

## **INFORME N° 112-04-GAL-OSITRAN**

A : Alejandro Chang Chiang  
Presidente del Consejo Directivo

C.c. : Jorge Alfaro Martijena  
Gerente General

Asunto : Obligación de subastar la asignación de locales a las líneas aéreas en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (AIJCH)

Referencia : Oficio N° 1414-2004-MTC/02.

Fecha : 26 de octubre de 2004

---

### **I. OBJETO:**

El objeto del presente informe es ampliar, a solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), el análisis contenido en el Informe Técnico Legal N° 001-04-CD-OSITRAN, con relación al sustento legal para evaluar el otorgamiento de una excepción temporal de cumplimiento de una obligación contractual a Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), así como los términos más convenientes de concordancia entre el contrato de concesión y el marco regulatorio del acceso a infraestructura de transporte de uso público a cargo de OSITRAN, dentro de la que está incluida la infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial.

### **II. BASE LEGAL:**

1. Contrato de concesión del AIJCH.
2. Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN.
3. Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos de Supervisión Privada en los Servicios Públicos.
4. D.S. N° 010-2001-PCM, que aprueba el Reglamento General de OSITRAN (RGO-OSITRAN).
5. D.S. N° 032-2001-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley Marco.
6. Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN.
7. Código Civil de 1984 (C.C).

### **III. ANTECEDENTES:**

1. Con fecha 18 de agosto de 2003, mediante Oficio N° 388-03-GG-OSITRAN, se notifica a LAP la Resolución N° 025-2003-GG-OSITRAN, la misma que declara infundado el recurso de Reconsideración presentado por dicha empresa en contra de la Resolución N° 015-2003-GG-OSITRAN, que impone a LAP una multa ascendente a 0.02% de los Ingresos Brutos del año 2002, por la comisión de una infracción vinculada al incumplimiento contractual de realizar una subasta al mejor postor, para adjudicar espacios para líneas aéreas dentro del AIJCH.

2. Con fecha 25 de setiembre de 2003, LAP deposita el monto de la multa a que se ha hecho referencia en el numeral anterior, en la cuenta bancaria de OSITRAN, quedando la precita Resolución consentida.
3. Con fecha 03 de marzo de 2004, LAP solicita a OSITRAN que, de manera extraordinaria, se le exceptúe de la obligación contractual de llevar a cabo una subasta pública, a efectos de suscribir contratos de arrendamiento con las aerolíneas.
4. Con fecha 01 de abril de 2004, se remite a Gerencia General el Informe N° 025-04-GAL-OSITRAN, en respuesta a la consulta formulada por Memorando N° 051-04-GS-OSITRAN. En dicho informe se concluye lo siguiente:
  1. <<De acuerdo a su marco normativo, la regla general que obliga a OSITRAN, es supervisar y en su caso fiscalizar, el cabal cumplimiento del contrato de concesión.
  2. Sólo es posible la autorización de la suspensión temporal de la ejecución de una obligación contractual, siempre que la empresa concesionaria cumpla con acreditar ante OSITRAN la existencia de un “Evento de Fuerza Mayor”, de acuerdo a lo dispuesto por la Cláusula Décimo Tercera del contrato de concesión.
  3. Considerando que el contrato de concesión no contempla el desarrollo de todo el procedimiento de subasta al mejor postor a que hace referencia en Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato, para la realización del procedimiento mismo de subasta, es aplicable lo establecido en el REMA de OSITRAN. En función del REMA, existe la posibilidad de establecer diversos factores de competencia, en función a las necesidades de la Entidad Prestadora.
  4. El Artículo 67° del REMA, no implica en modo alguno la facultad de OSITRAN para autorizar a LAP la inexecución de una obligación contractual expresamente prevista, pues dicha norma se aplica únicamente con relación al procedimiento contemplado en el REMA, no en los contratos de concesión.>>
5. El contrato de concesión del AIJCH establece expresamente lo siguiente:

<< 2. Servicios No Aeroportuario.

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.** Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.

Los servicios brindados actualmente son:

- Counter.
- Oficinas.
- Salones VIP.
- Almacén/depósito.
- Talleres de apoyo.
- Terrenos.
- Hangares.

La Retribución de los locales y servicios para líneas aéreas y actividades diversas, mencionada en el punto 2.1, se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos por el Concesionario.>>

6. Con fecha 21 de julio de 2004, el Consejo Directivo, a través del Acuerdo N° 505-146-04-CD-OSITRAN, aprobó el Informe Técnico Legal N° 001-04-GAL-OSITRAN y en consecuencia, acordó recomendar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), que otorgue a LAP una excepción temporal y extraordinaria para el cumplimiento de dicha obligación, en base a las consideraciones señaladas en el precitado Informe Técnico Legal.
7. Con fecha 09 de agosto de 2004, se remite al MTC el Oficio Circular N° 025-04-GG-OSITRAN, el mismo que adjunta del Acuerdo N° 505-146-04-CD-OSITRAN y el Informe Técnico Legal N° 001-04-GAL-OSITRAN.
8. En el precitado informe se concluye lo siguiente:
  1. <<OSITRAN no tiene facultades legales para autorizar a LAP a que no ejecute la obligación contenida en el Numeral 2.1 del Anexo N° 5 del contrato de concesión del AIJCH, con relación al mecanismo específico para asignar espacios para aerolíneas.
  2. Considerando los planes de desarrollo de LAP, actualmente la empresa concesionaria no enfrenta un problema de restricción de espacios disponibles para asignar a las líneas aéreas que le pudieran solicitar acceso al AIJCH.
  3. Se debe recomendar al Concedente, evaluar la conveniencia de otorgar a LAP una excepción temporal del cumplimiento de la obligación de ejecutar la subasta a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión, sometiéndose durante todo el período que dure dicha excepción a la aplicación del REMA de OSITRAN.>>
9. Con fecha 05 de octubre de 2004, el MTC remite el Oficio de la referencia, mediante el cual solicita se amplíe el Informe Técnico Legal N° 001-04-GAL-OSITRAN, con el fin de que se establezca la base legal para recomendar al Concedente el evaluar el otorgamiento de una autorización temporal de incumplimiento contractual a LAP.

#### **IV. MATERIAS DE ANÁLISIS:**

- A. Base legal para el otorgamiento de una autorización temporal de incumplimiento contractual a LAP: Quién es el acreedor y el deudor de la obligación de subastar locales y espacios para aerolíneas.
- B. Términos de una concordancia adecuada entre el contrato de concesión y el marco formativo regulatorio.

#### **V. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSION:**

- A. Base Legal para el otorgamiento de una autorización temporal de incumplimiento contractual a LAP: Quién es el acreedor y el deudor de la obligación de subastar locales y espacios para aerolíneas:
  1. Con el fin de realizar el análisis legal materia del presente informe, es necesario considerar en primer lugar que de acuerdo a lo que establece el Numeral 24.12 del contrato de concesión, éste deberá interpretarse como una unidad, y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente.

2. La obligación contractual de llevar a cabo una subasta al mejor postor a que se refiere el Numeral 2.1 del Anexo N° 5 del contrato de concesión, tiene como fin promover competencia entre aquellos agentes económicos que requieren que se les asigne locales y espacios en el AIJCH, que son necesarios para la provisión de diversos servicios por parte de las aerolíneas.
3. De acuerdo a lo establecido en el C.C, las obligaciones pueden ser:
  - a) De dar
  - b) De hacer
  - c) De no hacer
  - d) Alternativas y facultativas
  - e) Divisibles e indivisibles
  - f) Mancomunadas y solidarias

4. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1148° del C.C:

<<Artículo 1148.- Plazo y modo de obligaciones de hacer

El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.>>

5. De acuerdo a lo establecido en el precitado Artículo y lo dispuesto por el Numeral 2.1. del Anexo N° 5, dicha obligación es una “Obligación de hacer”, exigible a LAP, que es quien debe llevar a cabo la subasta al mejor postor, por lo que resulta claro que la empresa concesionaria es la deudora de dicha “obligación de hacer”.

Asimismo, de acuerdo al tenor de la precitada disposición contractual, la referida “obligación de hacer” a cargo de LAP, tiene como fin “garantizar la transparencia y promover la competencia en la asignación de los locales”.

En ese sentido, el acreedor beneficiario de la ejecución de dicha obligación es el Estado, representado por el ente Concedente.

6. En efecto, de acuerdo a una interpretación sistemática del Contrato, el Numeral 2.1 del Anexo N° 5, debe ser interpretado de manera concordada con lo establecido en la Cláusula Séptima, según la cual, los Servicios Aeroportuarios serán prestados conforme a las *Leyes Aplicables que regulan el libre acceso al mercado*, observándose en la prestación de los mismos, además de los principios enunciados a continuación, las normas que sobre la materia dicte OSITRAN y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ).

Al respecto, y de acuerdo con una interpretación del contrato acorde con la Constitución y la ley, es no sólo un interés del Estado sino una obligación, el promover la competencia en el mercado.

En ese sentido, es pertinente tomar en cuenta lo que dispone el Artículo 61 de la Constitución, según el cual:

*<<El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica controlista que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios>>.*

7. Asimismo, a nivel infra-constitucional, es pertinente lo dispuesto por el Decreto Legislativo No. 701<sup>1</sup> (norma establecida contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia), respecto del objeto de la norma:

*<<Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.*

*(...)*

*Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.>>*

8. Considerando el objeto de la obligación contenida en el Numeral 2.1 del Anexo N° 5, (promover competencia en la asignación de locales y espacios en el AIJCH para la provisión de servicios por las líneas aéreas), esta cláusula brinda al MTC como acreedor, la facultad de exigir o no que el Concesionario cumpla la referida obligación de hacer a que se ha hecho referencia, si es que se acredita que no se enfrenta problemas de restricción de espacio.
9. Sin embargo, la realización de una subasta es eficiente y técnicamente necesaria como mecanismo de asignación, cuando existe escasez del recurso que debe ser asignado, pues es un mecanismo que permite una asignación transparente y no discriminatoria.

En ese sentido, si se acredita que no existe escasez del recurso que debe ser asignado (en caso de la materia de análisis que motiva el presente informe ese “recurso” está constituido por los locales y espacios para la provisión de servicios para las líneas aéreas), no resulta necesario desde el punto de vista técnico exigir la realización de una subasta, pues en ese caso hay otras formas de llevar a cabo una asignación transparente y no discriminatoria. Dichos principios de asignación están consagrados nivel normativo en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) de OSITRAN.

10. En atención a lo anterior, es necesario señalar que el Informe Técnico Legal N° 001-04-CD-OSITRAN, sí cumplió con efectuar la interpretación del Numeral 2.1. del Anexo N° 5 que fue solicitada. Del mismo modo, indicó que el concedente se encontraba en capacidad de otorgar a LAP una excepción temporal del cumplimiento de la obligación contractual a su cargo, con base al hecho que es el Estado representado por el MTC, el acreedor beneficiario de la obligación de LAP de realizar una subasta.

---

<sup>1</sup> El mismo que es la “Ley Aplicable que regula el libre acceso al mercado”, de acuerdo a la Cláusula Séptima.

11. Asimismo, las recomendaciones efectuadas en el precitado informe resultan consistentes entre sí, en el sentido de que durante el tiempo que durase el otorgamiento de la excepción temporal de cumplimiento de la obligación contractual a LAP, ésta debía sujetarse a lo dispuesto por el REMA, en caso que no haya escasez, se puede realizar la asignación mediante un procedimiento de negociación directa, de manera acorde con los principios y procedimientos establecidos en dicho Reglamento.

B. Términos de una concordancia adecuada entre el contrato de concesión y el marco normativo regulatorio:

1. El REMA constituye el marco regulatorio del derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, asociadas a la infraestructura de transporte de uso público bajo la competencia de OSITRAN.
2. La mencionada norma, tiene por objeto establecer las reglas y procedimientos aplicables al derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, que tienen los usuarios intermedios que requieren la infraestructura de transportes de uso público calificada como tal, con el fin de poder proveer sus propios servicios en el mercado. Por tanto, establece los criterios técnicos, económicos y legales, así como los procedimientos a los cuales deberán sujetarse los contratos de Acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración, y los Mandatos de Acceso y demás pronunciamientos que emite OSITRAN sobre el Acceso a las Facilidades Esenciales.
3. De acuerdo al Literal a) del Artículo 19º, el derecho de Acceso se otorgará mediante negociación directa, cuando la disponibilidad de infraestructura permita atender todas las solicitudes de Acceso declaradas procedentes. Se procederá de igual manera, si el número de bases entregadas o vendidas en un procedimiento de subasta, es menor o igual al número de espacios de que dispone la infraestructura. En tal caso, el contrato de acceso se celebrará como consecuencia de una negociación directa.
4. Del mismo modo, el Literal b) del Artículo 19º establece que el derecho de Acceso se otorgará mediante el mecanismo de subasta, si la infraestructura disponible no alcanza para atender todas las solicitudes de acceso declaradas procedentes. En tal caso, el contrato de acceso se celebrará como consecuencia de una subasta.
5. En ese sentido, a diferencia del marco regulatorio de OSITRAN, que establece la obligación de subastar sólo en caso de restricciones de espacio (salvo que la Entidad Prestadora pueda acreditar la existencia de otro mecanismo de asignación de la Facilidad Esencial, equitativo y eficiente), el contrato de concesión establece expresamente la obligación de llevar a cabo una subasta al mejor postor, en cualquier circunstancia, lo que como se ha señalado no es lo más conveniente desde el punto de vista técnico.
6. De acuerdo a su marco normativo, la regla general que obliga a OSITRAN, es supervisar y en su caso fiscalizar, el cabal cumplimiento de lo expresamente previsto en el contrato de concesión. En consecuencia, OSITRAN no tiene facultades legales para autorizar a LAP a que no ejecute la obligación contenida en el Numeral 2.1 del Anexo N° 5 del contrato de concesión del

AIJCH; porque el único autorizado para hacerlo es el acreedor de la obligación contractual de LAP, que es el Estado representado por el MTC.

7. En ese sentido, existe una clara discordancia entre lo establecido en el marco regulatorio de OSITRAN (REMA), y lo establecido en el punto 2.1. del Anexo N° 5 del contrato de concesión, en los casos en que la Entidad Prestadora no enfrenta problemas de restricción de espacio.
8. Sin perjuicio de que el MTC, como acreedor de la obligación contractual a cargo de LAP, tiene la facultad de no exigir temporalmente el cumplimiento de la misma, en los casos en que se haya acreditado que no se enfrenta escasez de infraestructura, es necesario considerar que tomando en cuenta todo el tiempo de vigencia del contrato de concesión que queda, es probable que la situación en la que no haya escasez de infraestructura se de en más de una ocasión.
9. Por tanto, somos de la opinión que el contrato de concesión del AIJCH debería tener concordancia con el marco normativo regulatorio, y que sería conveniente que tanto el Concedente, el Concesionario, como el Organismo Regulador, pudieran atenerse al cumplimiento de un marco flexible, así como al cumplimiento de principios y procedimientos de asignación de las Facilidades Esenciales aeroportuarias, que sean transparentes y no discriminatorios.
10. Desde el punto de vista legal, la actual discordancia entre el contrato de concesión y el marco normativo regulatorio puede enfrentarse válidamente de dos maneras:
  - a) Mediante el otorgamiento de una excepción temporal a LAP como deudor, por parte del acreedor natural de la obligación de subastar locales y espacios para aerolíneas, que es el Estado representado por el MTC, recomendación que fue aprobada por Acuerdo N° 505-146-04-CD-OSITRAN, con base al Informe N° 001-04-CD-OSITRAN.
  - b) Mediante la modificación de la obligación contractual de LAP, contenida en el Numeral 2.1 del Anexo N° 5 del contrato de concesión, con el fin de que la empresa concesionaria se someta a la aplicación del REMA para asignar las Facilidades Esenciales aeroportuarias a su cargo, cumpliendo los principios, normas y procedimientos contenidos en dicha norma.

Esta segunda alternativa tiene como base lo establecido en el Artículo 33° 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 (TUO).

## **VI. CONCLUSIONES:**

1. El objeto de la obligación contenida en el Numeral 2.1 del Anexo N° 5, es promover competencia en la asignación de locales y espacios en el AIJCH para la provisión de servicios por las líneas aéreas. Por tanto, el Acreedor de dicha obligación es el Estado representado por el MTC y el deudor obligado es Lima Airport Partners S.R.L. Como Acreedor, el MTC está en la facultad de no exigir a LAP, excepcionalmente, el cumplimiento de la obligación de subastar,

en el caso en que se ha acreditado que no se enfrenta problemas de escasez de infraestructura.

2. La realización de una subasta al mejor postor es eficiente y técnicamente necesaria como mecanismo de asignación, cuando exista escasez del recurso que debe ser asignado, pues es un mecanismo que permite una asignación transparente y no discriminatoria.
3. A diferencia del REMA de OSITRAN (que establece la obligación de subastar en caso de restricciones de espacio), el Numeral 2.1 del anexo N° 5 del contrato de concesión del AIJCH establece expresamente, la obligación de llevar a cabo una subasta al mejor postor en cualquier circunstancia.
4. Con el fin de establecer una concordancia entre el contrato de concesión y la aplicación del marco normativo regulatorio, es legalmente válido que el Concedente adopte cualquiera de las siguientes decisiones:
  - a) Considerando su calidad de acreedor de LAP, otorgarle a ésta como deudor una excepción temporal del cumplimiento de la obligación de subastar locales y espacios para líneas aéreas, en el caso se acredite que no se enfrenta problemas de restricción de espacio.
  - b) Con base a lo establecido en el Artículo 33° del TUO, modificar la obligación contractual de LAP (contenida en el Numeral 2.1 del Anexo N° 5 del contrato de concesión), con el fin de que ésta se someta a la aplicación del REMA, en cuanto a los principios, normas y procedimientos aplicables para asignar las Facilidades Esenciales aeroportuarias a su cargo en virtud al contrato de concesión.

Atentamente,

**FELIX VASI ZEVALLOS**  
Gerente de Asesoría Legal