



EXPEDIENTE N° : 001-2016-CCO-OSITRAN

RECURRENTE : TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A.

EMPRESA PRESTADORA : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.

RESOLUCIÓN N° 001

Lima, 16 de marzo de 2016

VISTO:

El Expediente N° 001-2016-CCO-OSITRAN iniciado por TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. (en adelante, TALMA) y LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en lo sucesivo, LAP), entidad concesionaria en virtud del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (en adelante, Contrato de Concesión); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES**

- 1.- El 09 de febrero de 2016, TALMA y LAP solicitaron al Cuerpo Colegiado de OSITRAN (en adelante, el CCO) la emisión de una constancia declarando la inexistencia de interés público para poder iniciar el trámite de una demanda arbitral respecto de la controversia surgida entre ambas empresas, respecto a lo cual señalaron lo siguiente:
 - i.- Como consecuencia del Concurso privado por la subasta al mejor postor para otorgar el acceso para operar el servicio de rampa prestado por terceros en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (en lo sucesivo, AIJCh), el 21 de mayo de 2014, TALMA y LAP suscribieron el Contrato de Acceso para operar el servicio de rampa prestado por terceros (en adelante, Contrato de Acceso).
 - ii.- Al haber surgido una controversia entre TALMA y LAP que no ha podido ser solucionada en trato directo, respecto a la aplicación de penalidades por el supuesto incumplimiento de los plazos establecidos en el Anexo N° 6 del Contrato de Acceso: Cronograma de Inicio de Operaciones, lo que supondría el incumplimiento de la propuesta técnica de TALMA en la citada subasta; las partes tendrían expedito su derecho a recurrir al arbitraje para la solución de la mencionada controversia.
 - iii.- El Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 019-2011-CD-OSITRAN y modificado por Resolución N°



- 034-2011-CD-OSITRAN, (en lo sucesivo, el RARSC) establece que a efectos de dar trámite a una demanda arbitral que presenten las entidades regidas por OSITRAN, deberá presentarse la constancia expedida por el Cuerpo Colegiado declarando la inexistencia de interés público en la controversia.
- iv.- El arbitraje que iniciarían las partes versa sobre la aplicación de penalidades vinculadas a la presunta inejecución o ejecución tardía de obligaciones previstas en el Contrato de Acceso, que vincula únicamente a LAP y TALMA, lo que implica la discusión de temas estrictamente de derecho civil y que no involucra en modo alguno el interés público o interés general de la comunidad.
- v.- El servicio esencial de rampa a terceros que brinda TALMA en el AIJCh, no se verá afectado durante el proceso arbitral pues TALMA continuará honrando sus responsabilidades y obligaciones frente a sus usuarios. Además, el resultado del proceso arbitral no producirá algún efecto sobre el servicio prestado por TALMA en el AIJCh, el cual seguirá prestándose de manera regular, continua y sin afectar la seguridad operacional.
- 2.- Conforme a lo acordado por el CCO en sesión de fecha 22 de febrero de 2016, con fecha 23 de febrero de 2016, mediante Memorando N° 006-16-STCC-OSITRAN, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) de OSITRAN informar al CCO respecto del proceso de subasta de rampa realizado en el año 2013, las empresas ganadoras, el inicio de operaciones de los operadores de rampa y el estado actual de dicho servicio. Asimismo, se le solicitó informen si el incumplimiento del Cronograma de inicio de operaciones de la rampa por parte del TALMA, afecta de alguna manera la explotación del AIJCh, a otros usuarios o al público en general.
- 3.- Asimismo, conforme a lo acordado por el CCO en la mencionada sesión, con fecha 24 de febrero de 2016, mediante Oficio Circular N° 001-16-STCC-OSITRAN, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó a las partes que precisen algunos aspectos importantes respecto a su solicitud de expedición de constancia.
- 4.- Con fecha 02 de marzo de 2016, mediante Carta N° TLM-GMR-097-2016, TALMA atendió el requerimiento de información formulado mediante Oficio Circular N° 001-16-STCC-OSITRAN, señalando lo siguiente:
- i.- Las cláusulas del Contrato de Acceso sometidas al proceso arbitral son las siguientes: Cláusula Décima, Cláusula Décimo Novena, Cláusula Vigésima y Anexo 6 – Cronograma de Inicio de Operaciones.
- ii.- Como consecuencia de la subasta, TALMA debía devolver los lotes 1 y 2 y trasladarse a un nuevo lote, lote 4, para lo cual en este último predio debía edificar un taller de mantenimiento.
- iii.- LAP y TALMA no han logrado establecer un acuerdo en la etapa de trato directo por cuanto ambos sostienen posiciones opuestas y distintas respecto a la interpretación y ejecución del Contrato, de la imputación de responsabilidad por los incumplimientos y por la penalidad a aplicar.



- iv.- El incumplimiento de los plazos no afectó ni afectará la regularidad y continuidad de la prestación del servicio de rampa en el AIJCh.
- 5.- Con fecha 02 de marzo de 2016, mediante Carta N° LAP-GRE-C-2016-00126, LAP atendió el requerimiento de información formulado mediante Oficio Circular N° 001-16-STCC-OSITRAN, señalando lo siguiente:
- i.- Las cláusulas del Contrato de Acceso sometidas al proceso arbitral son las siguientes: numeral 10.9 de la Cláusula Décima y el numeral 20.1 de la Cláusula Vigésima.
 - ii.- TALMA incumplió con los plazos previstos en el Cronograma, registrando un total de 257 días de retraso en la ejecución de las actividades previstas en éste, lo que faculta a LAP a aplicar la penalidad prevista en el numeral 10.9. del Contrato de Acceso. Asimismo, en la medida en que el incumplimiento de los plazos del Cronograma supone el incumplimiento de la propuesta técnica de TALMA, LAP tiene derecho a aplicar la penalidad establecida en el numeral 20.1 del Contrato de Acceso.
 - iii.- TALMA y LAP han sostenido diversas reuniones para tratar de solucionar, a través de trato directo, la controversia presentada. No obstante, no se ha podido llegar a un acuerdo puesto que: TALMA considera que LAP ha modificado tácitamente el cronograma, mientras que LAP considera que el cronograma no ha sido modificado tácitamente; TALMA considera que el cronograma tiene plazos referenciales, LAP considera que solo algunos hitos del cronograma tienen plazos referenciales; finalmente, TALMA considera que el retraso no le es imputable, LAP considera que el retraso es imputable a TALMA.
 - iv.- El incumplimiento de TALMA no ha afectado la prestación del servicio de rampa a terceros en el AIJCh, tampoco ha afectado a tercero alguno, ni a los usuarios o al público en general. Las consecuencias del incumplimiento son estrictamente monetarias.
- 6.- Con fecha 03 de marzo de 2016, mediante Memorando N° 0047-2016-JCA-GSF-OSITRAN, la GSF atendió el requerimiento Memorando N° 006-16-STCC-OSITRAN, señalando lo siguiente:
- i.- Luego del proceso de otorgamiento de la buena pro del concurso privado por subasta al mejor postor para otorgar el acceso para operar los servicios de rampa prestados por terceros en el AIJCh, se declaró como postores ganadores a: Servicios Aeroportuarios Andinos S.A. (primer postor ganador), SERVISAIR S.A.C (segundo postor ganador) y TALMA Servicios Aeroportuarios S.A. (tercer postor ganador).
 - ii.- De acuerdo a ello, LAP y TALMA suscribieron el Contrato de Acceso, en cuyo cronograma para inicio de operaciones indicaba que la devolución de las áreas temporales a LAP por parte del operador debió realizarse el 23 de abril de 2015.
 - iii.- Conforme al cronograma, TALMA debía iniciar operaciones en el área definitiva el 02 de enero de 2015, sin embargo TALMA al verse impedido de concluir la habilitación de la referida área en la fecha que le permitiera iniciar operaciones, solicitó a LAP actualizar dicho el Cronograma, manteniendo la posición del área que le fuera asignada como consecuencia del Contrato de Operaciones N° 40000044.

- iv.- Siendo así, mediante la Primera Adenda al Contrato de Acceso, se modificó el Cronograma, el cual establece la devolución de las áreas temporales a LAP por parte de TALMA debió realizarse el 01 de febrero de 2016, lo cual a la fecha no se ha hecho efectivo.
- v.- El incumplimiento es por el inicio de las operaciones de rampa por parte de TALMA, desde su nueva ubicación, asignada en la subasta, el cual según el Cronograma debió iniciar el 02 de enero de 2015 y hasta la fecha no se ha cumplido.
- vi.- En relación a las operaciones de rampa, por medio del supervisor in situ Sr. Luis Briceño, se ha comprobado que actualmente el servicio de rampa se presta con total normalidad sin afectar la explotación del AIJCh y sin afectar a los usuarios intermedios, ni a los usuarios finales del aeropuerto. Asimismo, de acuerdo con la conversación sostenida con el Gerente de Operaciones y Servicios Aeroportuarios de LAP, Sr. Carlos Antonioli, se corrobora la no afectación de las operaciones de rampa en el AIJCh por el incumplimiento de TALMA.
- vii.- El servicio de rampa brindado por TALMA a sus clientes no se ha interrumpido ni antes, ni durante, ni después de la subasta realizada en el año 2013, lo cual se pudo verificar en el Registro de Reclamos de LAP del año 2015, donde se verificó que no se han recibido reclamos ni denuncias al respecto por parte de los usuarios finales o intermedios.

II.- CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

- 7.- Establecer si corresponde declarar que la controversia surgida entre las LAP y TALMA puede someterse a arbitraje, en tanto que se se trataría de derechos disponibles y no existiría interés público alguno.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD

- 8.- De conformidad con el artículo 70° del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de OSITRAN¹, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y su modificatoria, y el artículo 8° del RARSC², los Cuerpos Colegiados constituyen la primera instancia administrativa en los

¹ Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y su modificatoria

ca
n
“Artículo 70.- De los Cuerpos Colegiados

Los Cuerpos Colegiados son los órganos competentes para conocer y resolver en primera instancia administrativa, las controversias que se presenten entre dos entidades prestadoras, así como las que se presenten entre una entidad prestadora y un usuario intermedio, conforme a la normativa de la materia.

Los Cuerpos Colegiados están conformados por tres (03) miembros, quienes son designados por el Consejo Directivo del OSITRAN, a propuesta de la Presidencia Ejecutiva. Los Cuerpos Colegiados se encuentran asistidos por la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados.

OSITRAN cuenta con un Cuerpo Colegiado permanente, el cual está encargado de resolver todas las controversias que se susciten, con excepción de las que hayan sido encargadas a un Cuerpo Colegiado Ad Hoc. Los miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc cesarán en sus funciones una vez que resuelvan la controversia específica”.

² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-SOITRAN y su modificatoria

“Artículo 8.- Los Cuerpos Colegiados como primera instancia en los procedimientos de solución de controversias

procedimientos de solución de controversias que se presenten entre dos entidades prestadoras, así como las que se presenten entre una entidad prestadora y un usuario intermedio.

- 9.- Asimismo, el artículo 43 del RARSC establece el objeto del procedimiento administrativo de solución de controversias en los siguientes términos:

"Artículo 43.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de las controversias que se presenten entre Entidades Prestadoras y entre éstas y sus usuarios intermedios, referidos en los literales c) y d) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento.

La controversia deberá estar referida a las condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales en el caso del literal c).

En el caso del literal d) la controversia deberá estar referida a asuntos de competencia resolutoria exclusiva de OSITRAN no incluidos en los literales a), b) y c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento".

[el subrayado y resaltado es nuestro]

- 10.- Al respecto, el numeral 1 del artículo 2 establece:

"Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:

(...)

c) Las controversias entre Entidades Prestadoras (...);

[el subrayado y resaltado es nuestro]

- 11.- Respecto al caso en concreto, el RARSC en su artículo 65° establece lo siguiente:

"Artículo 65.- Sometimiento de la controversia al arbitraje

Las Entidades Prestadoras y los usuarios podrán acordar someter todo o parte de la controversia al arbitraje, siempre que se trate de derechos disponibles y que no exista interés público alguno, declarado así por el Cuerpo Colegiado del OSITRAN.

En tal caso, y mientras no se desarrolle el reglamento y centro de arbitraje del propio OSITRAN, el procedimiento se llevará a cabo ante cualquier centro de arbitraje legalmente establecido, el cual no podrá admitir a trámite la demanda si no cuenta con la constancia del Cuerpo Colegiado del OSITRAN, declarando la inexistencia de interés público en la controversia.

Los Cuerpos Colegiados constituyen la primera instancia administrativa en los procedimientos de solución de controversias entre entidades prestadoras y entre éstas y sus usuarios intermedios, a que se refieren los literales c) y d) del numeral 1 del artículo 2 (...)"

La ejecución de estos laudos se realizará conforme al acuerdo de las partes, a lo que disponga el árbitro y a las leyes de arbitraje vigentes.

El sometimiento de la controversia al arbitraje, es excluyente de la vía administrativa, en consecuencia, no podrán presentarse ante el OSITRAN las controversias sometidas a arbitraje o los asuntos que ya hubieren sido resueltos mediante el mismo”.

- 12.- Al respecto, se tiene que LAP (entidad prestadora) y TALMA (usuario intermedio) han solicitado al Cuerpo Colegiado la expedición de la constancia declarando la inexistencia de interés público respecto de una controversia vinculada a condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales; específicamente respecto del Contrato de Acceso para operar el servicio de rampa prestado por terceros.
- 13.- Verificándose que la solicitud presentada se encuentra dentro de la competencia del Cuerpo Colegiado, corresponde analizar los argumentos de las partes que sustentan su solicitud de expedición de constancia.

III.2.- EVALUACIÓN DE LA SOLICITUD

- 14.- En primer lugar, es necesario precisar que la competencia del Cuerpo Colegiado en el presente caso se circunscribe a determinar si la controversia surgida entre las partes, se trata de derechos disponibles y que no exista interés público alguno en ella; a efectos de poder declararlo así, emitiendo para ello la constancia correspondiente.
- 15.- Sobre la controversia surgida entre las partes, ambas concuerdan en que se inició debido a que no han logrado ponerse de acuerdo respecto en relación al presunto incumplimiento de los plazos establecidos en el Anexo N° 6 del Contrato de Acceso: Cronograma de Inicio de Operaciones, por parte de TALMA y la consecuente aplicación de penalidades ante dicho incumplimiento.
- 16.- En ese sentido, las partes han informado que las cláusulas del Contrato de Acceso que se someterían a arbitraje serían las siguientes:

"10.9 El OPERADOR deberá cumplir con los plazos establecidos en el Anexo N°6 (Cronograma para el Inicio de Operaciones). De no cumplir con lo establecido en dicho Cronograma, sin justificación alguna a criterio de LAP, LAP tendrá la facultad de aplicar una penalidad, ascendente a la suma de US \$ 500.00 (quinientos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) por cada Día calendario de retraso”.

"19.1. Sin perjuicio de las causales de resolución automática establecidas en otras cláusulas, LAP podrá resolver el Contrato de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 1430° del Código Civil, cuando EL OPERADOR:

(...)

p) Incumpla con su Propuesta Técnica (Anexo N° 12)”

"20.1. En caso El OPERADOR incurra en alguno de los supuestos previstos en la Cláusula anterior, éste será pasible de la penalidad establecida en el Anexo N° 2 (Plazo de Vigencia y condiciones económicas del

Contrato). Ello, sin perjuicio de la indemnización por cualquier daño ulterior así como del ejercicio por parte de LAP de los demás derechos conferidos por ley o por el presente instrumento (incluyendo – pero no limitándose a – el derecho de LAP de optar por la resolución de pleno derecho del Contrato)

20.2. La penalidad referida en el numeral anterior se devengará una vez que LAP requiera, mediante una comunicación escrita al OPERADOR, el cumplimiento de la obligación respectiva y/o la resolución de pleno derecho del Contrato, y siempre que LAP requiera expresamente – en la misma comunicación o en documento aparte- el pago de la referida penalidad. Para el cobro de dicha penalidad –y de cualquier suma que, por cualquier concepto, El OPERADOR mantuviera impaga- LAP podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento a que se refiere la Cláusula Décimo Quinta del Contrato”.

Anexo 6 del Contrato de Acceso – Cronograma de Inicio de Operaciones

- 17.- Las partes tienen una relación jurídica en virtud del Contrato de Acceso suscrito por las mismas. En este sentido, resulta importante definir el concepto de acceso. Al respecto, el inciso a) del artículo 1 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante D.S. N° 044 – 2006 – PCM y sus modificatorias, y el artículo 7 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado mediante Resolución N° 014 -2003-CD/OSITRAN y sus modificatorias, definen al acceso como el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran en la Cadena Logística.
- 18.- Conforme a lo dispuesto por el literal p) del numeral 7.1 de la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, una de las principales funciones de OSITRAN es cautelar el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.
- 19.- En este mismo sentido, el numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante D.S. N° 044 – 2006 – PCM y sus modificatorias, señala que uno de los objetivos de OSITRAN es garantizar el acceso al uso de la Infraestructura y el acceso universal a la prestación de los servicios vinculados a ésta.
- 20.- En concordancia con lo anterior, el numeral 9.1 del artículo 9° del REGO señala como uno de los principios de acción de OSITRAN, al Principio de Libre Acceso, indicando que “La actuación de OSITRAN deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.”
- 21.- Teniendo en consideración lo antes expuesto, el REMA contempla un conjunto de reglas de procedimiento para obtener acceso a las facilidades esenciales, que se distinguen en función de la modalidad en que se logra dicho acceso, es decir, si es mediante un contrato derivado de negociación directa o de una subasta, o a través de un mandato emitido por el OSITRAN.
- 22.- En el presente caso, nos encontramos ante un Contrato de Acceso derivado de una subasta, el cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 35 del REMA, tiene la finalidad de establecer la

relación jurídica entre la Entidad Prestadora y un usuario intermedio que requiere la utilización de la Facilidad Esencial, con el objeto de prestar Servicios Esenciales.

- 23.- En relación a la naturaleza de dicho Contrato, el artículo 36 del REMA señala que los Contratos de Acceso tienen naturaleza privada, por lo que se le aplican a los mismos las normas y disposiciones de los contratos civiles y comerciales. Así, indica lo siguiente:

"Artículo 36.- Naturaleza del Contrato de Acceso.

Los Contratos de Acceso tienen naturaleza privada, y por tanto son aplicables a ellos las normas civiles y comerciales pertinentes. Al estar éstos referidos al uso de infraestructura de uso público, ello no enerva las facultades de OSITRAN para intervenir en la etapa previa a la celebración y supervisión de la ejecución de los mismos, de conformidad con el presente Reglamento. El hecho de que el Contrato de Acceso se haya celebrado en aplicación de un Mandato de Acceso, no enerva la aplicación de las normas de Derecho Privado a la relación jurídica resultante."

- 24.- De esta forma, si bien el Contrato de Acceso contará con disposiciones mínimas que deben regularse en el marco del acceso otorgado, también contará con otras disposiciones adicionales, conforme a la práctica comercial que las partes acuerden. Entre dichas disposiciones, las partes pueden acordar la imposición de penalidades, ante incumplimientos del Contrato.

- 25.- De esta forma, las penalidades son acuerdos a los que llegan las partes, a efectos de resarcirse por algún tipo de incumplimiento contractual. En el presente caso, LAP y TALMA han acordado diversas penalidades en el Contrato de Acceso, entre las que se encuentra la penalidad por incumplimiento de los plazos establecidos en el Anexo N°6 y por incumplimiento de la propuesta técnica.

- 26.- La penalidad o cláusula penal constituye un acuerdo celebrado entre las Partes de una relación obligatoria, por el que se establece que en caso de incumplimiento de la prestación debida, el deudor quedará obligado al pago de una prestación a título de resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento. De este modo, la cláusula penal constituye un mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer, que el deudor se obliga a ejecutar ante la inejecución de la obligación principal, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

- 27.- Al respecto, el artículo 1341° del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo N° 1341.- Función Indemnizatoria de la Cláusula Penal

"El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores".

- 28.- De esta manera, la penalidad contractual es definida por Felipe Osterling y Mario Castillo de la siguiente manera:

"Nuestro Código Civil ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, establezcan una cláusula penal en el contrato que celebran. La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento".³

29.- Así, la penalidad es un mecanismo compulsivo pactado por las partes en ejercicio de su autonomía privada, que busca garantizar el cumplimiento de determinada obligación.

"La pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o para el caso de cumplimiento no regular. Su fin consiste tanto en ofrecer al acreedor un medio conminativo severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuanto también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado" (Cit. por LEÓN BARANDIARÁN, pp.195,196).⁴

30.- De esta forma, la penalidad forma parte del sistema de responsabilidad civil contractual. A través de ella se limita el resarcimiento por el incumplimiento de una prestación en particular. Es una obligación accesoria de una obligación principal que busca generar incentivos para que el deudor cumpla con su obligación principal, determinando de manera previa el monto que se debería pagar, o como se determinará éste, en caso de incumplimiento. BARCHI señala al respecto: "... la cláusula penal es una estipulación accesoria y tiene una clara función garantista. (...) Se trata a su turno de una obligación, pero accesoria que se suma a la relación obligatoria principal para reforzarla, agravando los alcances de la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento".⁵

31.- Es importante indicar que precisamente, uno de los requisitos para que una controversia pueda ser materia de arbitraje, es que la misma verse sobre derechos disponibles. Así, el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071, señala que únicamente pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

"A entender de Caivano, en términos generales se define el ámbito de «lo arbitrable», diciendo que pueden someterse a decisión de árbitros aquellas cuestiones que involucran derechos «disponibles». De esta manera, la disponibilidad de un derecho es definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él, la cualidad que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción y de renuncia. Si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciando a él), no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho."⁶

32.- Asimismo, es importante tener en consideración que el propio Contrato de Acceso, establece en su cláusula Vigésimo Novena, la posibilidad de que las partes resuelvan sus controversias

³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE (mayo 2013) Obligaciones con cláusula penal, Obtenido de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Obligaciones%20con%20clausula%20penal.pdf>

⁴ Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica.

⁵ BARCHI, Luciano. "Código Civil Comentado". Primera Edición, Gaceta Jurídica. pag. 1104.

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso OSITRAN. Palestra, Lima, 2011. Pag. 64

mediante un arbitraje. Sin embargo, es preciso tener en consideración que para ello primero deberán contar con el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado. Por lo tanto, aquellas materias que están referidas a derechos indisponibles o temas de interés público, no pueden ser discutidas en la vía del Arbitraje, sino solamente a través de los Cuerpos Colegiados de OSITRAN y Tribunal de Solución de Controversias y posteriormente a través del proceso contencioso administrativo.

"... hay esferas que no pueden quedar bajo la disposición de las partes. Se trata de los derechos indisponibles que se ubican en una zona intransitable para la libertad de las partes, un ámbito inviolable. Se trata de ciertas reglas que no pueden ser derogadas por la mera voluntad privada de las partes, debido a que la ley pone un atajo. León Barandarián al referirse a la autonomía privada decía: "es una legítima defensa, en salvaguarda de ciertas estructuras y ciertos intereses fundamentales que no deben ser afectados por la simple determinación de los individuos (1991:37).(...)"

El ejercicio del principio de autonomía de voluntad no es irrestricto. Tiene límites sobre los que no se puede actuar, de tal manera que no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada, con la consiguiente perturbación del orden, ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía (...)

Los conflictos intersubjetivos que con el arbitraje pueden solucionarse han de ser de naturaleza disponible, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes pueden disponer válidamente, conforme a derecho, ya que cuando son absolutamente dueñas de los derechos subjetivos materiales que se discuten en el conflicto – y por el contrario, cuando no exista dicha disponibilidad – habrá de acudir necesariamente al proceso para la obtención de la solución del conflicto.

El consentimiento expreso o tácito de las partes a lo laudado no puede convalidar lo inarbitrable de la materia por afectar el orden público, entendido este como el conjunto de normas imperativas a las que la autonomía de la voluntad no puede destacar".⁷

- 33.- Conforme puede apreciarse, en el caso de la aplicación de penalidades, ello constituye un derecho disponible, en tanto que ha sido pactado en ejercicio de la autonomía de las partes y la parte afectada, puede decidir si ejercer su derecho al cobro o no.
- 34.- El artículo 65 del RARSC señala que las Entidades Prestadoras y los usuarios podrán acordar someter todo o parte de la controversia al arbitraje, siempre que se trate de derechos disponibles y que no exista interés público alguno, declarado así por el Cuerpo Colegiado del OSITRAN.
- 35.- La controversia surgida entre las partes se generó debido a un desacuerdo en la aplicación de las penalidades establecidas en el Contrato de Acceso, por lo cual es necesario determinar además, si la controversia sobre dichas penalidades podría afectar de modo alguno el interés público.

⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Jurisdicción y Arbitraje". Fondo Editorial PUCP, completar.

- 36.- Siendo así, tenemos que el interés público es equivalente interés general de la sociedad entera, en ese sentido, corresponderá a este Colegiado evaluar que la controversia presentada entre las partes no tenga efectos negativos para la comunidad. En el presente caso, se deberá determinar si afecta o no a los usuarios del AIJCh o al público en general.
- 37.- Ahora bien, a efectos de analizar si la controversia surgida entre las partes respecto de las cláusulas antes mencionadas afecta el interés público, primero es necesario definir qué se entiende por interés público, respecto a lo cual el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

EXP. N.º 0090-2004-AA/TC (Fundamento y 11)

"11. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno ["Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez ("Diccionario de derecho público". Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que "El Estado no puede tener más que intereses públicos"; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

*Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (vide supra), en sí misma, la noción de "interés público" se distingue, aunque no se opone, a la noción de "interés privado". Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado.
(...)"*

- 38.- Tanto TALMA como LAP han indicado que, aun cuando TALMA ha incumplido con el Cronograma de Inicio de Operaciones, esto no ha afectado la prestación del servicio de rampa a



terceros en el AIJCh, tampoco ha afectado a tercero alguno, ni a los usuarios o al público en general; y que las consecuencias del incumplimiento son estrictamente monetarias.

- 39.- Al respecto, es necesario traer a colación el pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización respecto al tema, dado que esta Gerencia de conformidad con el artículo 52° del ROF de OSITRAN, es el órgano de línea responsable de conducir, gestionar, evaluar, coordinar y ejecutar las actividades de supervisión y fiscalización relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público efectuada por las entidades prestadoras en materia aeroportuaria.
- 1.- Sobre la posible afectación al interés general, la mencionada Gerencia ha comprobado que actualmente el servicio de rampa se presta con total normalidad sin afectar la explotación del AIJCh y sin afectar a los usuarios intermedios, ni a los usuarios finales del aeropuerto.
 - 2.- En ese sentido, se ha podido corroborar que el incumplimiento por parte de TALMA del Cronograma de Inicio de Operaciones no ha afectado la operatividad del AIJCh, ni la prestación del servicio de rampa, ni a los usuarios de la infraestructura, por lo cual se puede concluir que no ha existido una afectación al interés general.
 - 3.- Teniendo en cuenta lo señalado, y considerando que la controversia que sería sometida a arbitraje, se trata sobre derechos disponibles de las partes, en tanto versa sobre la aplicación de penalidades por el incumplimiento por parte de TALMA al Cronograma de Inicio de Operaciones y, por tanto a su propuesta técnica, y que no existe afectación al interés público, corresponde que el Cuerpo Colegiado declare que, conforme a lo solicitado, las partes puedan someter la controversia a arbitraje, conforme a lo señalado en el artículo 65° del RARSC.
 - 4.- Finalmente, es preciso recalcar que la autorización para llevar la controversia a sede arbitral se restringe estrictamente a las cláusulas señaladas en la presente Resolución, y la materia controvertida será únicamente la especificada por las partes ante el Cuerpo Colegiado de OSITRAN, en los términos señalados en la presente Resolución.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la solicitud presentada por TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. y LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., y en este sentido, en el marco de lo establecido en el artículo 65° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, **DECLARAR** que la controversia surgida entre ambas empresas podrá someterse a al arbitraje, al tratarse de derechos disponibles y no existir afectación al interés público.

SEGUNDO: Dejar constancia que los alcances de la presente declaración se refieren únicamente a la controversia entre TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. y LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. respecto de la aplicación de las penalidades establecidas en el Contrato de Acceso para operar el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2016-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 001

servicio de rampa prestado por terceros, por el incumplimiento del usuario intermedio respecto del Cronograma de Inicio de Operaciones –Anexo 6 del Contrato de Acceso, conforme a los alcances señalados en la presente Resolución, no pudiendo someterse a arbitraje ningún tema adicional que no haya sido materia de pronunciamiento por el Cuerpo Colegiado.

TERCERO: ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado de OSITRAN notificar la presente Resolución a las partes.

CUARTO: DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional del OSITRAN (www.ositran.gob.pe)

ENA GARLAND HILBCK
MIEMBRO
Cuerpo Colegiado
OSITRAN

HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
MIEMBRO
Cuerpo Colegiado
OSITRAN

ALFREDO DAMMERT LIRA
PRESIDENTE
Cuerpo Colegiado
OSITRAN