

Cuerpo Colegiado del Organismo
Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso
Público – OSITRAN

Lima, 12 de abril de 2002

RESOLUCIÓN N° 006-02-CCO/OSITRAN

EXPEDIENTE N° : 002-01-CCO/OSITRAN
DENUNCIANTE : CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y
AVIACIÓN COMERCIAL S.A. – CORPAC S.A.
DENUNCIADO : CONCESIONARIO DEL AEROPUERTO
INTERNACIONAL “JORGE CHÁVEZ”, LIMA AIRPORT
PARTNERS S.R.L.
MATERIA : OBLIGACIÓN DE RETIRO DE AERONAVES EN
ABANDONO

RESOLUCIÓN FINAL

ANTECEDENTES:

A.- DENUNCIA:

1. Con fecha 25 de setiembre 2001, Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. - CORPAC interpone denuncia contra LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.- LAP a fin de que, mediante la correcta interpretación del Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial y Atribución de Obligaciones y Responsabilidades (Contrato de Colaboración Empresarial) suscrito entre la denunciante y la denunciada, se establezca que la obligación de CORPAC está referida a retirar las aeronaves del área de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez - AIJCH que se encuentren en situación real de abandono.
2. La denunciante manifiesta que a partir de la suscripción del mencionado Contrato, se iniciaron las acciones correspondientes ante la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) a fin de obtener la declaratoria de abandono o destrucción de las aeronaves estacionadas en la Cabecera 33 de la Pista de Aterrizaje del AIJCH, de acuerdo al procedimiento que para tal efecto establece la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil, obteniendo

como resultado que, de las quince (15) aeronaves estacionadas ocho (8) son de responsabilidad de ADUANAS, una (1) está adjudicada a la Policía Nacional del Perú, tres (3) pertenecen a terceros y únicamente es obligación de la denunciante retirar las tres (3) restantes del área de concesión por sus propios medios, asumiendo el costo que éstas ocasionen como consecuencia del espacio ocupado.

3. Además, agrega la denunciante que a pesar de haber comunicado estos hechos a la denunciada y de haberle demostrado con documentación sustentatoria que, salvo las tres aeronaves de responsabilidad de CORPAC, doce (12) de ellas tienen identificada la titularidad de sus propietarios, la denunciada ha cursado la factura N° 002-2040 cobrando la suma de US \$ 33,422.70 equivalente al íntegro del espacio ocupado por las aeronaves materia de la presente denuncia.
4. Finalmente, la denunciante solicitó al Cuerpo Colegiado (CCO) que ordene una Medida Cautelar a fin de que LAP se abstenga de seguir reteniendo indebidamente y sin conformidad de CORPAC, cualquier suma que provenga de los ingresos que por Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto por pasajeros embarcados en vuelos internacionales - TUUA internacional le corresponde percibir a CORPAC para hacerse cobro de la renta por el área ocupada.

B.- CONTESTACIÓN DE LA DENUNCIA:

1. Mediante escrito de fecha 17 de octubre de 2001, LAP contesta la denuncia solicitando que se la declare improcedente dado que la pretensión de la presente controversia no es de competencia del CCO al no encontrarse dentro del ámbito que señala el Reglamento General de OSITRAN y el Reglamento de Solución de Controversias, sino que por el contrario, es una controversia de naturaleza contractual en la que están de por medio intereses particulares de las entidades prestadoras.
2. Además de cuestionar la competencia del órgano colegiado, la denunciada contradice los argumentos de la demandante sosteniendo que es incorrecta la interpretación que hace del numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial, toda vez que pretende definir a las "Aeronaves en Abandono" de acuerdo a lo que señala la Ley de Aeronáutica Civil prescindiendo de la definición que las partes han convenido en dicho contrato con relación a las aeronaves que se encuentran en el Anexo 3 del mismo.
3. Asimismo, la denunciada señala que el compromiso asumido por CORPAC de retirar las aeronaves en el plazo establecido en el Contrato, no está sujeto al cumplimiento de condición alguna, es decir, esta obligación comprende también a aquellas actividades que debe desarrollar CORPAC para obtener la autorización de retiro de las aeronaves con los propietarios de las mismas. Por lo tanto, y no

habiéndolas retirado en el plazo previsto es que se ha procedido al cobro por el área ocupada, tal como lo prevé el propio Contrato de Colaboración Empresarial.

C.- TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS:

1. Mediante Resolución N° 001-01-CCO/OSITRAN de fecha 28 de setiembre de 2001, se admite a trámite la denuncia presentada y se concede a la denunciada el plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos.
2. En esta misma resolución se deniega la Medida Cautelar solicitada, por considerarse que no se ha acreditado la apariencia del derecho invocado.
3. Con fecha 14 de noviembre de 2001, se presentó el escrito N° 3 adjuntando el Oficio N° 1023-99-ADUANAS.02.0215 del 28 de diciembre de 1999, remitido por la Superintendencia Nacional de Aduanas a CORPAC informándole acerca de la situación en la que se encontraban a esa fecha algunas de las aeronaves estacionadas en la Cabecera 33 del AIJCH, señalando que CORPAC conocía el estado de aquellas aeronaves antes de contraer la obligación contractual.
4. Mediante escrito N° 4 de fecha 16 de enero de 2002, presentado por CORPAC, se adjuntan las notificaciones remitidas por la Intendencia de la Aduana Aérea del Callao a ambas partes de la presente controversia, ordenando la incautación de 02 aeronaves y un motor en la Cabecera 33 de la pista de aterrizaje del AIJCH.
5. Con fecha 06 de diciembre de 2001 se llevó a cabo la primera sesión de la Audiencia de Conciliación del presente procedimiento, la misma que consta en Acta.
6. Con fecha 07 de febrero de 2002 se llevó a cabo el Informe Oral, en el que informaron las partes del presente procedimiento.
7. Con fecha 26 de febrero de 2002 se llevó a cabo la segunda sesión de la Audiencia de Conciliación del presente procedimiento, la cual consta en Acta.
8. El CCO en su sesión de fecha 26 de febrero de 2002, procedió a fijar los puntos controvertidos que serán materia de análisis en la presente controversia.

CONSIDERANDO:

A.- COMPETENCIA DEL CUERPO COLEGIADO PARA CONOCER LA PRESENTE CONTROVERSIA:

Antes de entrar al análisis del caso y en atención al cuestionamiento de la competencia del CCO formulado por LAP en su escrito de contestación, es importante analizar los alcances del marco legal que rige su actuación.

La Ley N° 26917 “Ley de creación de OSITRAN” reconoce, en su artículo 5, literal c), la competencia de este organismo para resolver las controversias que surjan entre entidades prestadoras dentro de su ámbito de competencia.

Así también el artículo 43° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM, señala que la función de solución de controversias autoriza a OSITRAN a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de competencia, surjan entre entidades prestadoras¹.

El inciso b) del artículo 46° del Reglamento General de OSITRAN, señala que los Cuerpos Colegiados son los encargados de resolver en primera instancia las controversias que versen sobre asuntos relacionados a tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o compensación derivado de los acuerdos entre entidades prestadoras, en tanto se afecte el mercado regulado.²

¹ **Artículo 43.- Definición de la Función de Solución de Controversias.**

La función de solución de controversias autoriza a los ORGANOS DEL OSITRAN competentes, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre ENTIDADES PRESTADORAS y, entre una de éstas y el USUARIO. Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ).

La función de solución de controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el OSITRAN, se dará por terminada la controversia correspondiente.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, el OSITRAN podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias entre ENTIDADES PRESTADORAS, entre éstas y operadores, entre operadores y USUARIOS y; las de carácter patrimonial que puedan surgir entre el Estado y las ENTIDADES PRESTADORAS.

² **Artículo 46.- Controversias que quedan sujetas a la Función de Solución de Controversias del OSITRAN**

Quedan sujetas a la función de solución de controversias del OSITRAN las controversias entre Entidades Prestadoras:

(...)

b) Las relacionadas con tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o compensación derivado de los acuerdos entre ENTIDADES PRESTADORAS, en tanto se afecte el mercado regulado.

Del mismo modo, el artículo 15° del Reglamento General para la Solución de Controversias en el ámbito de Competencia de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 005-99-CD/OSITRAN, establece que la primera instancia en el procedimiento administrativo ordinario es el Cuerpo Colegiado de OSITRAN para las controversias que se susciten entre Entidades Prestadoras.³

En el presente caso, CORPAC cuestiona la actuación de LAP al retener un ingreso que le compete percibir por la venta de la TUUA internacional, lo cual constituye una controversia generada entre dos entidades prestadoras relacionada con una obligación de carácter patrimonial pactada mediante un contrato.

Esta obligación patrimonial derivada de los términos del Contrato de Colaboración Empresarial, se encuentra también determinada en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión del AIJCH como parte de las obligaciones que tiene LAP frente a CORPAC.

Bajo este contexto, la deducción del importe de la retribución, al derivarse de un acuerdo entre entidades prestadoras, se encuentra enmarcada en el ámbito de competencia de este órgano colegiado.

Además de ello, el inciso relativo a estas controversias indica que para efectos de estar inmersa en esta competencia y ser materia de resolución por el CCO, la controversia deberá “afectar el mercado regulado”.

Este otro requisito también ha sido materia de análisis, para lo cual es pertinente mostrar el siguiente cuadro, en el que se aprecia el porcentaje que representa para CORPAC el pago de la retribución por ventas de la TUUA:

³ **Artículo 15.- primera instancia en el procedimiento administrativo ordinario**

La primera instancia en el presente procedimiento está constituida:

a. Por los Cuerpos Colegiados del OSITRAN para las controversias que se susciten entre Entidades Prestadoras; y

b. Por las propias Entidades Prestadoras para las controversias que se susciten entre éstas y sus Usuarios.

Las decisiones de los Cuerpos Colegiados en la tramitación del presente procedimiento deberán ser adoptadas por mayoría simple de sus miembros.

INGRESOS DE CORPAC POR TUUA INTERNACIONAL - 2001	
(en miles de soles)	
INGRESO DE CORPAC POR TUUA INTERNACIONAL	14,287
Total de Ingresos de CORPAC	149,357
PORCENTAJE QUE REPRESENTA EL INGRESO POR TUUA	10%
<i>Fuente: Gerencia de Estudios Económicos - OSITRAN</i>	

Este cuadro demuestra que el porcentaje que CORPAC recibe por el pago de la retribución generado por la venta de la TUUA internacional, representa el 10% de sus ingresos, con lo cual se determina que el conflicto de intereses afecta el mercado regulado de infraestructura de transporte, al alterarse los ingresos de CORPAC que son materia de regulación por parte de OSITRAN, afectándola económica y financieramente, y que su relevancia puede incidir también en el compromiso de inversiones y los servicios de aeronavegación que CORPAC tiene proyectado realizar en los aeropuertos regionales.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se desprende que el CCO tiene competencia para pronunciarse en la solución de la presente controversia.

B.- DETERMINACIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO:

De los argumentos presentados por las partes, además de lo acordado por el CCO, las cuestiones controvertidas consisten en determinar lo siguiente:

- i. Alcance de la obligación asumida por CORPAC en el Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial, con relación a las Aeronaves en Abandono.
- ii. Si se configura el supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación asumida.
- iii. Si procede el cobro de la penalidad señalada en el Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial, en caso de incumplimiento de la obligación contractual
- iv. Si es debida la deducción (o compensación) que viene efectuando LAP de los ingresos que a CORPAC le corresponde percibir del 20% del importe por el total de stickers vendidos por la TUUA internacional, para hacerse cobro por el espacio ocupado por las Aeronaves en Abandono.

C.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FONDO:

1. Alcance de la obligación asumida por CORPAC en el Contrato de Colaboración Empresarial y Atribución de Obligaciones y Responsabilidades, con relación a las Aeronaves en Abandono:

El Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial establece lo siguiente:

“5.8 Aeronaves en Abandono

CORPAC se compromete en un plazo no mayor de 3 meses contados a partir de la suscripción del presente Contrato, a retirar del área de concesión las Aeronaves en Abandono.

Si transcurrido dicho término, las aeronaves no hubieran sido retiradas, CORPAC abonará al Concesionario una renta equivalente al Promedio por m² del área ocupada.”

Como consecuencia de ello, la denunciante manifiesta que realizó todas las diligencias necesarias previstas para la desocupación de las aeronaves estacionadas en la Cabecera 33 de la pista de Aterrizaje del AIJCH y que estas acciones dieron como resultado la identificación de titularidad de propiedad de diversas aeronaves, imposibilitándose el retiro de varias de ellas, porque incurriría en responsabilidad por violación a la propiedad privada.

Sobre el particular, de los documentos que constan en el expediente y que han sido materia de análisis, se verifica que la denunciante solicitó a ADUANAS y a la DGAC el retiro de las aeronaves para cumplir con su obligación contractual. En las comunicaciones que obran en el expediente a fojas 137 a 139, 143 al 150 y 152 al 154, se demuestra que ha procedido a comunicarse con dichas autoridades para lograr el retiro de las aeronaves y únicamente obtuvo la autorización de la DGAC de destrucción y de disposición de las naves en tanto nadie se oponga.

Sin embargo, esta declaración acredita que la denunciante contaba con la autorización respectiva para lograr el retiro de las aeronaves sin que medie violación a la propiedad privada, toda vez que lo que se pretendía era únicamente su reubicación fuera del área de concesión, mas no la apropiación o adquisición de estos bienes.

Por tanto, no existen argumentos que demuestren que el retiro de las aeronaves estacionadas en la Cabecera 33 de la Pista de Aterrizaje del AIJCH constituya un agravio a la propiedad privada.

Con relación a las quince (15) Aeronaves Abandonadas y un (1) motor de aeronave señalados en el Anexo 3 del Contrato de Colaboración, se desprende de los argumentos esgrimidos por la denunciante, además de los documentos presentados con su denuncia como medios probatorios, que a doce (12) de ellas se les ha identificado la titularidad de propiedad (siete están a cargo de ADUANAS, una se encuentra adjudicada a la Policía Nacional del Perú y cuatro son de propiedad de terceros y están en procesos judiciales y/o administrativos), en tanto que las tres que restan han sido asumidas por CORPAC al no lograr ubicar responsable alguno.

A su vez, en cuanto a la afirmación de la denunciada en el sentido que la obligación de retiro de las aeronaves en el plazo determinado en el Contrato de Colaboración Empresarial no está sujeta a condición alguna, cabe mencionar que para el presente caso las normas del Código Civil resultan aplicables por tratarse del cumplimiento de una obligación contractual, aplicándose para tal efecto el artículo 1148° relativo a las obligaciones de hacer, el cual señala que éstas deben ejecutarse en el plazo y modo pactado.⁴

Sobre el particular, y en atención a lo que indica la doctrina civilista, Felipe Osterling señala que los principios del plazo y modo son comunes a todo el derecho obligacional. Sin embargo, en las obligaciones de hacer, ellos suelen tener mayor significación. En la obligación de hacer, el tiempo y el modo son usualmente esenciales; lo que no ocurre con igual frecuencia en las obligaciones de dar, en las que algún retraso en el cumplimiento de la obligación o alguna modificación en el modo pueden ser irrelevantes.⁵

Es importante señalar que, en la comunicación de la Superintendencia Nacional de Aduanas de fecha 28 de diciembre de 1999 enviada a CORPAC se describe la situación en la que se encontraban a esa fecha cada una de las aeronaves en cuestión, situación similar a la que se describe en las demás comunicaciones.

Cabe mencionar que con este documento queda acreditado que la denunciante ha tenido conocimiento con la debida anticipación, del alcance de dicha obligación, toda vez que se había iniciado la labor de búsqueda de los propietarios de las aeronaves inclusive antes de la firma del Contrato de Colaboración Empresarial. Se demuestra de esta manera que la obligación asumida por la denunciante no ha sobrevenido en imposible de ejecutarse posteriormente a la firma del Contrato, sino que ésta ha sido perfectamente conocida por CORPAC con anterioridad a dicho momento.

⁴ **Artículo 1148.- Plazo y modo de ejecución del hecho**

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 **OSTERLING PARODI, Felipe.** "Las Obligaciones". Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2º Edición. 1998. Vol. V. Pag. 58

Además de ello, y tal como se ha señalado anteriormente, la DGAC (a través del Oficio N° 0802-2001-MTC/15.16), como la autoridad competente para este efecto, autoriza a la denunciante a disponer de los restos de las aeronaves en cuestión en la medida que no exista autoridad alguna que se oponga, y únicamente hubo una notificación de ADUANAS (fojas 225 y siguientes) con una orden de incautación que recae sobre tres (3) aeronaves respecto a las cuales CORPAC había asumido responsabilidad.

Cabe precisar que la denunciada otorgó un plazo adicional al convenido en el Contrato de Colaboración Empresarial, a fin de que la denunciante pueda cumplir con la obligación pactada. Este plazo se extendió por tres meses adicionales, con lo cual el incumplimiento es computado por la denunciada a partir del 15 de agosto de 2001, según consta a fojas 158 del expediente.

En atención a lo expuesto, el CCO considera que el cumplimiento de la obligación pactada en el Contrato de Colaboración Empresarial no está condicionada a causas ajenas a la parte denunciante, y ésta incluye todos aquellos procedimientos requeridos para su ejecución.

2. Si se configura la imposibilidad de cumplimiento de la obligación asumida:

Tal como se ha mencionado en los párrafos precedentes, la obligación asumida por CORPAC en el Contrato de Colaboración Empresarial implica el cumplimiento integral sin mediar condición alguna, así como tampoco está condicionada a factores externos salvo en lo relacionado al plazo, el cual fue prorrogado por mutuo acuerdo para facilitar la ejecución de la obligación por parte de la denunciante, y que a pesar de ello, ésta no cumplió con la obligación pactada.

Estando al vencimiento del plazo prorrogado, la denunciante al verse imposibilitada de cumplir con la prestación, argumenta que los motivos que impidieron la ejecución de su obligación han sido originados por causas ajenas a su voluntad, presentando para ello diversas comunicaciones enviadas por CORPAC a ADUANAS durante el período que comienza desde la firma del Contrato de Colaboración Empresarial hasta antes del vencimiento del plazo prorrogado para el cumplimiento de la obligación, solicitando que esta entidad se responsabilice por las aeronaves a su cargo, sin obtener resultado alguno, salvo una orden de incautación de ADUANAS de fecha 30 de octubre de 2001, es decir, fuera del plazo prorrogado, recaída sobre tres (3) aeronaves, que obra en el expediente a fojas 226 y 227 y que la denunciante argumenta que constituye un impedimento adicional para el retiro de las aeronaves.

Sin embargo, de los documentos antes mencionados y que obran en el expediente, se desprende que no existe razón que justifique la imposibilidad de retiro de las aeronaves, tal como lo argumenta la parte denunciante, sino que por el contrario, la DGAC autorizó a disponer de las

mismas, con lo cual se demuestra que existe un pronunciamiento de una autoridad competente que otorgaba la posibilidad de su reubicación y/o movilización sin causar daño alguno o alterar la propiedad de las mismas.

En tal sentido, no existen fundamentos suficientes que acrediten que estas supuestas causas ajenas a la denunciante son motivo para incumplir con la obligación del retiro de aeronaves, pudiendo inclusive la denunciante utilizar algunos mecanismos que le permitan retirarlas, como por ejemplo constituirse como depositario de los bienes⁶ y trasladarlos fuera del área de la Cabecera 33 de la Pista de Aterrizaje, o en todo caso inventariar los bienes mediante un Proceso No Contencioso contemplado en el Código Procesal Civil⁷ a efectos que CORPAC asuma la custodia de los bienes reubicados de manera temporal hasta obtener algún resultado con respecto a las gestiones realizadas.

Es pertinente mencionar que la doctrina en materia de obligaciones plantea que existe un elemento objetivo para probar el incumplimiento en estos casos y es que no sólo el acreedor (que en nuestro caso es la denunciada) debe probar el incumplimiento, sino que también el deudor (que en nuestro caso es la denunciante) si quiere eludir su responsabilidad, debe probar que el incumplimiento ha sido producto de un caso fortuito, lo cual no ha quedado demostrado con los medios probatorios presentados en la denuncia ni en los escritos posteriores.

En atención a lo mencionado, se considera que la obligación no se ha visto imposibilitada de cumplimiento sino que por el contrario, el incumplimiento es imputable a la denunciante.

3. Si procede el cobro de la penalidad señalada en el Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial, en caso de incumplimiento de la obligación contractual

El Numeral 5.8 del referido Contrato de Colaboración Empresarial, señala en su segundo párrafo lo siguiente:

⁶ Artículo 1814.- Depósito Voluntario

Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

Artículo 1854.- Depósito Necesario

El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos.

⁷ Artículo 763.- Procedencia.-

Cuando lo prescriba la ley o se sustente su necesidad, cualquier interesado puede solicitar facción de inventario con el fin de individualizar y establecer la existencia de los bienes que pretende asegurar.

Artículo 764.- Audiencia de inventario.-

La audiencia de inventario se realizará en el lugar, día y hora señalados, con la intervención de los interesados que concurran. En el acta se describirán ordenadamente los bienes que se encuentran en el lugar, su estado, las características que permitan individualizarlos, sin calificar la propiedad ni su situación jurídica, dejándose constancia de las observaciones e impugnaciones que se formulen.

“Si transcurrido dicho término, las aeronaves no hubieran sido retiradas, CORPAC abonará al Concesionario una renta equivalente al promedio por m2 del área ocupada”

Aunque nominalmente, el pago señalado en este párrafo está referido a una renta, lo cual hace pensar que existe de por medio un contrato de arrendamiento, suscrito entre la denunciante y la denunciada por el área que ocupan las aeronaves estacionadas en la Cabecera 33 de la Pista de Aterrizaje del AIJCH, lo cierto es que interpretando el sentido y la naturaleza de lo que se pretende cobrar, deja entrever que se requiere establecer una penalidad para castigar el incumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación contraída.

El hecho de utilizar la frase *“...si transcurrido dicho término...”* deja a la interpretación de la cláusula que en caso la obligación no se ejecute en el plazo convenido, se aplicará este mecanismo coercitivo para asegurar su pronto cumplimiento.

Cabe mencionar que en este caso el efecto práctico de haber pactado una cláusula penal es estimular a CORPAC a no incurrir en incumplimiento de la obligación asumida, y por parte de LAP a que ésta se vea resarcida de alguna manera por la inejecución de la obligación.

En tal sentido, el segundo párrafo del numeral mencionado, se configura como una modalidad de cláusula penal, que amerita ser analizada para efectos de conocer si es procedente su aplicación en caso de incumplimiento.

Como se ha mencionado en los párrafos precedentes, existen elementos suficientes que acreditan que hay un incumplimiento injustificado imputable a la denunciante, y que debe ser sancionado.

En virtud del artículo 1342º del Código Civil, referido a la cláusula penal para el caso de mora o en seguridad de lo pactado, se plantea que la aplicación de ésta no es sustitutiva de la obligación, es decir, que en caso no se haya cumplido con lo pactado se deberá ejecutar la penalidad y no es necesario su posterior cumplimiento, sino que por el contrario sería acumulable en cuanto a la facultad del acreedor de exigir tanto el pago por la penalidad del incumplimiento y al mismo tiempo que se cumpla la obligación de retiro de las aeronaves.

Además de ello, nuestra legislación civil establece también una condición para que sea exigible la penalidad y es que en este caso, la denunciada deberá probar los daños y perjuicios que le ha causado este incumplimiento.

Sin embargo, es preciso recoger lo mencionado por Raúl Ferrero Costa en su libro sobre Derecho de Obligaciones al mencionar que la regla es que producido el incumplimiento, atendiendo a que la pena convencional importa la fijación anticipada de lo que se deberá a título de daños y perjuicios, no será necesario ni que el acreedor alegue y compruebe la existencia real de aquellos, ni el deudor podrá liberarse de cumplir la penalidad alegando y probando que no se produjeron⁸.

Por lo tanto, el segundo párrafo del Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial, se constituye como una penalidad en caso de incumplimiento y resulta de aplicación al presente caso al existir una inejecución de obligación por causas imputables a la denunciante.

4. Si es debida la deducción (o compensación) que viene efectuando LAP de los ingresos que a CORPAC le corresponde percibir del 20% del importe por el total de stickers vendidos por la TUUA internacional:

El marco legal establece la posibilidad de efectuar compensaciones o deducciones para aquellos casos en que existan obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas entre ambas partes.

En el caso bajo análisis, la posibilidad de compensación se encuentra prevista en el Contrato de Colaboración Empresarial suscrito entre CORPAC y LAP. En efecto, de conformidad con lo señalado en la Cláusula 15 del Contrato de Colaboración Empresarial, referida a las Contingencias, la compensación procede - según el numeral 15.3 - única y exclusivamente respecto de los montos que CORPAC convenga en abonar y se haría efectiva con cargo a la contraprestación por los servicios de Aeronavegación.

Al respecto, es importante resaltar que dicha compensación solamente es procedente para el caso de Contingencias⁹ Posteriores a la Fecha de Cierre,

⁸ **FERRERO COSTA, Raúl.** Curso de Derecho de las Obligaciones. Editorial Grijley. 3º Edición. Lima, Pag.398.

⁹ **15. De las Contingencias**

15.1 El Concesionario contará con cuatro (4) meses contados a partir de la Fecha de Cierre, las cuales son las siguientes:

- i. La ocupación irregular, es decir sin contrato vigente, de alguna área que forma parte de los Bienes de la Concesión que no haya sido consignada en el anexo 6;*
- ii. Existencia de contratos de arrendamiento, contratos de prestación de servicios, de concesión, o de cualquier otra naturaleza, respecto de Bienes de la Concesión, que se encuentren vigentes, y que no hayan sido consignados en el Anexo 12 del Contrato de Concesión;*
- iii. Situaciones de Morosidad que no hayan sido incluidas en el Anexo 6 del presente Contrato;*
- iv. Cualquier proceso judicial, administrativo o arbitral, embargo o medida cautelar o de naturaleza similar, que pueda afectar el Aprovechamiento Económico de un bien de la Concesión y que no haya sido consignado en el Anexo 6 del presente Contrato;*

que sean detectadas por LAP y que no hubieran sido conocidas al momento de celebrar el contrato. En el presente caso, la obligación de retiro de las aeronaves no es una contingencia surgida con posterioridad, sino que, por el contrario, se trata de una situación conocida antes de la firma del contrato, lo que se evidencia al haber sido incorporada en el numeral 5.8 de la Cláusula 5, referida a Obligaciones de CORPAC.

A mayor abundamiento, confirmando la voluntad de las partes respecto a los casos en que se podría aplicar la compensación, el Numeral 15.3, Cláusula 15, del Contrato de Colaboración Empresarial señala de manera expresa que dicha figura sólo será aplicable en los casos que CORPAC preste su conformidad respecto a los montos a abonar.

En virtud de lo señalado, es improcedente la compensación efectuada por LAP sobre el ingreso que por la TUUA internacional le corresponde percibir a CORPAC en virtud del Contrato de Colaboración Empresarial, para hacer efectivo el pago de la penalidad aplicable a la denunciante por el incumplimiento de su compromiso de retirar las aeronaves en abandono, toda vez que no se trata de una contingencia contemplada expresamente en la Cláusula 15. El supuesto de compensación a que se refiere el Contrato de Colaboración Empresarial, es un supuesto que sólo procede para casos específicos y no para cualquier incumplimiento contractual.

POR LO EXPUESTO:

En uso de sus atribuciones, y de la facultad que le confiere a este Cuerpo Colegiado el artículo 58° del Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, así como el literal a) del artículo 15° del Reglamento General para la Solución de Controversias en el ámbito de Competencia de OSITRAN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-99-CD-OSITRAN;

RESUELVE:

Primero: Declarar infundado el cuestionamiento formulado por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. – LAP respecto de la competencia del Cuerpo Colegiado de OSITRAN para conocer la denuncia interpuesta por CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S.A - CORPAC.

Segundo: Declarar infundada la denuncia presentada por CORPAC, al no haber acreditado la existencia de imposibilidad de cumplimiento de la obligación contenida en el Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración

-
- v. *Cualquier observación o requisito no contemplado en el Manual de Certificación del Aeropuerto y que sea requerido por autoridad competente en el plazo de cuatro meses, para mantener la certificación del Aeropuerto.*

(...)

Empresarial y Atribución de Obligaciones y Responsabilidades por causas ajenas a su voluntad.

Tercero: Señalar que es de aplicación a la denunciante la penalidad prevista en el Segundo Párrafo del Numeral 5.8 del Contrato de Colaboración Empresarial, por haber incumplido su obligación de retiro de las Aeronaves en Abandono.

Cuarto: Declarar indebida cualquier deducción y/o compensación efectuada por la denunciada sobre los ingresos que le corresponde percibir a CORPAC, equivalentes al 20% de la TUUA internacional, para hacer efectivo el cobro a que se refiere el párrafo precedente por no encontrarse previsto para la materia de la presente Resolución.

Con la intervención y aprobación de los señores miembros: María del Carmen Rivera Pérez, Elena Conterno Martinelli y Víctor Revilla Calvo.

***MARÍA DEL CARMEN RIVERA PEREZ
PRESIDENTE***

***ELENA CONTERNO MARTINELLI
MIEMBRO***

***VICTOR REVILLA CALVO
MIEMBRO***