EXPEDIENTE Nº	:	001-2018-CCO-ADHOC-OSITRAN
RECLAMANTE	:	COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, SUCURSAL EN EL PERÚ
ENTIDAD PRESTADORA	:	LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
MATERIA	:	INCUMPLIMIENTO DE MANDATO DE ACCESO

RESOLUCIÓN Nº 003

Lima, 22 de mayo de 2018

VISTO:

El expediente N° 001-2018-CCO-ADHOC-OSITRAN referido a la controversia iniciada por COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, SUCURSAL EN EL PERÚ (en adelante, COPA) contra LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en adelante, la Entidad Prestadora o LAP); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

1.- Con fecha 12 de enero de 2018, COPA interpuso reclamo ante el Cuerpo Colegiado de OSITRAN (en adelante, CCO) contra la modificación y consecuente incremento del pago de la renta por el uso de las Oficinas Operativas consignadas con número N° 331-2056 y N° 331-2062 a US$ 51.00 (Cincuenta y un con 00/100 dólares americanos), en virtud del Contrato de Acceso N° 40000248, para el uso de facilidades esenciales para la prestación del Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje.

Asimismo, cuestionó el cobro de penalidades de parte LAP, ascendentes a US$ 3 379,01 (Tres mil trescientos setenta y nueve con 01/100 dólares americanos) y US$ 7 595,32 (Siete mil quinientos noventa y cinco con 32/100 dólares americanos) cobradas a las oficinas N° 331-2056 y N° 331-2062, respectivamente, como consecuencia de una incorrecta aplicación de la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato de Acceso.

Al respecto, COPA señaló los siguientes argumentos:

i.- De conformidad con la Cláusula Tercera del Contrato de Acceso, COPA viene ocupando la oficinas operativas N° 331-2056 (de 34.20 m²) y N° 331-2062 (de 42.07 m²) exclusivamente para el uso de oficinas operativas.

ii.- OSITRAN regula los precios máximos que las empresas puede cobrar por sus servicios, las cantidades o calidades mínimas del servicio, es por ello, que OSITRAN en concordancia con LAP, estableció una tarifa máxima de US$ 27.91 por metro cuadrado, como contraprestación a cobrar por el uso de las áreas destinadas como Oficina Operativa de acuerdo a la Resolución de Consejo Directivo N° 007-017-CD-OSITRAN y a lo establecido en la cláusula quinta del Contrato de Acceso.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

iii.- Dichos esto, mediante carta N° C-LAP-GSA-2017-0392 de fecha 14 de agosto de 2017, LAP indicó que en aplicación de la cláusula sexta, numeral 6.4 del Mandato de Acceso se daba por resuelto el acceso al área el acceso al área de la oficina N° 331-2056, en razón que había dejado de ser considerada como Oficina Operativa, pasado así a ser calificada como Oficina Administrativa. Asimismo, entre otras cosas, informó que la nueva tarifa comercial para dicha oficina ascendería a US$ 51.00 por metro cuadrado.

iv.- Posteriormente, mediante carta N° C-LAP-GSA-2017-0453, LAP señaló que la Oficina N° 331-2062 también debía de ser calificada como Oficina Administrativa, motivo por el cual le cobraría la penalidad respectiva e informándole que la nueva tarifa comercial para la referida oficina ascendería a US$ 51.00 por metro cuadrado .

v.- Sobre el particular, LAP ha incumplido con el procedimiento establecido para las visitas de inspección previsto en la Cláusula Octava del Mandato de Acceso, pues no se le notificó con tres (3) días de anticipación dicha diligencia, con lo cual esta cláusula nunca de aplicó.

vi.- Por otro lado, dicha cláusula señala que de existir alguna observación como resultado de una inspección, el Usuario Intermedio deberá de subsanarla de acuerdo al procedimiento establecido en la Cláusula Décimo Tercera de dicho mandato.

vii.- Siendo así, en el supuesto que LAP hubiere tenido alguna observación como resultado de dichas inspecciones tenía la obligación de comunicarle a efectos de que procedan a subsanarla.

viii.- En el presente caso, si hubiera existido alguna observación LAP debía de comunicarles a efectos que inicie el procedimiento previsto en la Cláusula Décimo Tercera del Mandato de Acceso, con la finalidad que en siete (7) días se cumpla con subsanarlas, lo cual no sucedió.

ix.- LAP debe de cobrar el monto de la tarifa aplicable al uso de las áreas arrendadas como oficinas operativas por la suma de US$ 27.91 (Veintisiete con 91/100 dólares americanos) por metro cuadrado, lo cual ha sido determinado por OSITRAN de acuerdo con la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN.

x.- La retribución por servicios públicos está limitada por principios básicos tales como: i) igualdad; ii) causalidad; iii) certeza; y, iii) razonabilidad. Es por ello, que LAP no podría, vía la penalidad, incrementar sus tarifas, señalando en forma falaz que COPA cambió el uso de las oficinas.

2.- Mediante Resolución N° 1 de fecha 19 de febrero de 2018, el CCO admitió la controversia formulada por COPA y corrió traslado del escrito a LAP mediante Oficio Circular N° 005-18-STCC-OSITRAN.

3.- Mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2018, LAP absolvió el traslado de la controversia, solicitando se declare infundadas las pretensiones planteadas por COPA, argumentando lo siguiente:

i.- Desde la fecha en que entró en vigencia el Contrato de Acceso, 7 de marzo de 2017, hasta la fecha en que fuera resuelto, se estuvo cobrando el monto de US$ 27.91

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

(Veintisiete con 91/100 dólares americanos). Para el caso de la oficina N° 331-2056 se cobró dicha tarifa hasta el 11 de agosto de 2017 y respecto de la oficina N° 331-2060 hasta el 25 de octubre de 2017.

ii.- En el presente caso, se verificó que COPA realizaba actividades distintas a las contempladas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, razón por la cual y en aplicación de los numerales 6.4 y 6.5 de dicho documento procedió a resolver dicho contrato de acceso, cobrándose así una tarifa comercial al haberse mantenido COPA en posesión de las áreas materia de controversia.

iii.- Siendo esto así, de una primera lectura de dicha cláusula, se entendería que se debió de otorgar a COPA un plazo de siete (7) días para que subsane las observaciones señaladas en las Actas de Constatación Notarial de fechas 29 de marzo y 24 de mayo del 2017.

iv.- No obstante, en el presente caso el incumplimiento de COPA no constituye uno de carácter subsanable, sino por el contrario está referido al uso inadecuado de las oficinas que son materia del Mandato de Acceso, cuyo incumplimiento tiene una regulación especial en el referido mandato.

v.- En efecto, los numerales 6.4 y 6.5 del Mandato de Acceso establecen que ante el uso indebido de las Oficinas Operativas, es decir, cuando se realicen actividades distintas a las permitidas por el Mandato de Acceso, es de aplicación directa el mecanismo de desocupación del área y posterior cambio de condiciones (es decir de condiciones reguladas a condiciones comerciales) si el usuario decidiese permanecer en el área.

vi.- Adicionalmente, el numeral 6.5 indica que para este supuesto está exceptuada expresamente la aplicación del procedimiento contemplado en la Cláusula Décimo Tercera del Mandato de Acceso; por lo que de una lectura sistemática de dichas cláusulas, se puede concluir que el procedimiento de subsanación de incumplimientos aplica a cualquier otro caso de incumplimiento de obligaciones del Mandato, distinto al previsto en la cláusula 6.4.

vii.- Por lo tanto se desprende que LAP aplicó correctamente el remedio contractual que correspondía al presente caso, haciendo uso del procedimiento señalado en el numeral 6.4 de la Cláusula Sexta y lo que conllevó a su vez a la modificación de las tarifas que se le cobraba a COPA de US$ 27.91 a US$ 51.00 por metro cuadrado.

viii.- Con relación al desarrollo de los servicios esenciales, COPA ha manifestado que las actividades que se realizan en las áreas calificadas como oficinas operativas se encuentran contempladas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso.

ix.- Al respecto, señaló que de conformidad con la lista taxativa descrita en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, COPA única y exclusivamente podía realizar las actividades allí descritas y no servicios similares o complementarios que a su criterio, pueden también ser considerados actividades operativas relacionadas con la operación.

x.- Conforme al acta de constatación de parte del Notario Dr. José Ochoa, se señaló que la señorita Laura Carmelo -Agente de Tráfico de COPA- indicó que la Oficina N° 331-2056 se divide en tres (3) ambientes la que a su vez funcionan como oficina del Gerente de

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

Aeropuertos, de la Asistente de Aeropuerto y almacenes de check in de pasajeros y cuya atención es de 10:00 horas hasta las 18:00 horas.

xi.- Asimismo, con relación a la oficina con código N° 331-2062, el referido Notario dejó constancia que, el personal de dicha empresa le indicó que en la referida oficina se realizaban actividades relacionadas con los vuelos, briefing, cierre de vuelos, comedor de personal y lockers, siendo su atención las 24 horas.

xii.- Conforme a lo establecido en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, las oficinas no podían ser utilizadas como un espacio de oficina para Gerente y/o asistente administrativo, con un horario comprendido entre las 10:00 horas y las 18:00 horas, como es el caso de la oficina N° 331-2056; ni tampoco para realizar las actividades como comedor de personal o lockers, como es el caso de la Oficina N° 331-2062.

xiii.- Siendo esto así, se estaría verificando que COPA incumplió con la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, al realizar actividades que desnaturalizaron el uso autorizado por dicho Mandato.

xiv.- Cabe señalar que el Tribunal de Solución de Controversias señaló en la Resolución N° 3 del Expediente N° 001-2011-TSC-OSITRAN que un usuario intermedio, como lo es COPA, no puede realizar actividades distintas a las establecidas expresamente en el Mandato de Acceso, siendo para el presente caso, las estipuladas en la cláusula tercera.

xv.- Con relación a la presunta incorrecta aplicación de la cláusula octava del Contrato de Acceso, señaló que de conformidad con la Cláusula Octava del Contrato de Acceso, es criterio de LAP si notifica o no previamente a COPA de la realización de las inspecciones, es decir, no era obligación de LAP efectuar un preaviso para llevar a cabo la inspección, tal y como ocurrió en el caso materia de controversia.

xvi.- Respecto a que si correspondía otorgarle a COPA un plazo de siete (7) días para que subsane las observaciones del Acta de Constatación Notarial, señaló que el incumplimiento no constituye una observación de carácter subsanable, pues por el contrario esto está referido al uso inadecuado de las oficinas que son materia del Contrato de Acceso.

4.- Mediante Resolución de N° 2 de fecha 19 de abril de 2018, debidamente notificado con Oficio Circular N° 010-18-STCCC del 20 de abril de dicho año, se admitieron los medios probatorios presentados y se citó a las partes para la realización de audiencia de vista de la causa, la cual tuvo lugar el 3 de mayo de 2018 y a la cual asistieron los representantes de LAP y COPA; quedando la causa al voto.

5.- Mediante Oficio Circular Nº 008-18-STCC-OSITRAN se requirió tanto a LAP como a COPA información respecto de la situación y relación legal existente entre ambas partes, en relación al uso de las áreas materia de controversia, ello como consecuencia que en la Audiencia Oral la reclamante indicó que no formaba parte de la Resolución de Consejo Directivo Nº 007-2017-CD-OSITRAN, que aprobó el Mandato de Acceso.

6.- El 16 de abril de 2018, LAP absolvió el requerimiento de información solicitado a través del Oficio Circular Nº 008-18-STCC-OSITRAN, señalando lo siguiente:

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

i.- Desde el 1 de marzo de 2008, bajo el marco del Mandato de Acceso, COPA obtuvo la posesión de las oficinas de Código N° 331-2056 y N° 331-2062. Posteriormente, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-CD-OSITRAN y sus modificatorias, se regularon las condiciones de acceso de la reclamante, el cual tuvo una vigencia comprendida entre el 1 de julio de 2013 hasta el 01 de julio de 2016.

ii.- El 7 de marzo de 2017, a raíz de la solicitud de varías aerolíneas, entró en vigor el Mandato de Acceso para prestar el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y en el cual no fue incluido COPA, toda vez que no presentó la solicitud de acceso respectiva.

iii.- Sin embargo, aun cuando el Mandato de Acceso no ordenaba a LAP otorgar acceso a la infraestructura a copa, LAP le aplicó las condiciones reguladas de este documento desde el 7 de marzo de 2017 bajo el marco de un Contrato de Acceso que recoge fielmente las condiciones del referido Mandato de Acceso.

iv.- Señaló que en virtud de la posesión que COPA ya venía ejerciendo de dicha oficina, bajo el supuesto que dicha posesión se realizaba en estricto cumplimiento de las condiciones reguladas por OSITRAN, se entendía que existía una aceptación tácita por parte de dicha empresa.

v.- En ese orden de ideas, COPA continuó ocupando las oficinas N° 331-2056 y N° 331-2062 bajo condiciones reguladas, pagando el nuevo cargo de acceso de US$ 27.91 por metro cuadrado establecido en el Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 007-2017-CD-OSITRAN, dentro del periodo comprendido entre el 7 de marzo de 2017 y 17 de octubre de dicho año, motivo por la cual el 9 de noviembre de 2017 se envió a la reclamante el Contrato de Acceso N° 40000848; no obstante el contrato no fue devuelto con la suscripción del representante de COPA.

7.- Con fecha 17 de abril de 2018, COPA dio respuesta al Oficio Circular Nº 008-18-STCC-OSITRAN, indicando, entre otros, lo siguiente:

i.- COPA no forma parte de la Resolución N° 007-2017-CD-OSITRAN, que aprobó el Mandato de Acceso a LAP a favor de un grupo de determinadas aerolíneas para la utilización de la infraestructura aeroportuaria para la prestación del Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (Alquiler de Oficinas Operativas). Asimismo, no cuenta con Contrato de Acceso suscrito para el uso de facilidades esenciales, para la prestación de servicios esenciales.

ii.- COPA es una empresa dedicada a la prestación de servicios de transporte aéreo en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, AIJCh), por lo que, como consecuencia de su operación en el mercado aeronáutico arrenda las Oficinas Operativas de código N° 331-2056 y N° 331-2062, cuya supervisión se encuentra bajo la competencia de LAP.

iii.- En ese sentido, resulta claro que COPA tiene derecho o interés legítimo (de carácter subjetivo) sobre las áreas materia de controversia, pues LAP pretende aplicarle una nueva tarifa comercial, así como interponerles penalidades que resultarían arbitrarias e ilegales.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

iv.- Por otro lado, el criterio utilizado por OSITRAN resultaría contradictorio, pues afirma que dicha entidad pretende deslegitimar para reclamar la nueva tarifa que le pretende aplicar LAP, cuando en anteriores oportunidades se le ha permitido interponer reclamos sin la necesidad de formar parte de alguna Resolución de Consejo Directivo que aprueba el Mandato de Acceso de LAP.

v.- Siendo ello así, OSITRAN no podría desconocer que COPA ha tenido el derecho a interponer reclamos sin formar parte de la relación de empresas comprendidas en el Mandato de Acceso de LAP, criterio que debió de ser observado por dicha autoridad en el presente procedimiento administrativo.

vi.- Por tanto, resulta ilegal y contradictorio que se le cuestione la legitimidad para interponer un reclamo.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- Son cuestiones en discusión a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:

i.- Determinar si las actividades realizadas por COPA en las oficinas con código N° 331-2056 y N° 331-2062 se encuentran dentro de las actividades previstas en el cláusula tercera de Mandato de Acceso.

ii.- Verificar si LAP tiene derecho a exigir el cobro de una tarifa comercial por las oficinas N° 331-2056 y N° 331-2062 o si debe de mantenerse las condiciones prescritas en el Mandato de Acceso.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Cuestión Previa: Sobre los Reclamos y Controversias

9.- Sobre el particular, este Colegiado considera importante aclarar lo señalado por COPA respecto a que se le estaría cuestionado la legitimidad para interponer reclamos. Asimismo, ha señalado que se le estaría aplicando un criterio contradictorio por parte de OSITRAN, pues en otras oportunidades se le habría permitido presentar reclamos.

10.- De esta manera, sin perjuicio que en el presente caso este Colegiado no ha emitido acto alguno cuestionando el derecho de COPA a presentarse a este procedimiento; corresponde a este Cuerpo Colegiado definir ante qué procedimiento nos encontramos, si ante un procedimiento de reclamos o un procedimiento de controversias.

11.- Al respecto, cabe recordar que el artículo 1 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 019-2011-CD-OSITRAN señala lo siguiente:

*"**Artículo 1.- Definiciones***

Para efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

*a) **CONTROVERSIA:** **El desacuerdo o conflicto de interés sobre asuntos de interés público, de hecho o de derecho del ámbito de competencia del OSITRAN que se suscite entre Entidades Prestadoras. También a aquellas que se susciten entre éstas y sus usuarios intermedios respecto del contrato o del mandato de acceso**.*

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

(...)

b) ***RECLAMO:*** *La solicitud, distinta a una Controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier* ***servicio relativo*** *a la infraestructura de transporte de uso público que* ***brinde una Entidad Prestadora*** *que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN".*

[Subrayado y resaltado agregado]

12.- Por su parte, el artículo 2 del mencionado reglamento prescribe lo siguiente:

"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:

a) ***Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN****;*

b) ***Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN****.*

c) ***Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios****;*

d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

2.- Se excluyen del ámbito de este reglamento:

a) Los reclamos de usuarios sobre materias que por mandato legal, son de competencia directa de INDECOPI;

b) Las controversias que versen sobre el acceso, uso o explotación de infraestructura no calificada como esencial;

c) Los reclamos o controversias entre usuarios intermedios o finales.

En función de la naturaleza jurídica del asunto y conforme a sus respectivas competencias, corresponde al INDECOPI, a la instancia judicial o, de ser el caso, a la instancia arbitral, la resolución de las controversias y reclamos previstos en los numerales señalados en el párrafo anterior".

[Subrayado y resaltado agregado]

13.- Asimismo, en la sección del procedimiento de reclamos, específicamente en el artículo 33 del citado reglamento se establece lo siguiente:

"Artículo 33.- Objeto del Procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de los reclamos que presenten los usuarios intermedios o finales ante las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios, referidos en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 de este reglamento.

El reclamo podrá recaer respecto de servicios regulados o, servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, que son responsabilidad de la Entidad Prestadora siempre que se encuentren bajo la supervisión de OSITRAN.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

En el marco de lo previsto en los párrafos precedentes de este artículo, están comprendidos, entre otros, los reclamos que versen sobre:

a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora.

b) El condicionamiento por parte del sujeto reclamado de la atención de los reclamos formulados por los usuarios, al pago previo de la retribución facturada.

c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.

d) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios, de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes.

e) Cualquier reclamo que surja de la aplicación del REMA.

f) Las relacionadas con el acceso a la infraestructura o que limitan el acceso individual a los servicios responsabilidad de las Entidades Prestadoras.

g) Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas, o condiciones del servicio; o, información defectuosa".

14.- Como se puede apreciar de las normas citadas, los usuarios pueden interponer **reclamos** relacionados con:

i.- Servicios regulados,

ii.- Servicios supervisados; o,

iii.- Cuestiones relacionadas con el procedimiento para la obtención del acceso a la infraestructura, cuyo procedimiento se regula por el REMA, y que, evidentemente, constituye la etapa anterior a la suscripción del contrato de acceso respectivo (incisos e y f del artículo 33 del Reglamento).

15.- Queda también claro que **los conflictos de interés relacionados con la aplicación e interpretación de los contratos de acceso** están calificados como **CONTROVERSIA** (inciso a. del artículo 1 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN) por lo que su solución no se tramita en el procedimiento de reclamos[1].

16.- En el presente caso, COPA viene cuestionando no solo aspectos vinculados a la aplicación de parte de LAP de las condiciones contractuales establecidas en el marco de una relación de acceso para la prestación de servicios esenciales dentro la infraestructura aeroportuaria; sino también la interpretación que estaría realizando dicha Entidad Prestadora a un Mandato de Acceso, cuestiones que se encuentran calificadas como **CONTROVERSIA**.

17.- En efecto, el literal d) del artículo 44 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN establece que está comprendido como un supuesto de controversia cualquier desacuerdo relativo al mandato de acceso, incluida su aplicación e interpretación, que no hubiere podido ser resuelta por las partes, como se aprecia a continuación:

[1] El propio Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN regula el procedimiento de controversias cuya primera instancia es el Cuerpo Colegiado y no la Entidad Prestadora como sucede en los reclamos.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

*"**Artículo 44.- Materia de las controversias previstas en el literal c) del numeral 1 del artículo 2***

En el marco del literal c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento y del artículo precedente, están comprendidas las controversias que versen sobre:

a) El libre acceso a los servicios que conforman las actividades de explotación de infraestructura, en los casos en que exista más de una Entidad Prestadora operando en un tipo de infraestructura.

b) Tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o retribución derivado de los acuerdos entre Entidades Prestadoras, en tanto se afecte el mercado regulado.

c) El aspecto técnico de los servicios públicos materia de competencia del OSITRAN.

d) Cualquier desacuerdo relativo al contrato o al mandato de acceso, incluidas su aplicación e interpretación, que no hubiere podido ser resuelta por las partes".

[El subrayado es nuestro]

18.- Asimismo, el artículo 48 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN establece que el órgano competente para conocer las controversias en primera instancia es el **Cuerpo Colegiado del OSITRAN**, el mismo que admitirá a trámite las mismas[2].

19.- En esa misma línea, el artículo 38 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM dispone lo siguiente:

"Artículo 38.- Órganos competentes para el ejercicio de la función de solución de reclamos

La Entidad Prestadora es competente en primera instancia para la solución de reclamos que presente un usuario por los servicios prestados por esta así como por los reclamos que presente un usuario intermedio, con relación al acceso a las facilidades esenciales, antes de la existencia de un contrato de acceso, de conformidad con el Reglamento marco de acceso a la infraestructura de transporte público.

*Los recursos contra lo resuelto por los Cuerpos Colegiados de OSITRAN y las entidades prestadoras, son resueltos en segunda y última instancia administrativa, por **el Tribunal de Solución de Controversia y Atención de Reclamos**".*

[El subrayado y resaltado es nuestro]

20.- Siendo así, queda claro que al ser materias objeto del procedimiento de solución de controversias las cuestiones vinculadas a las condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales, así como cualquier desacuerdo relativo al Mandato de Acceso, incluido su aplicación e interpretación que no hubiera podido ser resuelto por las partes; la competencia para resolverlas corresponde al **Cuerpo Colegiado de OSITRAN como primera instancia**.

2 Reglamento de Reclamos de OSITRAN

Artículo 48.- Recepción de controversias, subsanación de errores u omisiones y su admisión a trámite

Hecha la verificación formal del cumplimiento de los requisitos del artículo anterior, el Cuerpo Colegiado Ordinario, directamente; o, su Secretaría Técnica, por delegación, recibirá la controversia y la admitirá a trámite, consignando fecha y hora de recepción y número de trámite.

(...)".

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios Nº182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

21.- Por tanto, resulta claro que no nos encontramos ante un procedimiento de reclamos, sino uno de controversia, debiéndose aplicar la norma pertinente que regula su tramitación.

22.- Por otro lado, COPA señaló que el cuestionamiento contra LAP constituiría un reclamo en la medida que se encontraría vinculado a la prestación de un servicio a cargo de dicha Entidad Prestadora, el que estaría conformado por el arrendamiento a su favor de las oficinas identificadas con el código N° 331-2056 y N° 331-2062, calificada como facilidad esencial dentro del Mandato de Acceso.

23.- Al respecto, con relación al argumento relacionado a que lo expuesto constituiría reclamo por tratarse de aspectos vinculados a servicios de arrendamiento y consecuentes facturaciones por servicios de uso de infraestructura, cabe resaltar que de conformidad con el Reglamento General de Tarifas (RETA)[3], existen dos regímenes tarifarios:

> "***Artículo 10.- Regímenes tarifarios***
> *La prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público podrá estar sujeta a los siguientes regímenes tarifarios:*
>
> 1.- ***Régimen tarifario supervisado.-*** *Régimen tarifario bajo el cual* ***las Entidades Prestadoras*** *pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios que* ***presten*** *en condiciones de competencia en los mercados respectivos.*
> *Este régimen tarifario es aplicable de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin perjuicio de la aplicación del régimen tarifario regulado, de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.*
>
> 2.- ***Régimen tarifario regulado.-*** *Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las Tarifas de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin exceder las Tarifas Máximas que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de Concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSITRAN, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.*
> *Este régimen es aplicable de manera exclusiva a la* ***prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras****, en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado. Dicho régimen es aplicable, sin perjuicio de la aplicación de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN".*

[El subrayado y resaltado es nuestro]

24.- Conforme se desprende del dispositivo legal señalado en el párrafo anterior, las Entidades Prestadoras pueden brindar servicios supervisados, si es que los precios y condiciones (calidad del servicio) son establecidos libremente; o regulados, cuando son fijados por el OSITRAN. En estos casos, la relación se establece entre la Entidad Prestadora y los usuarios a quienes brinda los servicios, los cuales pueden ser intermedios o finales[4].

---

[3] Aprobado por la Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN, y modificado por las Resoluciones N° 043-2004-CD-OSITRAN, 082-2006-CD-OSITRAN y 003-2012-CD-OSITRAN.

[4] **Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado a través del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por los Decretos Supremos N° 057-2006-PCM y 046-2007-PCM**.

"Artículo 1.- Definiciones:

Para efectos de este REGLAMENTO entiéndase por:

(...)

z) ***USUARIO****: Es la persona natural o jurídica que utiliza la INFRAESTRUCTURA en calidad de:*

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

25.- Ahora bien, en este caso, cuando se señala servicios regulados o supervisados, se refiere a los **servicios aeroportuarios** a los cuales se encuentra obligado LAP a prestar como operador del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en virtud del Contrato de Concesión.

26.- El anexo 5 del Contrato de Concesión de LAP, establece cuales son los servicios calificados como Aeroportuarios y cuales como No Aeroportuarios. En efecto, el numeral 2.1 de dicho Anexo, establece como servicios No Aeroportuarios los siguientes:

"Servicios No Aeroportuario.

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

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

La renta o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios que se relacionan a continuación, será determinado por la libre oferta y demanda. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.

Los locales y servicios brindados actualmente son:
- *Counters.*
- *Oficinas.*
- *Salones VIP.*
- *Almacén/depósito.*
- *Talleres de apoyo.*
- *Terrenos.*
- *Hangares."*

[El subrayado es nuestro]

27.- Dicho esto, se desprende que el alquiler o arrendamiento de oficinas no se encuentra previsto como un servicio aeroportuario regulado ni supervisado por OSITRAN, sujeto al cobro de una tarifa en el marco del Contrato de Concesión; por lo que no podría ser tipificado como un supuesto materia de reclamo en el marco de lo establecido por el artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN.

28.- Debe de recordarse que los montos cancelados por COPA derivan de una contraprestación fijada únicamente por las partes que suscriben un Contrato de Acceso o un Mandato de Acceso, la misma que como más adelante se explicará, tiene naturaleza privada, siéndole aplicable las normas civiles y comerciales pertinentes.

1.- ***Usuario intermedio**: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad. Sin que la siguiente enumeración sea taxativa, sino meramente enunciativa, se considera usuario intermedio, a las líneas aéreas, los agentes marítimos, los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos, y en general cualquier empresa que utiliza la INFRAESTRUCTURA para brindar servicios a terceros. Este tipo de usuarios puede ser un operador secundario.*

2.- ***Usuario final**: Utiliza de manera final los servicios prestados por una ENTIDAD PRESTADORA o por los usuarios a los que alude el literal precedente, según sea el caso. Sin que la siguiente enumeración sea taxativa, sino simplemente enunciativa, se considera usuario final a los pasajeros de los distintos servicios de transporte que utilicen la INFRAESTRUCTURA en los términos definidos en el presente REGLAMENTO y a los dueños de la carga".*

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

29.- Cabe reiterar entonces, que en la medida que en el presente caso COPA se encuentra discutiendo o cuestionando cláusulas contractuales estipuladas en un Mandato de Acceso, así como los montos cobrados por LAP como consecuencia del alquiler de oficinas operativas; tales hechos son revisados por OSITRAN a través del procedimiento de controversias, en primera instancia ante el Cuerpo Colegiado y en segunda instancia por el Tribunal de Solución de Controversias.

Sobre el acceso a las facilidades esenciales y las funciones de OSITRAN

30.- Los aeropuertos son infraestructuras que poseen características de monopolio natural[5] dentro de su zona de influencia. Es por ello que a través de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, se otorgó la competencia a OSITRAN para regular y supervisar este tipo de infraestructuras.

31.- Algunos de los servicios que se brindan dentro del aeropuerto, tienen tarifas reguladas y supervisadas por el regulador. Sin embargo, existen otros servicios que son brindados por terceros, como es el caso del servicio de embarque y desembarque de pasajeros, el cual es considerado como servicio esencial y que requiere, necesariamente, hacer uso de infraestructura aeroportuaria considerada como una facilidad esencial.

32.- El OSITRAN, en virtud de las leyes y reglamentos que le otorgan competencia y de las propias disposiciones emitidas en ejercicio de su facultad normativa[6], regula el acceso a las facilidades esenciales en los mercados derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, entre ellas, la aeroportuaria.

33.- Al respecto, el literal d) del artículo 5 de la Ley Nº 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, establece como uno de los objetivos de OSITRAN lo siguiente:

> *"Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales (...)"*

---

[5] *"Cuando las economías de escala son tan grandes que hacen ineficiente que más de una empresa ofrezca un producto, la empresa existente incrementará sus utilidades si no es regulada, restringiendo la oferta e incrementando los precios más allá de los precios competitivos si tiene libertad para hacerlo."* Breyer, Sthepen. *"Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma"* En: Themis. Nº 52. p. 10. *"(...) es común que existan actividades con características de monopolio natural, al menos en algunas de las etapas de la producción. El que una industria tenga características de monopolio natural significa que se puedan producir los distintos niveles de producto a menor costo si se producen por una sola firma que si se produce por dos o más firmas. Esta propiedad de la tecnología se denomina la subaditividad de la función de costos"*. PAREDES, Ricardo y SÁNCHEZ, José Miguel. *"Teoría y Práctica de la Economía de la Regulación"*. 1999. p.8.

[6] Ley 27332
"Artículo 3.- Funciones
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
(...)
c) ***Función Normativa:*** *comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.*
Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

34.- Asimismo, el literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala como una de las principales funciones del OSITRAN la siguiente:

> *"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".*

35.- A efectos de cumplir con las funciones asignadas legalmente, el OSITRAN aprobó el Reglamento Marco de Acceso, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 014-2003-CD-OSITRAN (en adelante, REMA), que de conformidad con sus artículos 4 y 5, establece las reglas, principios y procedimientos legales, técnicos y económicos que rigen el acceso a las facilidades esenciales, los cuales tienen por finalidad generar bienestar a los usuarios por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtengan resultados similares a los de una situación competitiva.

36.- Por su parte, el artículo 7 del REMA define 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 a la Cadena Logística".*

37.- Como se aprecia de las normas citadas, a través del REMA se regula el fenómeno económico relativo a la utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios, las cuales resultan indispensables para la prestación de los servicios considerados esenciales en la cadena logística del transporte; procurando generar competencia o la utilización de mecanismos de mercado que permitan simular una situación competitiva.

38.- En efecto, en el anexo 2 del REMA, se establece una lista de servicios esenciales, entre los que se encuentra el servicio esencial de atención de tráfico de pasajeros y equipaje (oficinas necesarias para las operaciones y counters).

> ***"Anexo 2: Lista de Servicios Esenciales sujetos al REMA***
> *AEROPUERTOS*
> - *Rampa o asistencia en tierra (autoservicio /terceros)*
> - *Abastecimiento de combustible.*
> - *Atención de tráfico de pasajeros y equipaje (oficinas necesarias para las operaciones y counters).*
> - *Mantenimiento de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas".*

39.- Asimismo, el REMA establece los procedimientos mediante las cuales se regulan las formas que tienen los Usuarios Intermedios para acceder a las Facilidades Esenciales a fin de que éstos brinden servicios esenciales. De esta manera, su artículo 19, establece que una de las formas de acceder a las referidas facilidades esenciales es a través de la emisión de un Mandato de Acceso por parte de OSITRAN[7].

---

[7] ***Reglamento Marco de Acceso***

"Artículo 19.- Formas de acceder a las Facilidades Esenciales. Las formas de acceder a las Facilidades Esenciales administradas por las Entidades Prestadoras, son las siguientes:

a) Mediante Contrato de Acceso celebrado como consecuencia de una negociación directa. El derecho de Acceso se otorgará mediante negociación directa, cuando la disponibilidad de infraestructura permita atender todas las solicitudes de Acceso declaradas procedentes. Se procederá de igual manera, si el número de bases entregadas o vendidas en un procedimiento de subasta, es menor o igual al número de espacios de que dispone la infraestructura.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios Nº182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

40.- Ahora bien, de conformidad con el artículo 43 del REMA de OSITRAN, a través del Mandato de Acceso, OSITRAN tiene por objetivo determinar a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso o la manifestación de voluntad para celebrarlo por parte de la Entidad Prestadora. Asimismo, señala que los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes[8].

41.- De lo expuesto en el párrafo precedente, se desprende que los acuerdos a los que arribe como consecuencia de la emisión del Mandato de Acceso, no solo son de cumplimiento obligatorio de dichos usuarios sino también de las Entidades Prestadoras que operan las infraestructuras en condiciones de monopolio natural, como ocurre en este caso con LAP.

Sobre la relación jurídica de COPA y LAP

42.- Ahora bien, se debe de señalar que de la revisión del Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, el cual dictó Mandato de Acceso a LAP a favor de diversas aerolíneas, para la utilización del AIJCH, con el fin de que dichas aerolíneas, puedan prestar el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros (alquiler de oficinas operativas) y el cual es objeto de controversia por parte de COPA, se observó que dicha empresa no fue parte del grupo de aerolíneas a las cuales se dictó dicho mandato.

43.- De otro lado, COPA ha manifestado a lo largo de este procedimiento que actualmente no cuenta con un Contrato de Acceso vigente con LAP.

44.- Por su parte, LAP señaló que si bien el Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, no otorgaba acceso a COPA, le aplicó las condiciones reguladas establecidas en dicho mandato, bajo el supuesto que dicha línea aérea se encontraba en posesión y uso de las oficinas con código N° 331-2056 y N° 331-2062, con lo cual se debía de entender que COPA tácitamente se adhería a las nuevas condiciones establecidas en ella.

45.- Sobre el particular, este Colegiado considera pertinente establecer cuál es la relación jurídica actual que COPA tiene con LAP y verificar si efectivamente los alcances de las condiciones de acceso dictadas en el Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, le resultan aplicable a dicha empresa.

---

b) Mediante Contrato de Acceso celebrado como consecuencia de una subasta convocada por la Entidad Prestadora. El derecho de Acceso se otorgará mediante el mecanismo de subasta si la disponibilidad de la Facilidad Esencial no permite atender todas las solicitudes declaradas procedentes, salvo que el contrato de concesión hubiera previsto un mecanismo diferente.

c) Mediante la emisión de un Mandato de Acceso que emita OSITRAN, en los supuestos a que se refiere el Artículo 44 en este Reglamento".

[8] ***Reglamento Marco de Acceso***

Artículo 43.- Objeto del Mandato de Acceso. OSITRAN podrá emitir Mandatos de Acceso en los supuestos previstos en el presente Reglamento, en virtud de las facultades que le confiere el literal c) del Artículo 3 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores, y el Artículo 1 de la Ley Nº 27631.

Por el Mandato de Acceso, OSITRAN determina a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso o la manifestación de voluntad para celebrarlo por parte de la Entidad Prestadora. Los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes.

En el caso que el Contrato de Acceso se haya celebrado como consecuencia de la emisión de un Mandato, no se excluye la aplicación de las normas de Derecho privado a la relación jurídica resultante.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

46.- Es así que, ambas partes han señalado que fue en virtud de la emisión del Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-CD-OSITRAN y sus modificatorias, que COPA obtuvo el derecho al acceso a la Infraestructura del AIJCH a fin de brindar el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros, motivo por la cual se le otorgó la posesión, entre otras, de las oficinas N° 331-2056 y N° 331-2062. Asimismo, se verificó que el periodo de vigencia de dicho Mandato de Acceso venció el 1 de julio de 2016.

47.- Cabe resaltar, que la cláusula cuarta del Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-CD-OSITRAN, establecía que luego de finalizado el periodo de vigencia de dicho mandato no procedía la renovación automática. No obstante, el numeral 15.1 de la cláusula Décimo Quinta de dicho documento, establecía que en el supuesto de ya no existir un título habilitante por parte de LAP para uso de las oficinas operativas, el usuario intermedio que no haya desocupado el área otorgada se obliga a seguir cumpliendo con las obligaciones previstas en el Contrato de Acceso, durante el tiempo de posesión de área ocupada.

48.- Dicho esto, resulta evidente que a pesar que ya no existía un Mandato de Acceso, COPA siguió ostentando el derecho al acceso a las facilidades esenciales a fin de brindar el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros, haciendo uso para tal efecto de las oficinas N° 331-2056 y N° 331-2062, bajo las mismas condiciones establecidas en el referido mandato, sin que ello implique una renovación automática, hecho que fue aceptado por LAP.

49.- Sin embargo, LAP precisó que en virtud de la emisión del nuevo Mandato de Acceso, es decir el que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, tuvo que aplicar las regulaciones establecidas en dicho Mandato.

50.- En este punto, es importante señalar que el artículo 33 del REMA de OSITRAN establece lo siguiente:

*"**Artículo 33.- Adecuación de las condiciones económicas***

Cuando la Entidad Prestadora acuerde con un Usuario Intermedio a través de un procedimiento de negociación directa, condiciones económicas (cargos, otras condiciones vinculadas a su aplicación u otras) más favorables que las establecidas en Contratos o Mandatos de Acceso previos, deberá adecuar éstos últimos a dichas condiciones económicas más favorables.

***Similar adecuación deberá realizar la Entidad Prestadora cuando OSITRAN emita Mandatos de Acceso que establezcan condiciones más favorables que los Mandatos emitidos o que los contratos suscritos previamente**.*

Los Contratos de Acceso se adecuarán a las condiciones más favorables establecidas por un mandato de Acceso dentro de los treinta (30) días siguientes de la notificación a la Entidad Prestadora. Similar plazo se deberá aplicar en los casos de mandatos vigentes y cuando se suscriban Contratos de Acceso con Cargos de Acceso y condiciones económicas más favorables que los establecidos.

Esta obligación no es de aplicación en el caso que las condiciones económicas se hayan determinado mediante una subasta."

51.- Dicho esto, es imperativo para la Entidad Prestadora adecuar tanto sus contratos de acceso, así como los mandatos que tenga suscrito con los usuarios intermedios, cuando estos presenten condiciones económicas más favorables.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

52.- Siendo esto así, resulta razonable que en el presente caso y en vista de la existencia de una relación de acceso con condiciones reguladas conforme a lo señalado en el considerando 47 de la presente resolución, LAP aplique las nuevas condiciones emitidas y aprobadas por OSITRAN como consecuencia de la emisión del nuevo Mandato de Acceso, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 007-2017-CD-OSITRAN.

53.- Ahora bien, como ya se ha señalado, COPA indica que no mantiene un Contrato de Acceso vigente. Sobre el particular, corresponde indicar que el artículo 36 del REMA de OSITRAN establece 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".*

54.- Como se desprende del párrafo anterior, los Contratos de Acceso son de naturaleza privada, siéndoles aplicables las normas civiles y comerciales. Asimismo, indica que aun cuando estos hayan sido suscritos en el marco de un Mandato de Acceso, estos no pierden dicha naturaleza.

55.- En ese sentido, este Colegiado considera pertinente analizar el Mandato de Acceso, así como las conductas demostradas por las partes, bajo el principio de la buena fe.

56.- Al respecto, el art. 1362 Código Civil señala lo siguiente:

> *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".*

57.- Es importante indicar que el principio de la buena fe puede ser abordado desde dos ángulos: la subjetiva, en la cual se considera como la convicción interna que se está actuando correctamente o conforme a derecho, o que tal vez incumple alguna disposición legal o lesionado derechos sin tener conocimiento de lo que está haciendo; y otra objetiva, caracterizada por el comportamiento correcto del sujeto que es percibido por la contraparte o por los demás (buena fe lealtad, probidad, confianza o comportamiento). Como calificada doctrina española sostiene, "inicialmente, buena fe expresa la confianza o la esperanza en una actuación correcta de otro"[9]

58.- Cabe señalar, que del expediente administrativo se advierte que LAP ha venido otorgando el acceso a COPA a las facilidades esenciales para el uso de oficinas operativas, en este caso las oficinas Nº 331-2056 y Nº 331-2062, a pesar de no contar con un Contrato de Acceso, bajo la convicción que COPA ha aceptado cada una de las estipulaciones que regulan dicha acceso, sometiéndose a las reglas y conductas que regulan el uso de las mismas.

[9] Luis DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del Contrato*, quinta edición, Civitas, Madrid, 1996, 49.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios Nº182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

59.- Asimismo, de acuerdo al Principio de Primacía de la Realidad, el autor Romero Montes[10] señala que "*la realidad tiene un carácter objetivo, que supera la versión de las partes y hasta del propio juzgador, lo importante será determinar y delimitar la verdad, para que nos permita superar la subjetividad y encontrarnos frente a ella, por tanto, la realidad son hechos objetivos, veraces, fehacientes que se producen en un lugar y en un tiempo determinado.*"

60.- De esta manera, el Principio de Primacía de la Realidad se determina en caso de discrepancia entre lo que sucede en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, por lo que debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que ocurre en el terreno de los hechos.

61.- En tal sentido, se debe de verificar el comportamiento y los actos mostrados por COPA respecto del Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN.

62.- Al respecto se advierte que como cargo de acceso fijado en el Mandato de Acceso emitido en el 2017, se estableció un monto ascendente a US$ 27.91 (Veintisiete con 91/100 dólares americanos) por metro cuadrado. Cabe señalar que el monto del cargo fijado en el Mandato de Acceso que fuera aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-CD-OSITRAN, y el cual se aplicaba a COPA, ascendía a US$ 32.41 (Treinta y dos con 41/100 dólares americanos).

63.- Conforme se desprende de lo señalado en el párrafo anterior, el nuevo Mandato de Acceso del 2017, establecía condiciones económicas más favorables para los usuarios intermedios que quisieran hacer uso de oficinas operativas para brindar el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros, pues evidentemente existía una diferencia económica entre el monto del cargo establecido en el Mandato de Acceso emitido en el 2013 con el monto del cargo establecido en el 2017.

64.- Siento esto así, de conformidad con lo señalado por LAP, este nuevo monto también le fue aplicado al cargo de acceso fijado a COPA, siendo que desde el 7 de marzo de 2017 hasta el 17 de octubre de dicho año, COPA se encontraba pagando el nuevo cargo, no habiendo objeción alguna por parte de este último.

65.- De lo expuesto se desprende que COPA tenía conocimiento de la nueva regulación aplicada como consecuencia de la emisión del Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, lo cual demostraría que al realizar el pago de dicho cargo COPA se adhirió a la nueva regulación establecida por OSITRAN.

66.- En ese sentido, queda claro que la conducta demostrada por COPA, al aceptar los beneficios derivados de la regulación emitida mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, conlleva a concluir que esta aceptó adherirse a dichas condiciones, comportándose como si hubiera suscrito un Contrato de Acceso, por lo que no podría alegar que las disposiciones establecidas en el Mandato de Acceso vigente no le resultarían aplicables.

67.- Asimismo, resultaría contradictorio que COPA haya iniciado una controversia respecto de la aplicación de un Mandato de Acceso que considera que no le es aplicable, puesto que de ser así, se tendría que entender que no existiría derecho de aplicar este mecanismo de controversia.

[10] Francisco Javier ROMERO MONTES, El principio de veracidad o primacía de la realidad. p. 341

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

68.- Por lo tanto, habiéndose acreditado los alcances de las condiciones de acceso establecidos en el Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 007-2017-CD-OSITRAN, corresponde analizar la presente controversia.

Sobre el Mandato de Acceso

69.- Con relación al Mandato de Acceso, conviene señalar que los numeral 2.28 y 2.37. de la Cláusula Segunda prescriben lo siguiente:

"Cláusula Segunda.- Definiciones.-

2.28 "Oficina Operativa": Espacio en el Aeropuerto calificado como Facilidad Esencial, utilizado por el USUARIO INTERMEDIO para prestar los Servicios Esenciales a que se refiere la Cláusula Tercera.

(...)

2.37 "Servicio Esencial": es el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje detallado en el Anexo N° 2 de la modificatoria al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 054-2005-CD-OSITRAN, referido específicamente a las actividades que desarrollará el USUARIO INTERMEDIO en las Áreas a ser utilizadas como Oficina(s) Operativa(s), actividades que se encuentran especificadas en la Cláusula Tercera del presente Mandato."

70.- Asimismo, la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, prescribe lo siguiente:

"Cláusula Tercera.- Objeto del Mandato.-

El presente Mandato se suscribe al amparo de lo previsto en los artículos 7° y 19° así como el Anexo N° 2 (Servicios Esenciales) del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura del Transporte Público de OSITRAN (REMA), así como el Artículo 48° y siguientes del Reglamento de Acceso de LAP (REA LAP).

La finalidad de este Mandato es ceder en arrendamiento al USUARIO INTERMEDIO, el (las) Área (s) indicadas en el Acta de Entrega calificada(s) como Facilidad (es) Esencial (es) de acuerdo al REMA, a fin de que la(s) misma(s) sea(n) destinada(s) exclusivamente como "Oficinas Operativas".

En consecuencia, el presente Mandato de acceso tiene por objeto determinar los términos, condiciones y cargo (s) aplicable (s) para que LAP ceda en arrendamiento al USUARIO INTERMEDIO el (las) Área (s) con el fin que este pueda prestar el Servicio Esencial relativo a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (Oficinas Operativas).

Tratándose de "Oficinas Operativas", las únicas actividades que el USUARIO INTERMEDIO podrá llevar a cabo en las Áreas a que se refiere el Acta, con el fin de prestar el Servicio Esencial relativo a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje en el AIJCH, son las siguientes:

a) Programación y reprogramación de los vuelos.
b) Programación y reprogramación de aeronaves para los diferentes vuelos.
c) Programación de los tripulantes técnicos y auxiliares.
d) Confección de planes de vuelo (análisis de la carpeta meteorológica de ruta y lugar de destino, mapas de rutas, niveles de vuelo, aeródromos alternos, de acuerdo a los NOTAM´s vigentes y otros).
e) Confección del formato de peso y balance de la aeronave y equipaje.
f) Programación de la atención de agentes de tráfico para la atención a pasajeros.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

g) Coordinaciones previas (Briefing) sobre novedades o condiciones especiales para determinados pasajeros en la atención a los pasajeros antes del check in.
h) Distribución de materiales para el check in (Etiquetas/Tags y otros).
i) Confirmaciones y reconfirmaciones de vuelo.
j) Reclamo de equipaje rezagado.
k) Cierre de vuelo.
l) Facturación de exceso de equipaje (incluyendo cálculo de exceso de peso, cuando no es posible hacerlo en el counter).
m) Coordinación con encargados de operación de rampa, carga y mantenimiento.
n) Almacenamiento de materiales de oficina para uso exclusivo de la Oficina Operativa."

71.- De lo señalado precedentemente, se puede concluir que:

- En el marco del Mandato de Acceso emitido a favor de COPA, el servicio denominado como Servicio Esencial es aquella actividad vinculada a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje; cuyas actividades se encuentran reguladas en el propio mandato.

- Asimismo, de acuerdo con el referido Mandato de Acceso, una oficina operativa es aquel espacio dentro del AIJCH, que ha sido calificado como facilidad esencial y en el cual los usuarios intermedios solo pueden realizar las actividades relacionadas con los denominados servicios esenciales.

- En la cláusula tercera del Mandato de Acceso, se establece de manera taxativa la relación de actividades de los servicios esenciales que se podrán realizar en cada una de las Oficinas Operativas otorgadas por LAP a COPA en virtud de dicho mandato.

Sobre las actividades desarrolladas en la Oficinas Operativas N° 331-2056 y N° 331-2062

72.- Con relación a la Oficina 331-2056 se indicó que dicha oficina se encuentra dividida en tres ambientes: a) almacén de material de Check in, b) oficina de Asistente de Aeropuerto y oficina de Gerente de Aeropuertos, cuyo horario es de 10:00 horas hasta las 18:00 horas de lunes a sábado.

73.- Cabe señalar que la descripción sobre la oficina N° 331-2056 señalada en el párrafo anterior, concuerda con lo descrito por el Notario José Alejandro Ochoa López en el Acta de Constatación del 24 de mayo de 2017.

Oficina N° 331-2056

74.- Al respecto, cabe señalar que con fecha 15 de mayo de 2018, en presencia del Secretario Técnico del Cuerpo Colegiado y de un representante de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, se realizó una visita inopinada a la Oficina N° 331-2056, la cual contó con la participación del señor Carlos Zolezzi, quien se presentó como Agente Líder de COPA y la señora Giannina García, quien se presentó como Coordinador de Servicios y Aerolíneas de LAP.

75.- Sobre el particular, en el Acta de Visita Inopinada se recogió lo siguiente:

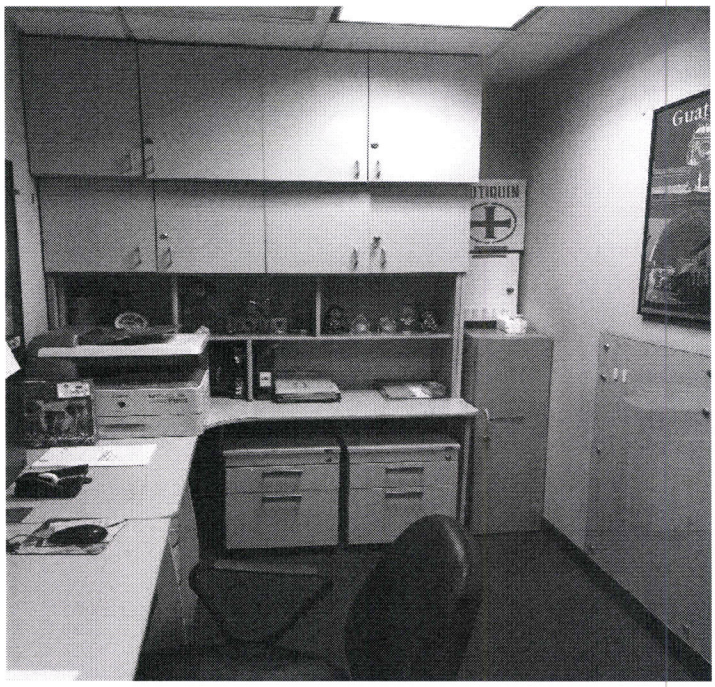
"Respecto a la Oficina con código 331-2056 (Oficina No. 255), se observa que la misma cuenta con 3 ambientes.
En relación al primer ambiente se observan 8 credenzas con material administrativo, sillas de plástico y de oficina, y 2 parantes informativos. Al respecto, el representante de COPA señaló que las sillas son utilizadas en la oficina No. 272 para la realización de capacitaciones.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

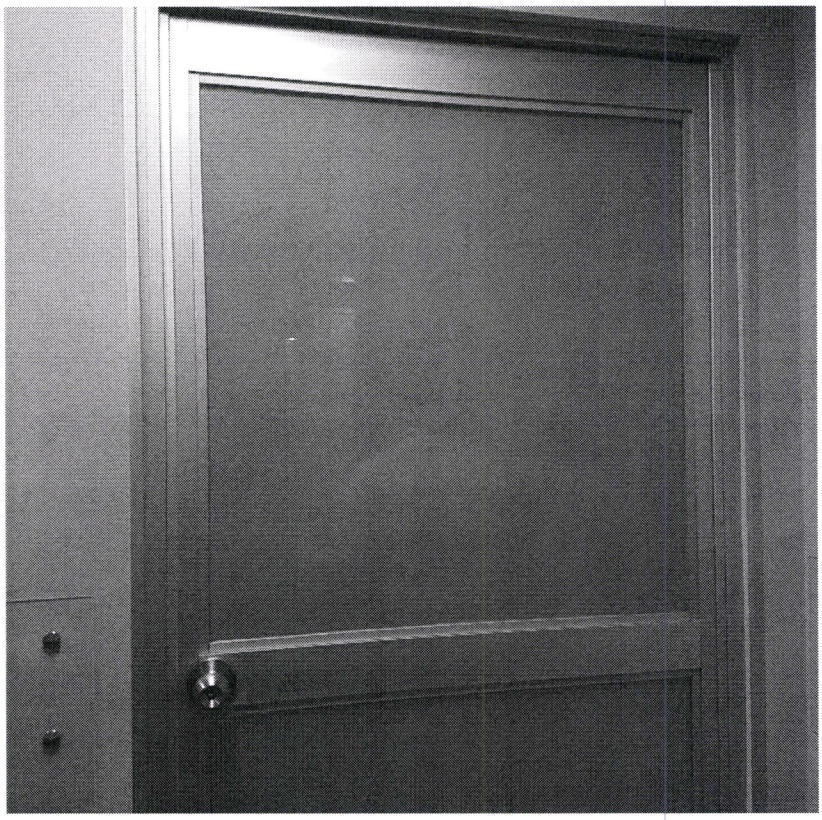
Sobre el segundo ambiente, se observan 1 equipo de cómputo, 1 impresora, 1 teléfono, 1 escritorio, 6 credenzas. Al respecto, el representante de COPA señaló que en dicho ambiente se realizan actividades administrativas, como pago de proveedores, entre otros.

En relación al tercer ambiente, no se tuvo acceso al estar cerrado con llave, sin embargo, el representante de COPA señaló que dicho ambiente corresponde a la Oficina del Gerente, quien desarrolla actividades de alto mando".

76.- Como bien se ha señalado, esta oficina se encuentra dividida en distintos ambientes y tal como consta en el Acta de Constatación realizada por el Notario José Alejandro Ochoa López, este espacio es utilizada como oficina de Gerente de Aeropuerto, Asistente Administrativo y almacén, lo cual no ha sido cuestionado por COPA:



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe



77.- Al respecto, se advierte que de una visualización de los elementos que conforman dicha oficina, no se advierte que su uso sea para ejecutar las actividades descritas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso.

78.- Resulta importante mencionar que respecto de esta oficina COPA no ha acreditado o probado que se realicen las actividades descritas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, tampoco ha explicado a lo largo de este procedimiento cuáles son las funciones que se desempeñan en dicho despacho o espacio, ni tampoco ha justificado las labores de la Asistente Administrativa (Secretaria) y de cómo su función contribuye o coadyuva al cumplimiento de todas actividades operativas descritas en dicha cláusula.

79.- Por otro lado, se debe de tener en cuenta que tal y como consta en el Acta de inspección el personal de COPA manifestó que en dicha espacio se realizan solo actividades administrativas y actividades de alto mando de la empresa, actividades que no constituyen parte integrante de la lista de actividades establecida en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, por lo que se desprende que en la oficina N° 331-2056 se realizan actividades no vinculadas exclusivamente a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje.

80.- Siendo esto así, dado las pruebas presentadas, así como los alegatos señalados por ambas partes a lo largo de este procedimiento, resulta manifiestamente evidente que la Oficina N° 331-2056 no viene siendo utilizada para realizar actividades vinculadas a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje, por lo que dicho espacio no estaría cumpliendo con el objeto por el cual se dictó el Mandato de Acceso.

Oficina N° 331-2062

81.- Sobre esta oficina, se observa que en el Acta de Visita Inopinada se recogió lo siguiente:

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

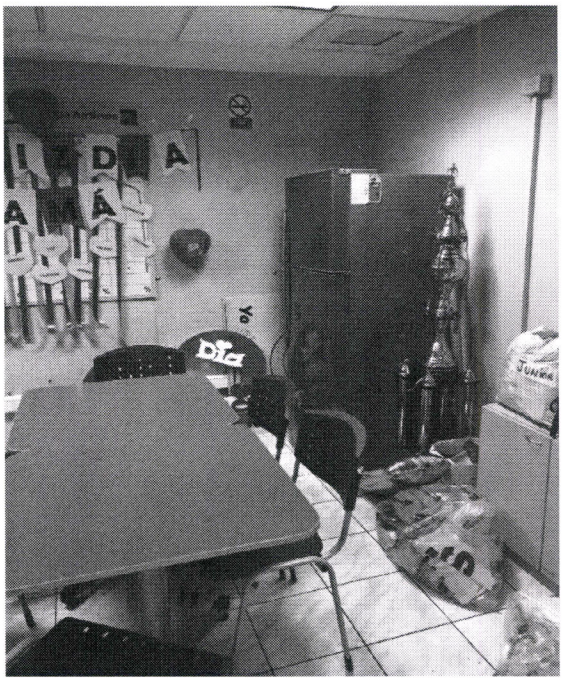
"De otro lado, respecto a la Oficina con código 331-2062 (Oficina No. 272), se observa que la misma cuenta con 2 ambientes.

El primero de ellos cuenta con 8 equipos de cómputo, 3 impresoras, 8 credenzas, una pizarra y ecran, asi como un woofer. Al respecto, el representante de COPA señaló que la pizarra se utiliza para mostrar la información de los vuelos y el ecran para el desarrollo de las capacitaciones, de igual forma indicó que el woofer se utiliza en las capacitaciones al personal. Asimismo, señaló que las actividades que realizan en dicho ambiente son las de sistemas de reserva de pasajeros, chequeo y reserva de equipajes, asimismo indicó que el chequeo también se realiza en la oficina de counter de check in. Igualmente, indicó que en las credenzas se guardan precintos de seguridad, files de información de vuelos, y material operativo para el vuelo.

En relación al segundo ambiente, éste cuenta con lockers, dos mesas y 6 sillas, una refrigeradora, un microondas, un lavadero de cocina, 2 credenzas, un POS. El representante de COPA precisó que dicho ambiente se utiliza para el almuerzo de los trabajadores. Asimismo, indicó que el POS se utiliza para el cobro de pasajes el cual es realizado en la oficina de counter de check in."

82.- El representante de COPA señaló, entre otras cosas que dicha oficina es utilizada, además de las labores operativas, para la capacitación de personal para lo cual se utilizaba el sistema de parlante (woofer) y el ecran.

83.- Asimismo, indicó que la mesa con la que se contaba en la referida oficina era utilizada exclusivamente como comedor de personal:



84.- Por otro lado, a consecuencia de la visita de inspección, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN emitió el Informe Nº 0658-2018-JCA-GSF-OSITRAN, en los que arribó a las siguientes conclusiones:

"IV. CONCLUSIONES

21 *La cláusula tercera del Mandato de Acceso, establece que las áreas de arrendamiento brindadas como facilidad esencial de acuerdo al REMA, serán destinadas exclusivamente como "Oficinas*

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

Operativas"; además, se señala las actividades que el usuario intermedio podrá llevar en dichas oficinas, son con el fin de prestar el servicio esencial a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje en el AIJCh.

22 *De lo expuesto en el presente informe, y de lo detallado en el acta de visita inopinada, considerando sólo el mobiliario y los artículos de oficina encontrados, no es posible determinar si las oficinas visitadas son operativas o comerciales.*

23 *No obstante, considerando lo observado en las Imágenes N° 03, N° 04 y N° 05, y de acuerdo a lo indicado en el acta de visita inopinada, en la imagen N° 03 se podría considerar como un área de oficina administrativa en la cual se estarían realizando actividades como pago de proveedores; y las imágenes N° 04 y N° 05 corresponden a áreas de uso común del personal que se estarían utilizando para actividades relacionadas con aspectos operativos y administrativos, como capacitación al personal; actividades que no estarían de acuerdo con el objeto del Mandato de Acceso emitido por OSITRAN, y de ser este el caso, existirían áreas comunes que se estarían utilizando para actividades relacionadas con aspectos operativos, gerenciales y administrativos por parte de la Aerolínea".*

85.- Como se observa, la GSF también consideró que las actividades realizadas en el espacio denominado oficina del Gerente de Estación, no constituían actividades que forman parte del objeto del Mandato de Acceso.

86.- Respecto de la alegación de COPA referida a que no correspondía la aplicación del numeral 6.4 del Mandato de Acceso, sino la cláusula Décimo Tercera, corresponde previamente analizar cuáles son los alcances de ambas.

87.- Sobre el particular las Cláusulas Sexta y Décimo tercera prescriben lo siguiente:

"Cláusula Sexta.- Declaración del USUARIO INTERMEDIO.-

6.1 *El USUARIO INTERMEDIO declara conocer que el (las) Área(s) a serle asignada(s) en ejecución del presente Mandato se encuentra(n) en adecuadas condiciones, y que es (son) apropiada(s) para desarrollar las Actividades establecidas en la Cláusula Tercera del presente Mandato. Del mismo modo, declara conocer las características del (de las) Área(s) para Oficina(s) Operativa(s) del presente Mandato establecidas en el Anexo N° 4 y 5 que forman parte del mismo.*

6.2 *El USUARIO INTERMEDIO podrá solicitar a LAP el cambio del (de las) Área (s) asignadas en ejecución del presente Mandato y LAP podrá acceder a dicha solicitud en la medida que cuente con la infraestructura correspondiente. Dicho cambio se producirá en los términos, condiciones y plazos que LAP le comunique.*

Esta modificación se hará bajo cuenta, costo y riesgo del USUARIO INTERMEDIO, debiendo dejar de inmediato el (las) Área (s) las Áreas entregada(s).

6.3 *El USUARIO INTERMEDIO estará obligado a conservar y devolver el (las) Área(s) en el estado en que la(s) recibe, tal como consta en el Acta de Entrega y en la Memoria Descriptiva respectiva, salvo el desgaste propio del uso, siendo de su exclusivo costo y responsabilidad su mantenimiento, así como la reparación de cualquier daño y/o desperfecto que un uso descuidado o, de ser el caso, negligente de la(s) misma(s) pudiera afectar dicho estado.*

6.4 *En caso se verifique que el USUARIO INTERMEDIO se encuentra realizando actividades diferentes a las establecidas en la Cláusula Tercera del presente Mandato, previo apercibimiento por parte de LAP, el USUARIO INTERMEDIO, procederá a desocupar el Área en un plazo de quince (15) Días Hábiles.*

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

Si el USUARIO INTERMEDIO mantuviera el uso y la posesión del (de las) Área(s), realizando actos que desnaturalicen el objeto del Mandato se dará por resuelto el acceso y dicha Área dejará de ser considerada como Oficinas Operativas y pasarán a ser consideradas Oficinas Administrativas, siendo de aplicación las condiciones comerciales vigentes.

En este supuesto, además el USUARIO INTERMEDIO deberá pagar como Penalidad el monto establecido en la Cláusula Vigésimo Segunda.

6.5 El incumplimiento a que se refiere el numeral anterior no podrá ser objeto del mecanismo de subsanación a que hace referencia la Cláusula Décimo Tercera.

(...)

<u>Cláusula Décima Tercera</u>.- Subsanación de incumplimientos por parte del USUARIO INTERMEDIO.-

13.1 LAP notificará al USUARIO INTERMEDIO mediante una Comunicación en el caso que éste incumpliera con alguna de las obligaciones contenidas en el presente Mandato, para que el USUARIO INTERMEDIO cumpla con la obligación dentro del plazo de siete (07) Días contados desde el día siguiente de dicha notificación. En caso el USUARIO INTERMEDIO no proceda con subsanar la observación dentro del referido plazo se aplicará la Penalidad establecida en la Cláusula Vigésimo Segunda, salvo que se trate de supuestos que originen la resolución del Mandato en cuyo caso se aplicará lo señalado en la Cláusula Vigésimo Sexta del presente Mandato.

13.2 En caso el USUARIO INTERMEDIO no cumpla con subsanar el incumplimiento detectado dentro del plazo establecido en el numeral 13.1, su acceso a las Facilidades Esenciales quedará automáticamente suspendido, quedando LAP facultada a tomar todas las medidas que pudieran ser requeridas para negar el acceso a las mismas.

13.3 En ningún caso la suspensión del acceso a la infraestructura podrá ser mayor a treinta (30) Días calendario. Transcurrido dicho plazo, se procederá conforme lo establecido en la Cláusula Vigésimo Sexta".

88.- De lo señalado precedentemente, se observa que la cláusula sexta del Mandato de Acceso establece una serie de obligaciones que el usuario intermedio, en este caso COPA, se encontraría obligado a conocer y ejecutar como parte de la relación contractual que suscribe con LAP.

89.- De las estipulaciones previstas en dicha cláusula, se observa claramente que COPA declaraba y reconocía que en las oficinas operativas entregadas, es decir las oficinas con código N° 331-2056 y N° 331-2062, únicamente se obligaba a ejecutar cada una de las actividades descritas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso. Asimismo, COPA declaraba conocer cuál sería la consecuencia en caso se acreditase que en cualquiera de las oficinas operativas entregadas por LAP, se estuviesen realizando actividades distintas a las previstas en la referida cláusula tercera, como son desocupar el ambiente entregado, o de ser el caso, de mantenerse la posesión, dar por resuelto el acceso a la misma y aplicar la tarifa comercial correspondiente (numeral 6.4).

90.- Por su parte, la cláusula Décimo Tercera regula la figura de la subsanación en caso se determine que el Usuario Intermedio **<u>incumpliese algunas de las actividades</u>** a las que se obligó a realizar en el marco del Mandato de Acceso.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

91.- Ahora bien, en el caso de las oficinas materia de controversia, el sustento utilizado por LAP para la aplicación de la Cláusula Sexta, numeral 6.4, no se encontraba relacionado a que se estuviese incumpliendo con algunas de las obligaciones descritas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, sino a que en ellas **se estaban realizando actividades no previstas en dicha cláusula**.

92.- Ciertamente, este Colegiado considera que la figura estipulada en la Cláusula Décimo Tercera, relacionada con la subsanación de incumplimientos, tiene por objeto corregir la omisión o cumplimiento defectuoso, precisamente, de algunas de las actividades previstas en la cláusula tercera del Mandato de Acceso y no corregir labores no previstas en ella. Asimismo, de la referida cláusula tampoco se desprende que el procedimiento de subsanación alcance a aquellas actividades que no conforman el objeto del servicio esencial.

93.- Como ya se ha señalado, de las pruebas remitidas y de las diligencias realizadas a lo largo del presente procedimiento este Colegiado constató que en ambas oficinas se vienen realizando actividades distintas a las estipuladas de manera taxativa en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, hecho del cual LAP tenía facultad de aplicar el numeral 6.4 de la cláusula sexta del referido mandato.

94.- Cabe señalar, que aun habiéndose acreditado que en dichas oficinas efectivamente se ejecutaban las labores descritas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, el hecho de que se realicen actividades adicionales en ella, demuestra un incumplimiento de los acuerdos arribados al momento de la suscripción del Mandato de Acceso; pues resulta evidente que las labores que actualmente se vienen realizando en dicha oficina no formaron parte de la negociación directa previa al procedimiento de emisión del citado Mandato de Acceso.

95.- Finalmente, COPA no puede desconocer los acuerdos a los que se obligó contractualmente como consecuencia de la emisión del Mandato de Acceso, como lo es la Cláusula Décimo Segunda del referido mandato, en la cual se establecía que COPA tenía como obligación utilizar exclusivamente las oficinas para realizar las actividades indicadas en la cláusula tercera[11].

96.- En tal sentido, y al haberse acreditado que en las oficinas con código N° 331-2056 y N° 331-2062 se realizan actividades distintas a las previstas taxativamente en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, corresponde declarar en este extremo infundada la solicitud presentada por la reclamante, y en consecuencia corresponderá a LAP actuar conforme a las atribuciones y competencias señaladas en el referido Mandato de Acceso.

En virtud de los considerandos precedentes y de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN[12];

---

[11] **Mandato de Acceso**

"Cláusula Décimo Segunda.- Obligaciones generales del USUARIO INTERMEDIO.-

Sin perjuicio de las demás obligaciones a cuyo pleno cumplimiento se compromete en virtud de este Mandato el USUARIO INTERMEDIO se obliga expresamente a lo siguiente:

12.1 Usar y cuidar diligentemente el (las) Área(s) entregada(s) y emplearla(s) exclusivamente para las indicadas en la Cláusula Tercera del presente Mandato".

[12] **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN**.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la solicitud de COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, SUCURSAL EN EL PERÚ contra LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.; y en consecuencia, desestimar las pretensiones formuladas por COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, SUCURSAL EN EL PERÚ en su escrito de fecha 12 de enero de 2018, al haberse acreditado que en las oficinas N° 331-2056 y N° 331-2062 se realizan actividades distintas a las previstas taxativamente en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, SUCURSAL EN EL PERÚ PERÚ y a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. la presente Resolución.

TERCERO.-DISPONER la difusión de la presente Resolución en el portal institucional (www.ositran.gob.pe)

MAYTE DAYANA REMY CASTAGNOLA
MIEMBRO
CUERPO COLEGIADO AD HOC

MARÍA CRISTINA ESCALANTE MELCHIORS
MIEMBRO
CUERPO COLEGIADO AD HOC

MARTHA CAROLINA LINARES BARRANTES
PRESIDENTA
CUERPO COLEGIADO AD HOC

"Artículo 53.- Resolución Final El Cuerpo Colegiado deberá expedir resolución en un plazo no mayor a veinte (20) días contados a partir de la fecha fijada para la audiencia oral (...)".

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe