecto de Bases correspondiente, sin argüir que la subasta se refiere sólo al caso en que exista una nueva Rampa.
11. Así mismo, es conveniente considerar que en los casos en que no es necesaria la subasta, el contrato de concesión lo señala expresamente, como en el supuesto específico a que se refiere el Numeral 2.2. respecto al servicio de Carga Aérea.
12. Finalmente, es necesario enfatizar que sólo cuando se aprobó la modificación del Numeral 2.3 del Anexo N° 5 del contrato de concesión, en virtud al Addendum N° 3, el concesionario obtuvo la facultad de asignar los locales y espacios comerciales por negociación directa, sin llevar a cabo subastas.
13. Por todo lo expuesto, se desestima la nueva interpretación sustentada por la empresa concesionaria con relación al Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión, relativa a la obligación de llevar a cabo subastas al mejor postor para asignar locales y espacios para líneas aéreas.

**C. Determinar si existió una causal de Fuerza Mayor, que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del contrato de concesión, impidiera al concesionario llevar a cabo las subastas a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión, para lo cual se debe establecer lo siguiente:**

1. Si la negociación del Addendum N° 3 del contrato de concesión llevada a cabo entre LAP y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), o la construcción del nuevo terminal aéreo, califican como causal de Fuerza Mayor, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 13.1 del contrato de concesión.
2. De acuerdo a lo que establece el Numeral 7.1. – a) de la Ley N° 26917, corresponde a OSITRAN realizar todas las acciones necesarias para el cabal cumplimiento de las

disposiciones contractuales, con el fin de que el concesionario cumpla con las obligaciones legales, contractuales y técnicas asumidas en virtud del contrato de concesión.

Por ende, la regla general que obliga a OSITRAN, es supervisar y en su caso fiscalizar, el cabal cumplimiento del contrato de concesión.

3. Sin embargo, de acuerdo a lo que establece la Cláusula Décimo Tercera del contrato de concesión, es posible que excepcional y temporalmente, OSITRAN pueda autorizar la suspensión de una obligación contractual, previa sustentación objetiva de las causas no imputables a la empresa concesionaria que impidan la ejecución normal del contrato.
4. Para ello, sería necesario que la empresa concesionaria cumpliera con acreditar la existencia de un “Evento de Fuerza Mayor” a tenor de lo dispuesto por el Numeral 13.1. del contrato de concesión<sup>2</sup>, el mismo que constituye una suerte de “Cláusula General” de los eventos de fuerza mayor, además de los casos específicos de “Evento de Fuerza Mayor”, contemplados en los Números 13.1.1. a 13.1.5.
5. Asimismo, la empresa concesionaria debería acreditar en tal caso ante OSITRAN, el haber actuado con la debida diligencia y haber tomado todas las precauciones y medidas alternativas razonables para el cumplimiento de la obligación contractual cuya ejecución está afectada por la ocurrencia del “Evento de Fuerza Mayor”. En tal circunstancia, las obligaciones afectadas por dicho evento, se suspenderían mientras durase el Evento de Fuerza Mayor, de conformidad con lo dispuesto por el Numeral 13.4. del contrato de concesión.
6. En ese sentido, LAP señala que los “eventos de Fuerza Mayor” que le han impedido ejecutar la obligación contractual de llevar a cabo subastas al mejor postor para asignar espacios y locales para líneas aéreas son: el proceso de negociación del Addendum N° 3 del contrato de concesión y la construcción del nuevo terminal.
7. Al respecto, es necesario señalar que de acuerdo a la definición general del Numeral 13.1, de lo que constituye para efectos del contrato de concesión un “Evento de Fuerza Mayor”, éste debe ser un evento condición o circunstancia, incluyendo al caso fortuito, **fuera del control razonable de la Parte que reclama la Fuerza Mayor.**
8. El proceso de negociación del Addendum N° 3, generado por la solicitud de LAP para modificar diversos numerales del contrato de concesión, de ninguna manera califica como un “Evento de Fuerza Mayor”, por que se trata de hechos que claramente nacen como consecuencia de la referida solicitud de la empresa concesionaria. Por tanto, no se trata en modo alguno de hechos fuera del control razonable de LAP, sino por el contrario, de un hecho generado por la propia empresa.

Al respecto, el hecho de que LAP no tuviera certeza de que el contrato de modificaría tal como ésta la había solicitado, no hacen relación con la definición de “Evento de Fuerza

---

<sup>2</sup> “13.1 Eventos de Fuerza Mayor. Para los fines del presente Contrato, el término “Evento de Fuerza Mayor” significará **un evento, condición o circunstancia**, incluyendo el caso fortuito, **fuera del control razonable de la Parte que reclama la Fuerza Mayor**, el cual, **a pesar de todos los esfuerzos razonables de la Parte que reclama la Fuerza Mayor para prevenirla o mitigar sus efectos, causa una demora relevante, o la interrupción en el cumplimiento de cualquier obligación establecida en el presente Contrato**, incluyendo, sin limitación: (...)

Mayor”, la misma que por naturaleza se trata de un hecho no imputable a la empresa concesionaria.

9. Exactamente el mismo razonamiento se aplica en el caso de lo que la empresa denomina “la construcción del nuevo terminal”, pues la ejecución de las Mejoras a cargo de la empresa concesionaria son **obligaciones contractuales asumidas por la empresa para con el Estado**. En ese sentido, en modo alguno podrían calificar como un “Evento de Fuerza Mayor”, a tenor de lo dispuesto por el Numeral 13.1. El hecho que pudieran existir retrasos en la ejecución de dichas Mejoras, que pudieran dificultar las relaciones de LAP con las aerolíneas, no tiene relación alguna con la configuración de un “Evento de Fuerza Mayor”.
10. Finalmente, es necesario mencionar que calificar un proceso de negociación de modificación del contrato de concesión generado por la propia empresa, como un “Evento de Fuerza Mayor”, es también inconveniente desde el punto de vista de un cabal cumplimiento del contrato de concesión, pues ello generaría un precedente negativo para la ejecución del contrato, al permitir que la propia empresa pueda generar la suspensión de sus obligaciones asumidas por el contrato de concesión.

## V. CONCLUSIONES

1. Es admisible el recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria.
2. Es clara la obligación establecida en el contrato de concesión con relación a la ejecución de subastas al mejor postor para la asignación de locales y espacios para líneas aéreas, garantizándose la transparencia y promoviendo la libre competencia en la asignación y provisión de dichos espacios, durante toda la vigencia de la concesión.

El contrato de concesión en ninguna de las estipulaciones establece que la obligación de llevar a cabo subastas al mejor postor para asignar los locales y espacios para líneas aéreas u otro tipo de infraestructura aeroportuaria, se refiera únicamente a la infraestructura aeroportuaria nueva, que corresponde a la empresa concesionaria ejecutar de acuerdo a su programa de inversiones, sino a toda la infraestructura aeroportuaria que comprenda locales y espacios para aerolíneas, lo que incluye tanto la existente la iniciarse la vigencia del contrato, como la nueva ejecutada por la empresa concesionaria.

3. El proceso de negociación del Addendum N° 3, generado por la solicitud de LAP para modificar diversos numerales del contrato de concesión, no califica como un “Evento de Fuerza Mayor”, por que se trata de hechos que claramente nacen como consecuencia de la referida solicitud de la empresa concesionaria. Por tanto, no se trata en modo alguno de hechos “fuera del control razonable de LAP”, sino por el contrario, de un hecho generado por la propia empresa.
4. La construcción del nuevo terminal constituye una obligación contractual asumida por la empresa concesionaria con el Estado, por lo que no califica como “Evento de Fuerza Mayor”, a tenor de lo dispuesto por el Numeral 13.1. del contrato de concesión.

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

**PRIMERO:** Declarar infundado el recurso de Reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L., en contra de la Resolución N° 015-2003-GG-OSITRAN.

**SEGUNDO:** Confirmar la sanción a Lima Airport Partners S.R.L impuesta por la Resolución N° 015-2003-GG-OSITRAN, equivalente al pago de una multa ascendente al 0.02% de los ingresos brutos del año anterior;

**TERCERO:** Notificar la presente resolución a Lima Airport Partners S.R.L.

**CUARTO:** Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.

**QUINTO:** Encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución;

Regístrese, Comuníquese y Archívese

**JORGE ALFARO MARTIJENA**  
**Gerente General**