

Resolución de Gerencia General

Nº 039-03-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión
ENTIDAD PRESTADORA : Lima Airport Partners S.R.L.
MATERIA : Incumplimiento del Artículo 42º del
Reglamento de Cobro y Aplicación, Infracciones
y Tasas.

Lima, 04 de noviembre de 2003.

VISTOS:

El Expediente Nº 09-2003-GS-OSITRAN y el Informe Nº 071-03-GAL-OSITRAN, remitido a la Gerencia General con fecha 27 de octubre de 2003, por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, mediante el cual se evalúa la tipificación, calificación y sanción aplicable al procedimiento administrativo sancionador en trámite;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. El 14 de febrero de 2001 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH), entre el Estado Peruano y el consorcio Adjudicatario que posteriormente constituyó a LAP, la empresa concesionaria.
2. A solicitud de LAP, con fecha 12 de marzo de 2001, OSITRAN le remitió la Carta Nº 028-01-DTIT/OSITRAN, mediante la cual se autorizó la extensión de los contratos suscritos con las empresas que prestaban el servicio de Rampa y que vencieron a la Fecha de Cierre, hasta por seis meses (hasta el 14 de agosto de 2001).
3. A requerimiento de OSITRAN, con fecha 10 de Agosto de 2001, LAP remitió un proyecto de bases para la subasta del servicio de operación de Rampa en el AIJCH. Dicho proyecto planteaba restringir a dos (02) el número de empresas que podrían prestar este servicio.
4. Con fecha 16 de octubre de 2001, OSITRAN envió el Oficio Nº 365-01-GG-OSITRAN, el cual señaló que LAP debía extender los contratos con los operadores del servicio de Rampa hasta que se otorgara la Buena Pro a los operadores que resultar ganadores del proceso de subasta requerido por el contrato de concesión.

Asimismo, en el referido oficio se indicó que LAP debía reformular las bases presentadas (sin indicar plazo), y se adjuntó un informe que señala recomendaciones para la reformulación de las mismas. En dicho informe, OSITRAN señala que el hecho

que exista un operador con contrato vigente (Perú Dispatch) hasta el 30 agosto de 2003, podría generar ventajas entre esta firma y los ganadores de la subasta, por lo que las bases deberían adecuarse a las condiciones en las que opera dicho competidor.

5. Con fecha *16 de enero de 2003* se remitió a LAP el Oficio N° 010-03-GS-C1-OSITRAN, mediante el cual se le comunica que los contratos existentes con operadores del servicio de Rampa continuarían vigentes *sólo hasta el 30 de agosto de 2003*, y se le requiere que en un plazo de 15 días, remita las bases a utilizar para subastar los servicios de rampa.
6. El 5 de febrero de 2003, mediante Carta LAP 021-03/GL, el concesionario LAP presentó dos modelos de bases, referidas al servicio de Rampa para terceros y para autoservicio.
7. El 4 de marzo de 2003, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN presentó el Informe N° 054-03-C2-OSITRAN, en el cual se formuló observaciones a los proyectos de bases presentados por LAP, usando como insumo los comentarios presentados por las empresas prestadoras del servicio de Rampa.
8. Con fecha 07 de marzo de 2003, se remite a LAP el Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN, el mismo en el que se notifica a LAP el Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, que aprueba el Informe N° 054-03-GS-OSITRAN, con las observaciones al proyecto de Bases de la subasta para la operación del servicio de Rampa en el AIJCH.
9. *El plazo otorgado por el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, expiró el 28 de marzo de 2003, sin que LAP cumpliera con presentar las nuevas bases en la fecha requerida por dicho órgano colegiado.*
10. Mediante oficio N° 242-03-GS-C1-OSITRAN, de fecha 24 de abril de 2003, se reiteró solicitudes anteriores referidas a la remisión de bases para la subasta mencionada, *reiterando que este proceso debía finalizar antes del 30 de agosto de 2003*, que era la fecha de culminación de la vigencia de los contratos existentes con operadores del servicio de Rampa.
11. El 29 de abril de 2003 se emite el Informe N° 102-GS-C1-OSITRAN, el cual concluye que LAP ha incumplido el Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, al no haber presentado las nuevas bases para subastar los servicios de rampa. Asimismo, dicho Informe recomienda iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.
12. Mediante Oficio N° 422-03-GS-A1-OSITRAN del 15 de julio 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° 102-GS-C1-OSITRAN, se le notifica a LAP que:
 - Los hechos descritos significan que LAP ha incumplido con la decisión de OSITRAN contenida en el Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, debido a que el pasado 28 de marzo se venció el plazo para presentar el nuevo proyecto de bases para subastar el servicio de rampa en el AIJC.

- Dicha conducta está tipificada en el artículo 42° - Incumplimiento de las normas y decisiones del OSITRAN - del Reglamento de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN.
 - El incumplimiento descrito califica en la categoría de Leve de acuerdo al artículo 5° - Tipos de Infracciones - del RIS, el cual establece lo siguiente:

“d) Leve: Las Entidades Prestadoras incurrirán en infracción leve cuando, sin afectar la prestación ordinaria y la continuidad de los servicios, incumplan con obligaciones accesorias que ocasionen retrasos, o cuando afecten la calidad de los mismos o perjudiquen los intereses de los Usuarios o el normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión.”
 - En aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN que modificó el artículo 6° del RIS, correspondería como sanción una amonestación pública o una multa hasta de 0.2% de los ingresos brutos anuales que hayan sido facturados por el infractor, en el ejercicio inmediato anterior a la Resolución de Sanción que emita el órgano competente de OSITRAN.
13. Las Bases para la subasta de Rampa fueron finalmente presentadas por LAP ante OSITRAN, con fecha 1° de agosto de 2003.
 14. Mediante Oficio N° 477-03-GS-C1-OSITRAN, de fecha 07 de agosto de 2003, OSITRAN le informa a LAP que luego de una revisión preliminar de las bases alcanzadas, se identificó que éstas no consideraban las observaciones 3.4.1, 3.4.2, 3.4.6, 3.4.11, 3.4.12, 3.4.13, 3.4.15 y 3.4.16 formuladas en el informe N° 054-03-C2-OSITRAN.
 15. Con fecha 14 de agosto de 2003, la Gerencia de Supervisión emite el Oficio N° 194-03-GS-A1-OSITRAN, el mismo en el que se concluye que LAP incumplió con el requerimiento efectuado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, incurriendo en la infracción tipificada en el Artículo 42° del RIS de OSITRAN.

Así mismo, el mencionado informe recomienda imponer a LAP una amonestación pública a LAP, por haber incumplido con el Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN.
 16. Mediante Carta LAP/324-03/GL, de fecha 15 de agosto de 2003, LAP expone las razones por las cuales considera que determinadas observaciones contenidas en el Informe N° 054-03-C2-OSITRAN son inconsistentes.
 17. Mediante Oficio N° 518-03-GS-C1-2003, de fecha 20 de agosto de 2003, OSITRAN respondió a los cuestionamientos de LAP, indicando que habiendo expirado el plazo señalado en el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), para que ésta solicite una Reconsideración del Acuerdo del Consejo Directivo que aprobó el Informe N° 054-03-C2-OSITRAN, LAP debía incluir obligatoriamente las observaciones efectuadas en dicho informe.

18. Con fecha 04 de septiembre de 2003, mediante Memorandum N° 067-03-GG-OSITRAN, la Gerencia General solicita a la Gerencia de Supervisión que le remita un informe ampliatorio, en el que solicita se tome en consideración que no se acató lo dispuesto por la más alta autoridad de OSITRAN, y que aún en el caso que se considere que la infracción es Leve, se señale el sustento de la propuesta para imponer a LAP únicamente una amonestación pública por la infracción cometida.
19. Con fecha 23 de septiembre de 2003, la Gerencia de Supervisión emite la Nota N° 156-GS-A1-OSITRAN, la misma en la que se señala que:
- La presentación de las Bases es una obligación accesoria de la obligación contractual referida a la ejecución de la subasta al mejor postor para seleccionar a los Operadores de Rampa, esta última obligación contractual que cuenta con una fecha de vencimiento y que puede constituir materia de la imposición de una sanción diferente.
 - De acuerdo al Artículo 47° del RIS, se debe notificar al administrado la calificación de la infracción, con el fin de que éste emita sus descargos. En ese sentido, ya se notificó a LAP que el incumplimiento calificaba como una infracción "Leve".
 - La GS sustentó a GG la recomendación de la imposición de una amonestación pública, porque consideró que no se cuenta con evidencia de la intencionalidad, perjuicio causado a terceros o beneficios cometidos por el infractor.
20. Por el mérito de lo establecido por el Literal i) del Artículo 50° del RIS, con fecha 30 de septiembre de 2003, la Gerencia General solicita a la Gerencia de Asesoría Legal, que elabore un informe que analice las materias vinculadas a la imposición de la sanción objeto del procedimiento administrativo sancionador en trámite (tipificación, calificación y sanción aplicable), y que proponga el proyecto de Resolución de GG que corresponde.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado del expediente N° 09-2003-GS-OSITRAN, este órgano resolutorio considera que las cuestiones en discusión son las siguientes:

- A. ¿Cuál es la tipificación que corresponde al incumplimiento materia del procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el presente informe?
- B. ¿Cuál es la calificación que corresponde a la infracción cometida?
- C. ¿Cuál es la sanción aplicable a dicho incumplimiento y el sustento de la misma?.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- A. ¿Cuál es la tipificación que corresponde al incumplimiento materia del procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el presente informe?

1. El Literal a) del Numeral 1.2. del Anexo N° 5 del contrato de concesión establece lo siguiente:

- <<1.2. Servicios Aeroportuarios Prestados por Terceros.
a. Servicio de Rampa o Manipulación en Tierra (Ground Handling).

El presente servicio podrá ser brindado por terceros (Operadores Secundarios). A dichos terceros seleccionados no les será permitido el subarrendamiento o la cesión o traspaso bajo cualquier título de los servicios que presten.

La selección de los Operadores se hará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual **podrá ser objeto de fiscalización por parte de OSITRAN**.

El Concesionario podrá dar este servicio en forma directa (sin subasta) o a través de una de las Filiales, la que se constituye en operador. En este caso, el pago que deberá efectuar la Filial operadora al Concesionario será el promedio de los otros operadores.

Las tarifas de estos servicios se determinarán sobre la base de la libre oferta y demanda, para lo cual el Concesionario deberá permitir el ingreso de otras empresas.

La Retribución se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos del Concesionario.

Los ingresos del Concesionario por este concepto no podrán ser menores al 10% de la facturación del Operador Secundario. OSITRAN podrá actualizar este porcentaje de acuerdo a la realidad del mercado.>>

2. De acuerdo a la referida cláusula, la subasta al mejor postor que por estipulación contractual es obligatorio que LAP lleve a cabo con el fin de seleccionar a los operadores del servicio de Rampa, **puede ser objeto de fiscalizada por parte de OSITRAN**.
3. Esa facultad otorgada a OSITRAN por el contrato de concesión del AIJCH, para decidir la fiscalización de dicho proceso de subasta, está determinada por lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la infraestructura de transporte de uso público (REMA), aprobado por Resolución N° 034-2001-CD-OSITRAN.
4. El REMA, es una “Norma” de OSITRAN que es de obligatorio cumplimiento para LAP, de conformidad con lo establecido por el Numeral 1.35¹ y lo establecido en la Cláusula Séptima² del contrato de concesión.
5. En tal virtud, la obligación de presentación de las Bases para la subasta al mejor postor del servicio de Rampa, para la debida aprobación por parte de OSITRAN, se deriva de lo establecido en el Artículo 37° del REMA, considerando que el servicio de Rampa es un Servicio Esencial, que para poder ser prestado requiere

¹ <<1.35. “Normas” significarán los reglamentos, directivas y resoluciones, **que serán de carácter obligatorio para el Concesionario, que de conformidad con su ley de creación puede dictar OSITRAN**, incluyendo, pero sin limitarse a aquellas relativas a infracciones y sanciones vinculadas al objeto del presente Contrato.>>

² Cláusula Séptima:

<<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 (INDECOPI).>>

que infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial sea adjudicada, lo que por disposición contractual se ejecutará necesariamente mediante un procedimiento de subasta al mejor postor.

6. En consecuencia, no cumplir con presentar las Bases para la subasta al mejor postor para la prestación del servicio de Rampa, para la correspondiente aprobación por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, constituye una trasgresión a lo establecido en el Artículo 37° y 40° del REMA y es por tanto el incumplimiento de una obligación de origen legal.
7. Por tanto, para efectos de la tipificación de la infracción, se debe considerar en primer término, que con fecha 07 de marzo de 2003, se remitió a LAP el Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN, el cual notificó a la empresa concesionaria el Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, que hizo suyo el Informe N° 054-03-GS-OSITRAN, con las observaciones formuladas al proyecto de Bases de la subasta para la operación del servicio de Rampa, presentado por LAP ante OSITRAN con fecha 5 de febrero de 2003, mediante Carta LAP 021-03/GL, previo requerimiento de OSITRAN de fecha 16 de enero de 2003.
8. Así mismo, se debe apreciar que LAP recién presentó el nuevo proyecto de Bases requerido por el Consejo Directivo de OSITRAN, el 1° de agosto de 2003, cuando el plazo otorgado por el referido órgano funcional venció el 28 de marzo de 2003.
9. En consecuencia, es claro que LAP incurrió en la infracción a que se refiere el Artículo 42° del RIS, la misma que señala lo siguiente:

<<INFRACCIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y DECISIONES DEL OSITRAN

Artículo 42°.- Incumplimiento de las normas y decisiones del OSITRAN

Las Entidades Prestadoras que incumplan con las normas y decisiones de los órganos competentes del OSITRAN, incurrirán en infracción muy grave, grave o leve, de conformidad con lo establecido por el artículo 5° y demás disposiciones del presente Reglamento.>>

B. ¿Cuál es la calificación que corresponde a la infracción cometida?

1. El Artículo 5° del RIS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, establece los siguientes tipos de infracciones:

<<Artículo 5°.- Tipos de infracciones

Las infracciones en las que pueden incurrir las Entidades Prestadoras se clasifican de la siguiente manera:

- a) **Extremadamente grave:** las Entidades Prestadoras incurrirán en infracción extremadamente grave cuando no presten los servicios derivados de la explotación de la infraestructura a que se encuentran obligadas; es decir,

cuando de tales infracciones se derive la imposibilidad de brindar por tiempo indeterminado los servicios que constituyen el objeto principal de sus contratos de concesión.

Igualmente, constituye infracción extremadamente grave la falsedad, la deliberada distorsión, el ocultamiento, la destrucción o la alteración de la información que las Entidades Prestadoras deben presentar al OSITRAN.

- b) **Muy grave:** las Entidades Prestadoras incurrirán en infracción muy grave cuando sus acciones u omisiones impidan la utilización de la infraestructura de uso público y la prestación del servicio en las condiciones y oportunidad establecidas en los contratos y normas aplicables, por un plazo sustancial, cuando expongan a grave riesgo la seguridad o integridad de las personas o instalaciones, o cuando contribuyan al exterminio de alguna especie natural.

Del mismo modo, incurren en infracción muy grave cuando sus acciones u omisiones impiden u obstaculizan de manera sustancial el ejercicio de las funciones de supervisión a cargo del OSITRAN.

- c) **Grave:** las Entidades Prestadoras incurrirán en infracción grave cuando sus actos u omisiones afecten la prestación ordinaria y la continuidad del servicio, pongan en riesgo menor la seguridad o integridad de las personas o instalaciones, o cuando perjudiquen el equilibrio ecológico y la utilización de los recursos naturales renovables en general.

Incurren en infracción grave las Entidades Prestadoras que incumplan sus obligaciones legales o contractuales relativas al modo y oportunidad de uso y registro de la información.

- d) **Leve:** las Entidades Prestadoras incurrirán en infracción leve cuando, sin afectar la prestación ordinaria y la continuidad de los servicios, incumplan con obligaciones accesorias que ocasionen retrasos, o cuando afecten la calidad de los mismos o perjudiquen los intereses de los Usuarios o el normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión.>>

2. El incumplimiento de LAP de presentar ante OSITRAN, las Bases para la subasta al mejor postor para la selección de los operadores del servicio de Rampa, para su debida aprobación por parte del Consejo Directivo, con fecha 28 de marzo de 2003; es un incumplimiento de una decisión de OSITRAN, por ende un incumplimiento de origen legal. Dicha decisión se refiere a la presentación de nuevas Bases que incorporen las observaciones de OSITRAN, requeridas mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, notificado a LAP con fecha 07 de marzo de 2003, mediante Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN.
3. Al respecto, se debe considerar que dicho incumplimiento de LAP, no impidió que los Operadores del Servicio de Rampa, con quienes OSITRAN autorizó a LAP a prorrogar sus contratos hasta el 30 de agosto de 2003; prestaran efectivamente

sus servicios en el AIJCH. En ese sentido, ello no afectó la continuidad de las operaciones de dichas empresas operadoras.

4. Sin embargo, es claro que LAP incumplió con una obligación que efectivamente puede calificarse de “accesoria” (tal como señala el Literal d) del Artículo 5° del RIS y la Nota N° 156-03-GS-A1-OSITRAN) a la realización de la subasta, que con carácter obligatorio establece el contrato de concesión; como es el caso de la presentación de las Bases para la debida aprobación por parte del Consejo Directivo de OSITRAN de conformidad con el REMA, a más tardar el 28 de marzo de 2003, lo que efectivamente LAP hizo el 1° de agosto de este año.
5. Así mismo, consideramos que con dicho incumplimiento se ha afectado el normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión, puesto que OSITRAN ha recibido el proyecto de Bases requerido para su aprobación, con algo más de cuatro meses de retraso, lo que naturalmente, incide en una reducción del tiempo del período necesario para llevar a cabo la subasta a que obliga el contrato.
6. Al respecto, se debe tomar en cuenta que de acuerdo al Literal d) del Artículo 5° del RIS, no es necesario que todos los supuestos a que se refiere dicho artículo se den de manera concurrente, basta que se produzca uno de ellos.

En el presente caso, LAP incumplió con una obligación accesoria que produjo un retraso de su obligación principal, cual es la adjudicación mediante un procedimiento de subasta, y generó con ello adicionalmente, una afectación al normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión.

7. Por tanto, la calificación que corresponde al incumplimiento de LAP es la categoría relativa a las infracciones “Leves”, de acuerdo al RIS de OSITRAN.

C. ¿Cuál es la sanción aplicable a dicho incumplimiento y el sustento de la misma?

1. De acuerdo al Artículo 6° del RIS de OSITRAN, modificado mediante Resolución N° 029-2001-CD/OSITRAN, la escala de sanciones aplicables es la siguiente:

<<Artículo 6° .- Escala de sanciones

Las Entidades Prestadoras que incurran en infracción administrativa, serán sancionadas de conformidad con la siguiente escala que tendrá como **base de cálculo los ingresos brutos que hayan sido facturados por el infractor en el ejercicio inmediato anterior a la Resolución de Sanción que emita el órgano competente de OSITRAN**. El cálculo se realizará sobre la base de la facturación anual auditada. En caso que la entidad prestadora aún no hayan cumplido con un período anual completo, el cálculo se realizará sobre la base del promedio mensual de los meses transcurridos entre el inicio de la concesión y el mes inmediato anterior a la Resolución de Sanción multiplicado por 12.

- a) **La infracción leve será sancionada con amonestación pública o con una multa hasta de 0.2%;**
- b) La infracción grave será sancionada con una multa mayor al 0.2 % y hasta de 0.7%;
- c) La infracción muy grave será sancionada con una multa mayor al 0.7% hasta de 1.2%;

- d) La infracción extremadamente grave será sancionada con la revocación y caducidad de la concesión.>>
2. Con relación a la sanción aplicable a la infracción materia del presente procedimiento, se debe considerar en primer término que el primer requerimiento de presentación de las Bases se da en marzo de 2001. Por lo que el cumplimiento de la obligación de seleccionar a los operadores del servicio de Rampa mediante la realización de una subasta al mejor postor es una obligación que LAP conocía desde el inicio de vigencia de la concesión y con relación a la cual, hubo requerimientos desde el primer año de dicha concesión.
 3. Así mismo, se debe apreciar que desde el 16 de enero de este año, se advirtió a LAP que la obligación de seleccionar a los operadores del servicio de Rampa mediante la realización de una subasta al mejor postor, debía ejecutarse a más tardar el 30 de agosto de 2003, fecha en la que expiraba el plazo del contrato con PeruDispatch, por lo que con más de siete (7) meses de anticipación a esa fecha, el 16 de enero de 2003, OSITRAN solicita a LAP la presentación de las Bases correspondientes, de conformidad con el REMA.
 4. Así mismo, se debe considerar que LAP presentó las Bases que requirió el Consejo Directivo de OSITRAN, con más de cuatro (4) meses de retraso a la fecha otorgada por dicho órgano colegiado.
 5. Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que aún después de haber presentado el proyecto de Bases extemporáneamente, las mismas no incorporaban las observaciones del Consejo Directivo, aprobadas mediante Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, por lo que al retraso se debe agregar la inidoneidad del proyecto presentado por LAP.
 6. Finalmente, se debe considerar que incumpliendo lo establecido en el Artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), LAP presenta una reconsideración extemporánea a las observaciones del Consejo Directivo que le fueron notificadas con fecha 07 de marzo de 2003, mediante Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN.
 7. Por las consideraciones expuestas, no es sustentable que la sanción a la infracción materia del presente caso, sea tan sólo la imposición de una amonestación pública.
 8. Los hechos y circunstancias de la comisión de la infracción, analizados anteriormente, deben en igual medida ser tomados en cuenta con el fin de analizar el Numeral 3 del Artículo 230° de la LPAG. Al respecto, se debe tomar en cuenta lo siguiente:
 - a. No se considera pertinente imponer una simple amonestación pública a LAP en el presente caso, considerando la antigüedad con que se hizo el primer requerimiento de las Bases por parte de OSITRAN, la considerable anticipación con que la Gerencia de Supervisión (16/01/03) requirió la

presentación de Bases en este año a LAP y los más de cuatro meses del retraso de LAP en la presentación.

Al respecto, se considera que a la luz de tales hechos, se estaría introduciendo un incentivo perverso al comportamiento de la Entidad Prestadora, que efectivamente terminaría permitiendo que la infracción de la conducta sancionable fuese más ventajosa para la empresa concesionaria que el debido cumplimiento de la obligación.

- b. Así mismo, se debe merituar que no fue poco el tiempo transcurrido sin que se produjera el cumplimiento de la presentación de las Bases requeridas, a pesar de los diversos requerimientos efectuados por escrito, por lo que no se podría sustentar que LAP “no tuvo la intención” de incumplir, dado que aún en el caso de la presentación tardía de las Bases, éstas tampoco cumplían con incorporar las observaciones aprobadas por el Consejo Directivo. Lo que revela el mantenimiento del incumplimiento de LAP, aún después de tomar conocimiento de las observaciones.
- c. Así mismo, con relación al perjuicio causado, somos de opinión que sí se ha producido un perjuicio al normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión, puesto que OSITRAN ha recibido las Bases solicitadas con más de cuatro meses de retraso y ello indudablemente incide en la verificación del cumplimiento de la obligación contractual principal, de conformidad con el procedimiento establecido en el REMA, norma que se aplica supletoriamente, en caso de faltas de previsión del contrato de concesión, como es el caso del procedimiento mismo y plazos del procedimiento de adjudicación.

Al respecto, se debe considerar que el Numeral 3 del Artículo 230° no se refiere únicamente al “perjuicio causado a terceros”, sino que concordando esa norma con el Literal d) del Artículo 5° del RIS, se tiene que es relevante para efectos de la imposición de la sanción en el presente caso el “perjuicio” consistente en afectar el normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión.

Sin embargo, es claro que el retraso en la presentación de las Bases requeridas por OSITRAN, incorporando las observaciones formuladas por el organismo supervisor, incide en una demora en la selección de operadores que abra la posibilidad a una participación anticipada de otros agentes económicos, distintos a los que actualmente prestan el servicio en el AIJCH, lo que ciertamente puede causar perjuicios a potenciales usuarios intermedios.

- d. Finalmente, LAP presentó una Reconsideración extemporánea ante OSITRAN, de las observaciones aprobadas por el Consejo Directivo mediante Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, lo que refleja cuando menos, una conducta poco diligente de LAP con relación al cumplimiento de la obligación materia de la presenta resolución.

9. Del mismo modo, se debe tener presente que el incumplimiento de LAP está tipificado claramente en el Artículo 42° del RIS, “Norma” de obligatorio cumplimiento para LAP, a tenor de lo dispuesto por el Numeral 1.35 del contrato de concesión, por lo que se cumple el principio de Legalidad y Tipicidad a que se refieren los Numerales 1 y 4 del Artículo 230° de la LAPG, respectivamente.

IV. CONCLUSIONES:

1. LAP ha incurrido en la infracción a que se refiere el Artículo 42° del RIS, al no presentar el 28 de marzo de 2003 las Bases requeridas por el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN de fecha 07 de marzo de 2003; tomando en cuenta las observaciones aprobadas por el Consejo Directivo de OSITRAN. Dicho incumplimiento de LAP es por tanto de origen legal.
2. La calificación de la infracción cometida es la correspondiente a la categoría de infracciones “Leves”, considerando que LAP incumplió con una obligación que efectivamente puede calificarse de “accesoria” a la obligación de realizar la subasta al mejor postor; y, así mismo, que con dicho incumplimiento, se ha afectado el normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión a cargo de OSITRAN.
3. No se considera conveniente imponer una simple amonestación pública a LAP en el presente caso, pues con ello, se estaría introduciendo un incentivo perverso al comportamiento de LAP, que efectivamente terminaría permitiendo que la infracción de la conducta sancionable fuese más ventajosa para la empresa concesionaria que el debido cumplimiento de la obligación legal.
4. No fue poco el tiempo transcurrido sin que se produjera el cumplimiento de la presentación de las Bases requeridas, a pesar de los diversos requerimientos efectuados por escrito, por lo que no se podría sustentar que LAP “no tuvo la intención” de incumplir, dado que aún en el caso de la presentación tardía de las Bases, éstas tampoco cumplían con incorporar las observaciones aprobadas por el Consejo Directivo.
5. Sí se ha producido un perjuicio al normal desenvolvimiento de las acciones de supervisión, puesto que OSITRAN ha recibido las Bases solicitadas con más de cuatro meses de retraso y ello incide en la verificación del cumplimiento de la obligación contractual principal.

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

PRIMERO: Imponer a LAP una sanción equivalente al 0.05% de sus ingresos brutos que hayan sido facturados por LAP el año 2002, por el incumplimiento del Artículo 42° del RIS de OSITRAN calificado como “Leve”.

SEGUNDO: Notificar la presente resolución y el Informe N° 071-03-GAL-OSITRAN a Lima Airport Partners S.R.L. y, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de concedente.

TERCERO: 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

\\SERVER01\GERGENERAL\Resoluciones\Res-GG-039.doc/7162