



EXPEDIENTE N° : 003-2017-CCO-ADHOC-OSITRAN
RECLAMANTE : DELTA AIRLINES INC. SUCURSAL DEL PERÚ
ENTIDAD PRESTADORA : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 09 de abril de 2018

VISTO:

El expediente N° 003-2017-CCO-ADHOC-OSITRAN referido a la controversia iniciada por DELTA AIRLINES INC. SUCURSAL DEL PERÚ (en adelante, DELTA) contra LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en adelante, la Entidad Prestadora o LAP); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES**

- 1.- Con fecha 12 de diciembre de 2017, DELTA interpuso reclamo ante el Cuerpo Colegiado de OSITRAN (en adelante, CCO) solicitando: i) interprete los alcances de la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, ii) se ordene a LAP que el uso de las Oficinas Operativas debe de sujetarse a los términos y condiciones previstos en el Mandato de Acceso reconociendo la plena vigencia de este, lo que implica que se le debe de cobrar el cargo de acceso fijado en dicho mandato, iii) se ordene a LAP dejar sin efecto las facturas emitidas por concepto de Oficina Administrativa y penalidad; y consecuentemente, devolver los montos cobrados en exceso como consecuencia de la incorrecta aplicación de la tarifa comercial por concepto de arrendamiento de las Oficinas Operativas, así como el importe cobrado referido a la penalidad.

Al respecto, DELTA señaló los siguientes argumentos:

- i.- Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, se dictó Mandato de Acceso entre LAP y un grupo de Aerolíneas con la finalidad de que estas puedan prestar el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (alquiler de Oficinas Operativas). Asimismo, se establecieron las condiciones que serían aplicables para garantizar el acceso y uso de las Facilidades Esenciales por parte de los Usuarios Intermedios.

- ii.- Indicó que en dichas oficinas se realizan las actividades que, de acuerdo a lo señalado en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, tienen la condición de Servicios Esenciales, siendo la tarifa a pagar la que fuera fijada por OSITRAN.
- iii.- En los meses de marzo y mayo de 2017, LAP realizó inspecciones a las oficinas operativas entregadas a DELTA, entre ellas, la oficina con código N° 331-2090 el cual cuenta con una dimensión de 91 m² (la cual es la unión de 3 oficinas: 331-2088, 331-2090 y 332-2096) consecuencia de la cual la Entidad Prestadora le remitió la carta N° C-LAP-GSA-2017-0339, señalándole que dicha oficina eran utilizadas para el desarrollo de actividades no consideradas como esenciales al no estar comprendidas dentro los alcances de la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso.
- iv.- Es así, que LAP, en virtud de dichas inspecciones, le solicitó la desocupación de la oficina N° 331-2090 en un plazo de 15 días hábiles; no obstante le indicó que en la medida que mantuviese la posesión de dicha área se daría por resuelto el Mandato de Acceso y se procedería a la aplicación de las condiciones comerciales que sean determinadas por LAP y que se aplicaría, además, una penalidad.
- v.- Al respecto, mediante una comunicación se indicó a LAP que las observaciones realizadas mediante las constataciones notariales resultarían erradas, ya que no se encontrarían de acuerdo con el marco legal vigente, siendo estas contrarias a las disposiciones del Mandato de Acceso.
- vi.- LAP ha realizado una incorrecta interpretación de la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, modificando así las condiciones acceso a las facilidades esenciales sin sustento alguno y pretende limitar el uso de las mismas.
- vii.- Señaló que el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, no establece limitación o restricción de las actividades que un usuario intermedio podrá realizar dentro de alguna de las facilidades esenciales para poder prestar sus servicios, pues el sentido de dicho dispositivo legal es garantizar que se presten los servicios esenciales.
- viii.- De acuerdo con la definición de oficina operativa establecida en el Mandato de Acceso, se desprende que el propósito fundamental de ésta es la de permitir el uso por parte de los operadores aéreos a tener un área determinada dentro del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, AIJC). No obstante, LAP viene realizando conductas que limitan y cambian las condiciones que rigen el acceso a las Facilidades Esenciales, pues pretende que DELTA únicamente realice las actividades establecidas en el Mandato de Acceso, pues de lo contrario se tendría que pagar un precio libremente fijado por LAP.
- ix.- La oficina N° 331-2090 es utilizada para que se lleven a cabo reuniones de personal para efectuar los briefings, reuniones de coordinación con la compañía de asistencia en tierra, planes de vuelo, entre otros. Asimismo, se coordina con LAP asuntos operativos tal y como puede ser la asignación de salas de abordaje, procesos de rampa, entre otros.
- x.- Las acciones señaladas en el párrafo precedente, permiten que DELTA preste en óptimas condiciones los servicios esenciales a los usuarios y cumplan con sus compromisos dentro de AIJC.

- xi.- LAP cuestiona las actividades que se realizan dentro de la oficina del Gerente de Estación y en el área de kitchenette y comedor (breakroom para el personal) a pesar que ellas se encuentran dentro del espacio denominado Oficina Operativa.
- xii.- Por otro lado, señaló que las actividades netamente comerciales las realiza en sus oficinas ubicadas en la avenida San Isidro, puesto que el personal que trabaja en horario de oficina dentro de dichas instalaciones, es el encargado de gestionar cualquier tema de orden comercial o administrativo de DELTA.
- xiii.- Dado lo expuesto, el criterio interpretativo utilizado por LAP, para así incrementar ilegalmente el importe pagado por DELTA y convertir el pago de Oficinas Operativas a Oficinas Administrativas, resulta arbitrario y desproporcional.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 de fecha 11 de enero de 2018, el CCO admitió la controversia formulada por DELTA y corrió traslado del escrito a LAP mediante Oficio Circular N° 002-18-STCC-OSITRAN.
- 3.- Con fecha 15 de enero de 2018, DELTA solicitó se conceda una Medida Cautelar de No Innovar a fin de que se suspenda los efectos de la carta N° C-LAP-GSA-2018-003 referida a la desocupación y entrega de la oficina operativa N° 331-2090 ubicada dentro del AIJCH, desconociéndose así lo dispuesto en el Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, en lo que dure el procedimiento de solución de controversias ante el CCO de OSITRAN.
- 4.- Mediante escrito de fecha 30 de enero de 2018, LAP absolvió el traslado de la controversia, solicitando se declare infundadas las pretensiones planteadas por DELTA, argumentando lo siguiente:
- i.- DELTA única y exclusivamente puede realizar las actividades descritas en la cláusula tercera del Mandato de Acceso y no servicios similares o complementarios, que a su criterio, pueden también ser consideradas actividades operativas o relacionadas con la operación. En ese sentido, la lista de actividades permitidas a realizar es taxativa, por lo que solo será posible llevar a cabo aquellas actividades descritas expresamente en dicha cláusula tercera.
- ii.- De conformidad con el numeral 12.1 de la cláusula décimo segunda del Contrato de Acceso, es obligación del usuario intermedio usar y cuidar diligentemente el área entregada y emplearla exclusivamente para las actividades descritas en la cláusula tercera de dicho contrato.
- iii.- Cabe señalar que el propio Organismo Regulador señaló en la Resolución N° 3 del Expediente N° 001-2011-TSC-OSITRAN que un usuario intermedio, como lo es DELTA, 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.
- iv.- Asimismo, dicha resolución indicó que en el REMA no se detalla las actividades en específico que forman parte de los servicios esenciales, sino que son determinadas

en los contratos de acceso y para ello es necesario que el usuario intermedio o la Entidad Prestadora lo planeen durante el proceso de negociación directa.

- v.- Por tanto, considerando el texto de la cláusula tercera del Contrato de Acceso, así como de la resolución del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, resulta claro que DELTA únicamente se encontraba autorizada a realizar las actividades descritas en dicha cláusula.
 - vi.- Conforme al acta de constatación de parte del Notario Dr. José Ochoa, se desprende que la Oficina N° 331-2090 indicó que en dicha oficina uno de los ambientes funciona como oficina de Gerente General y otro ambiente como Kitchenette o comedor para el personal, por lo que se desprende que DELTA venía realizando actividades de carácter administrativo en las Oficinas Operativas. Asimismo, 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 de operaciones ni tampoco las actividades de kitchenette o comedor es el caso de la oficina N° 331-2090.
 - vii.- Siendo esto así, se estaría verificando que DELTA incumplió con la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso, al realizar actividades que desnaturalizaron el uso autorizado por dicho Mandato.
 - viii.- Asimismo, que LAP aplicó correctamente el procedimiento señalado en el numeral 6.4 de la Cláusula Sexta y del Mandato de Acceso; aplicando, además el procedimiento de cambio de uso de las oficinas.
- 5.- Mediante Resolución de N° 2 de fecha 19 de febrero de 2018, debidamente notificado con Oficio Circular N° 004-18-STCC-OSITRAN, se admitieron los medios probatorios presentados y se citó a las partes para la realización de la audiencia de vista de la causa, la cual tuvo lugar el 12 de marzo de 2018, con la asistencia de los representantes de DELTA y LAP; quedando la causa al voto.
- 6.- El 18 de marzo de 2018, DELTA presentó un escrito de alegatos finales, ratificándose en su posición y en los argumentos esgrimidos en su escrito de controversia.
- 7.- Mediante Oficio Circular N° 007-18-STCC-OSITRAN se requirió tanto a LAP como a DELTA 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 N° 007-2017-CD-OSITRAN, que aprobó el Mandato de Acceso.
- 8.- Con fecha 2 de abril de 2018, DELTA dio respuesta al Oficio Circular N° 007-18-STCC-OSITRAN, indicando, entre otros, lo siguiente:
- i.- Respecto de la oficina operativa con código N° 331-2090, señaló que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-CD-OSITRAN y sus modificatorias, se dictó Mandato de Acceso a LAP a favor de un grupo de aerolíneas entre ellos, DELTA, por un periodo de tres (3) años.

- ii.- DELTA no formó parte del grupo de aerolíneas por las cuales OSITRAN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, referido al Mandato de Acceso para brindar el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros.
 - iii.- Si bien LAP remitió un proyecto de Contrato de Acceso a la oficina materia de controversia, el mismo no ha sido firmado por DELTA, puesto que contenía condiciones desfavorables que las establecidas en el Mandato de Acceso de 2017.
 - iv.- En tal sentido, a la fecha en que fuera remitido el Contrato de Acceso a DELTA, se iniciaron las visitas notariales por parte de LAP a las oficinas de las diversas aerolíneas con la finalidad de verificar el uso que le venía dando a las mismas, es por ello que se optó por esperar el pronunciamiento de la Entidad Prestadora con relación a las visitas inopinadas a fin de determinar cuáles eran los verdaderos alcances de las visitas y determinar si ello tenía alguna relación con el proyecto de Contrato de Acceso enviado.
 - v.- Finalmente, señaló que todas las comunicaciones remitidas por LAP hacían referencia al Mandato de Acceso de 2017, en razón que las partes no han suscrito ningún Contrato de Acceso como consecuencia de los hechos ocurridos que dieron origen a la presente controversia.
- 9.- El 2 de abril de 2018, LAP absolvió el requerimiento de información solicitado a través del Oficio Circular N° 007-18-STCC-OSITRAN, señalando lo siguiente:
- i.- Desde el 1 de marzo de 2008, bajo el marco del Mandato de Acceso, DELTA obtuvo la posesión de la oficina de Código N° 331-2090 de 91 m2. 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 varias aerolíneas, entro en vigor el Mandato de Acceso para prestar el servicio esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y en el cual no fue incluido DELTA, 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 DELTA, 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 DELTA 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 DELTA.
 - v.- En ese orden de ideas, DELTA continuó ocupando la oficina N° 331-2090 bajo condiciones reguladas, pagando el nuevo cargo de acceso de U\$s 27.91 por metro cuadrado establecido en el Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, dentro del periodo comprendido entre

el 7 de marzo de 2017 y 11 de agosto de dicho año, motivo por la cual el 25 de marzo de 2017 se envió a la reclamante el Contrato de Acceso para su firma, el cual formalizaba la entrega de dicha oficina; no obstante el contrato no fue devuelto con la suscripción del representante de DELTA.

- vi.- Posteriormente y en el marco de la aplicación de las condiciones reguladas en el Mandato de Acceso del 7 de marzo de 2017, se realizó una visita de inspección a la oficina N° 331-2090 y advirtiéndose del incorrecto uso que se le estaba dando, procedieron a resolver el acceso aplicándole las condiciones comerciales pertinentes.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- i.- Determinar si las actividades realizadas por DELTA en la oficina N° 331-2090, 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 la oficina N° 331-2090 o si debe de mantenerse las condiciones prescritas en el Mandato de Acceso.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 11.- Los aeropuertos son infraestructuras que poseen características de monopolio natural¹ 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.
- 12.- 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.
- 13.- El OSITRAN, en virtud de las leyes y reglamentos que le otorgan competencia y de las propias disposiciones emitidas en ejercicio de su facultad normativa², regula el acceso a las

¹ "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, Stephen. "Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma." En: Themis. N° 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.

² Ley 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.- Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
(...)

facilidades esenciales en los mercados derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, entre ellas, la aeroportuaria.

- 14.- Al respecto, el literal d) del artículo 5 de la Ley N° 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..."

- 15.- 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".

- 16.- A efectos de cumplir con las funciones asignadas legalmente, el OSITRAN aprobó el Reglamento Marco de Acceso (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.

- 17.- 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".

- 18.- 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.

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."

- 19.- En efecto, en el anexo 2 del REMA, 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".
- 20.- Asimismo, el REMA establece los procedimientos mediante los cuales se regulan las formas que tienen los Usuarios Intermedios para acceder a las Facilidades Esenciales a fin de que éstos brinden servicios esenciales. En efecto el artículo 19, establece que dentro de las formas de acceder a las referidas facilidades esenciales es a través de la emisión de un Mandato de Acceso por parte de OSITRAN³.
- 21.- 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 pertinentes⁴.
- 22.- 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.

³ **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.

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".

⁴ **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 N° 2732, Ley Marco de los Organismo Reguladores, y el Artículo 1 de la Ley N° 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.

Asimismo, indica que los Mandatos de Acceso dictados por OSITRAN se integran a todos los Contratos de Acceso que tenga la Entidad Prestadora.

Cuestión Previa

- 23.- 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 reclamación por parte de DELTA, se observó que dicha empresa no fue parte del grupo de aerolíneas a las cuales se dictó dicho mandato.
- 24.- De otro lado, DELTA ha manifestado a lo largo de este procedimiento que actualmente no cuenta con un Contrato de Acceso vigente con LAP. Asimismo, afirmó que si bien LAP le remitió dicho contrato, el cual recoge los términos establecidos en el Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, este no ha sido suscrito por considerar que establece condiciones menos favorables para los usuarios, por lo que LAP no podría aplicarle las condiciones allí descritas.
- 25.- 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 DELTA, le aplicó las condiciones reguladas establecidas en dicho mandato, bajo el supuesto que dicha línea aérea se encontraba en posesión y uso de la oficina N° 331-2090, con lo cual se debía de entender que DELTA tácitamente se adhería a las nuevas condiciones establecidas en ella.
- 26.- Sobre el particular, este Colegiado considera pertinente establecer cuál es la relación jurídica actual que DELTA 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.
- 27.- 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 DELTA 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 el cual se le otorgó la posesión, entre otras, de la oficina N° 331-2090. Asimismo, ambas partes han coincidido que el periodo de vigencia de dicho Mandato de Acceso venció el 1 de julio de 2016.
- 28.- 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.

- 29.- Dicho esto, resulta evidente que a pesar que ya no existía un Mandato de Acceso, DELTA 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 la oficina N° 331-2090, bajo las mismas condiciones establecidas en el referido mandato, sin que ello implique una renovación automática, hecho que fue aceptado por LAP.
- 30.- 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.
- 31.- En este punto, es importante señalar que el artículo 33 del REMA de OSITRAN establece lo siguiente:

"Artículo 33.- Adecuación de las condiciones económicas

Quando 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."

- 32.- 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.
- 33.- 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 28 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 N° 007-2017-CD-OSITRAN.
- 34.- Ahora bien, como ya se ha señalado, DELTA indica que no mantiene un Contrato de Acceso vigente y que además no reconoce los alcances establecidos en el Mandato de Acceso, por considerar que los mismos contienen condiciones económicas que no le resultarían favorables.

- 35.- 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".

- 36.- 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.
- 37.- 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.
- 38.- 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".*
- 39.- 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"⁵
- 40.- Cabe señalar, que del expediente administrativo se advierte que LAP ha venido otorgando el acceso a DELTA a las facilidades esenciales para el uso de oficinas operativas, en este caso la oficina N° 331-2090 a pesar de no contar con un Contrato de Acceso, bajo la convicción que DELTA ha aceptado cada una de las estipulaciones que regulan dicha acceso, sometiéndose a las reglas y conductas que regulan el uso de las mismas.
- 41.- Asimismo, de acuerdo al Principio de Primacía de la Realidad, el autor Romero Montes⁶ 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*

⁵ Luis DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción, Teoría del Contrato*, quinta edición, Civitas, Madrid, 1996, 49.

⁶ Francisco Javier ROMERO MONTES, *El principio de veracidad o primacía de la realidad*. p. 341

hechos objetivos, veraces, fehacientes que se producen en un lugar y en un tiempo determinado."

- 42.- 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.
- 43.- En tal sentido, se debe de verificar el comportamiento y los actos mostrados por DELTA respecto del Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN.
- 44.- 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 DELTA, ascendía a US\$ 32.41 (Treinta y dos con 41/100 dólares americanos).
- 45.- 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.
- 46.- Siento esto así, de conformidad con lo señalado por LAP, este nuevo monto también le fue aplicado al cargo de acceso fijado a DELTA, siendo que desde el 7 de marzo de 2017 hasta el 11 de agosto de dicho año, la reclamante vino pagado el nuevo cargo, no habiendo objeción alguna por parte de este último.
- 47.- De lo expuesto se desprende que DELTA 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 DELTA se adhirió a la nueva regulación establecida por OSITRAN.
- 48.- En ese sentido, queda claro que la conducta demostrada por DELTA, 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.
- 49.- Asimismo, resultaría contradictorio que DELTA 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 la reclamante de aplicar este mecanismo de controversia.

- 50.- Por lo tanto, habiéndose acreditado los alcances de las condiciones de acceso establecidos en el Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD-OSITRAN, corresponde analizar la presente controversia.

Sobre el Mandato de Acceso

- 51.- Con relación al Mandato de Acceso, conviene señalar que los numerales 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 N° 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.

- 52.- 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.
- 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.

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

- En el marco del Mandato de Acceso aplicable a DELTA, 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 mismo.
- Asimismo, de acuerdo con el referido mandato, 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 DELTA en virtud del mismo.

Sobre las actividades desarrolladas en la Oficina N° 331-2090

- 54.- LAP manifestó que con relación a la oficina N° 331-2090, ésta venía siendo utilizada como oficina del Gerente de Estación quien realizaría principalmente la función de coordinador de las actividades logísticas, y como comedor, actividades que no se encuentran contempladas dentro de la cláusula tercera del Mandato de Acceso.
- 55.- Cabe señalar que la descripción sobre la oficina N° 331-2090 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.
- 56.- Asimismo, cabe señalar que con fecha 15 de marzo de 2018, se realizó una visita inopinada a la Oficina N° 331-2090, la cual contó con la participación del Gerente de Estación, el señor Ricardo Salazar Cannt y el Duty Manager de LAP, el señor Ivan Olivera Castañeda, representantes de DELTA y LAP, respectivamente.

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

"Se observa que la oficina cuenta con 4 ambientes.

Respecto del primer ambiente se observa que este cuenta con un módulo el cual contiene una computadora, un teléfono y un intercomunicador. Asimismo, de conformidad con lo señalado por el Gerente de Estación de DELTA en dicho ambiente se realizan las siguientes actividades: Recepción de pasajeros, se brinda a los pasajeros información sobre los vuelos, Tales como confirmación de vuelos y reclamos de equipaje rezagados.

Respecto del segundo ambiente se advierte que este cuenta con un módulo en el cual se colocan objetos tales como un microondas, refrigeradora pequeña, credenzas y lockers, 4 módulos las cuales cuentan computadoras, teléfonos, una impresora, fotocopiadora y escaners para equipajes.

De acuerdo a lo señalado con el Gerente de Estación de DELTA en dicho espacio se realizan las siguientes actividades: coordinaciones del Breafing de vuelo con el personal, las computadoras son utilizadas por el personal para realizar actividades relacionadas con los reportes climatológicos, cierre de vuelos y peso y balance de la nave, así como los lockers son de uso del personal de DELTA.

En relación al tercer ambiente, se identifican 02 computadoras, 02 módulos y credenzas, siendo que estas últimas no fueron materia de inspección, en razón de la negativa del Gerente, ya que indica que contiene listas de pasajeros, que por motivos de seguridad no pueden ser de conocimiento de los representantes de OSITRAN. Asimismo, indicó que en este ambiente se realizan las mismas actividades señaladas en el ambiente anterior.

Respecto a la cuarta oficina, se identifica una mesa redonda con sillas, un escritorio, una laptop, impresora, credenzas, aparatos de control de seguridad, un tablero acrílico. Sobre el particular, el Gerente de Estación de DELTA indicó que dicho ambiente corresponde a su Oficina como Gerente, a fin de realizar actividades gerenciales y de coordinación con personal, proveedores o pasajeros. Asimismo, el Gerente señaló que en las credenzas se guardan información relativa a cierres de vuelo y reprogramaciones que no fueron mostradas a los representantes de OSITRAN debido a cuestiones de seguridad.

Finalmente, el Gerente de Estación indicó que DELTA sólo tiene vuelos en el horario de madrugada (01:00 horas)."

58.- Como bien se ha señalado, esta oficina se encuentra dividida en distintos ambientes entre ellos, un espacio que es utilizado como oficina del Gerente de Estación de DELTA, en efecto, en dicho espacio se observa lo siguiente:



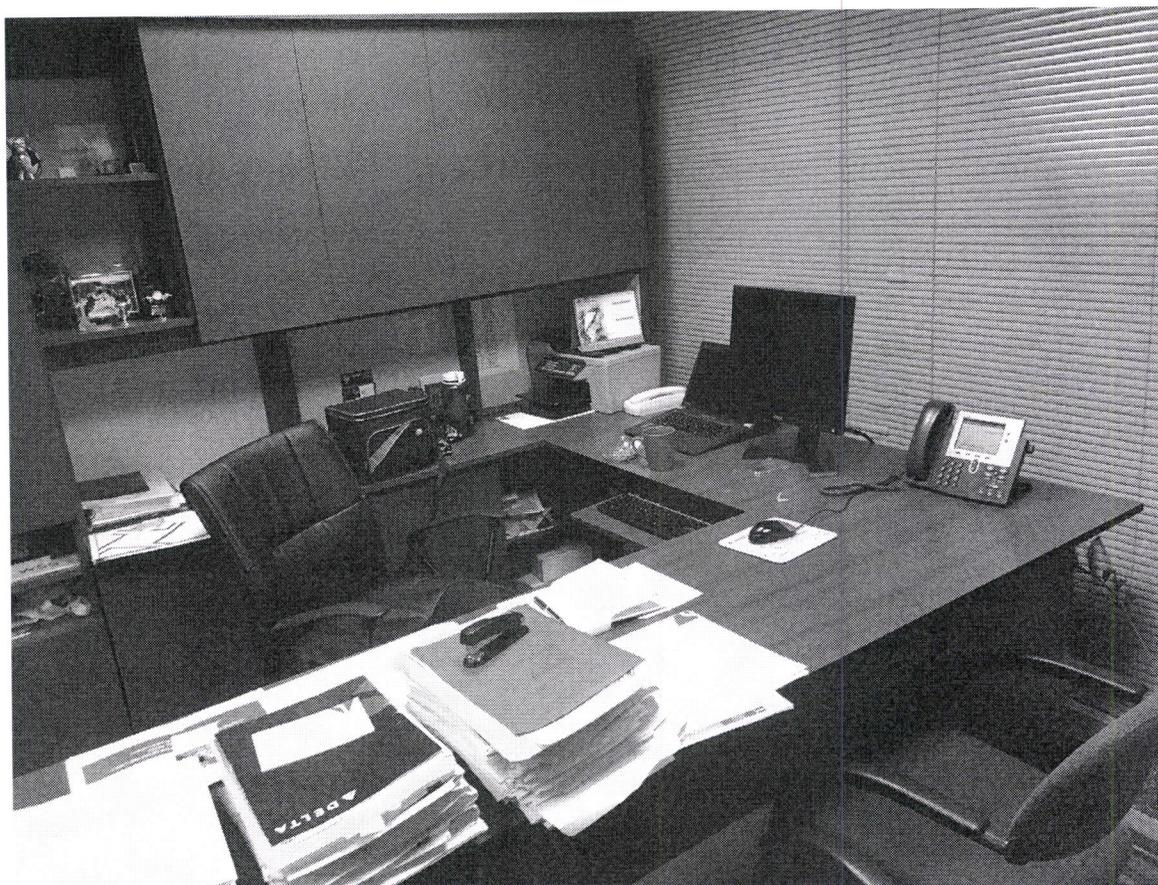
PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

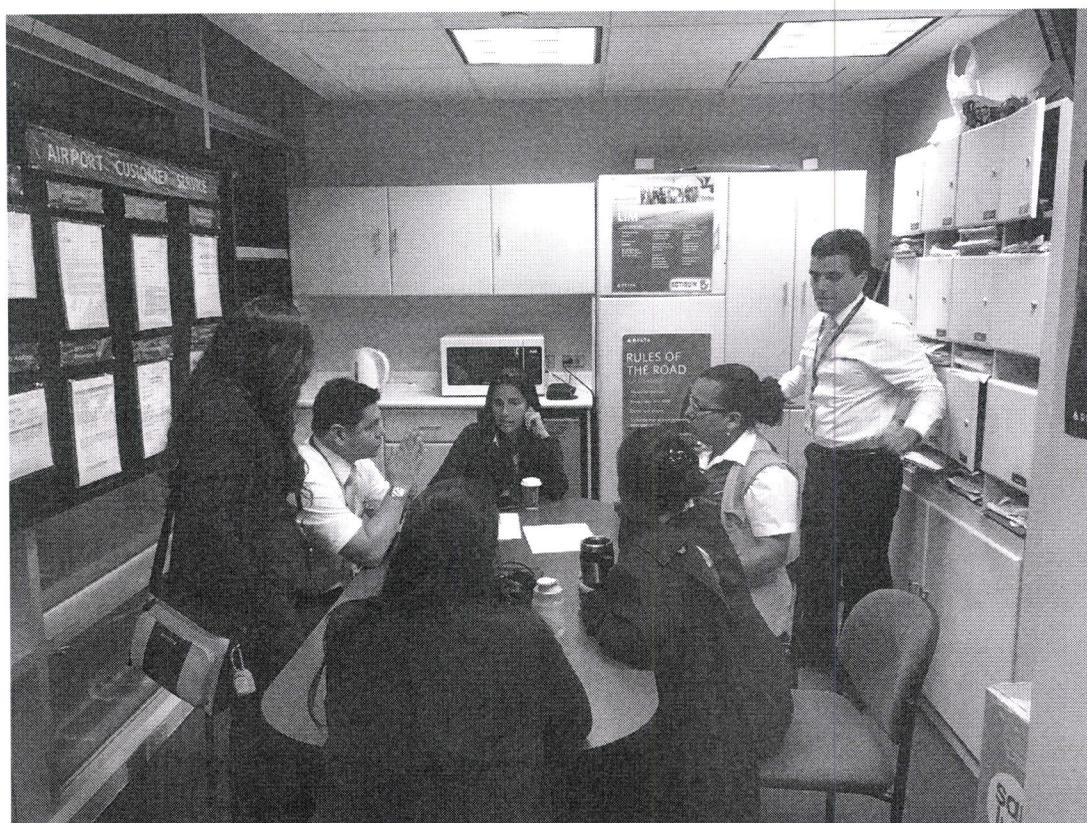
OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión e CUERPO COLEGIADO AD-HOC
Transporte de Uso Público
EXPEDIENTE N° 003-2017-CCO-ADHOC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003



- 59.- Ahora, si bien DELTA a través de su Gerente de Estación ha manifestado que realiza **labores** relacionadas con actividades gerenciales y de coordinación con personal, proveedores o pasajeros, indicó además que en su oficina se realizaban las mismas actividades que en los demás ambientes que conforman la oficina N° 331-2090.
- 60.- No obstante, a partir de la visualización de los elementos que conforman dicha oficina, no se advierte que su uso sea única y exclusivamente para ejecutar todas las actividades descritas en la Cláusula Tercera del Contrato de Acceso, mucho menos se podría concluir que en aquella, se realizan las mismas actividades que el representante de DELTA manifestó se efectúan en los demás espacios.
- 61.- Es importante indicar, que el representante de DELTA no permitió constatar que tipo de documentación contenían las credenzas de su despacho, por lo que no se puede afirmar que la documentación contenida en las mismas resultaban vinculadas a las actividades mencionadas en la Cláusula Tercera del Contrato de Acceso. De igual modo, cabe mencionar que si bien el representante de DELTA indicó que era documentación confidencial, ello no se pudo acreditar.
- 62.- Asimismo, el representante de DELTA señaló que en su oficina realizaba labores gerenciales y coordinación logística, 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° 331-2090 se realizan actividades no vinculadas exclusivamente a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje.
- 63.- Finalmente, resulta importante señalar que la inspección se realizó momentos previos a la hora de vuelo programado por DELTA en ese día y se pudo verificar lo siguiente:



- 64.- Tal y como se observa, para las coordinaciones para la preparación del vuelo el personal de DELTA ya utiliza un espacio determinado para dicha actividad, constatándose que la oficina del Gerente de Estación no necesitó ser utilizada para dicho fin.
- 65.- Al respecto, es importante recalcar que en el presente caso no se está discutiendo las actividades del Gerente de Estación de DELTA dentro de la cadena logística para la atención de tráfico de pasajeros y equipaje; lo que se está determinando es si el espacio que éste ocupa es utilizado exclusivamente para la ejecución de las actividades descritas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso.
- 66.- Por otro lado, a consecuencia de la visita de inspección, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN (en adelante, GSF) emitió el Informe N° 0456-2018-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 Operativas"; además, dicha cláusula señala las actividades que el usuario intermedio podrá llevar a cabo en dichas oficinas, 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 la figura N° 02 y N° 04, y de acuerdo a lo indicado en el acta de visita inopinada, la primera se podría considerar como un área designada para uso del personal de la aerolínea (kitchenette) y la segunda, al ser la oficina del Gerente de Estación, las actividades que se realizan en dichas áreas 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 realizar actividades relacionadas con aspectos operativos, gerenciales y administrativos por parte de la Aerolínea”.*
- 67.- 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.
- 68.- Siendo esto así, dado las pruebas presentadas, así como los alegatos señalados por ambas partes a lo largo de este procedimiento, el acta de visita de inspección y el Informe N° 0456-2018-JCA-GSF-OSITRAN, resulta manifiestamente evidente que la Oficina N° 331-2090 no viene siendo utilizada para realizar exclusivamente actividades vinculadas a la atención de tráfico de pasajeros y equipaje, por lo que dicho espacio no estaría cumpliendo con el objeto del Mandato de Acceso.
- 69.- Sobre el particular, se debe señalar que la Cláusula Sexta del Mandato de Acceso prescribe 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.*

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.*

(...)

70.- 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 DELTA, se encontraría obligado a conocer y ejecutar como parte de la relación contractual que tiene con LAP.

71.- De las estipulaciones previstas en dicha cláusula, se observa claramente que como consecuencia de la aplicación de las condiciones reguladas en el Mandato de Acceso,

DELTA declaraba y reconocía que en la oficina operativa entregada, únicamente se obligaba a ejecutar cada una de las actividades descritas en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso. Asimismo, DELTA declaraba conocer cual 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).

- 72.- 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 a los que se adhirió como consecuencia de la aplicación del Mandato de Acceso.
- 73.- Finalmente, DELTA no puede desconocer los acuerdos a los que se obligó contractualmente como consecuencia del Mandato de Acceso, como lo es la Cláusula Décimo Segunda del referido mandato, en la cual se establecía que DELTA tenía como obligación utilizar exclusivamente las oficinas para realizar las actividades indicadas en la cláusula tercera⁷.
- 74.- En tal sentido, y al haberse acreditado que en la oficina N° 331-2090 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.

Sobre la solicitud de Medida Cautelar

- 75.- Con fecha 15 de enero de 2018, DELTA solicitó se conceda una Medida Cautelar de No Innovar a fin de que se suspenda los efectos de la carta N° C-LAP-GSA-2018-003 referida a la desocupación y entrega de la oficina operativa N° 331-2090 ubicada dentro del AIJCH, en lo que dure el procedimiento de solución de controversias ante el CCO de OSITRAN.
- 76.- Al respecto, el numeral 3 del artículo 9, concordante con el artículo 21 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN, establece como atribuciones y deberes de los órganos resolutivos de primera instancia de OSITRAN la potestad de dictar medidas cautelares, en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, a fin de evitar el daño que pudieran causar las conductas materia del

⁷ 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".

- procedimiento, asegurar los bienes materia del procedimiento y/o garantizar la eficacia de sus resoluciones, en tanto no sean ejecutivas⁸.
- 77.- Asimismo, el artículo 79 del Reglamento General de OSITRAN (en adelante, REGO), aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, así como el artículo 46 de Reglamento de Controversias, establecen la facultad del CCO de otorgar o dictar, sea de oficio o de parte y en cualquier estado del procedimiento, las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar los bienes materia del procedimiento o para garantizar el resultado de éste, las cuales se rigen por lo establecido en el artículo 155 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO LPAG), siendo de aplicación supletoria las normas sobre la materia contenidas en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC).
- 78.- Al respecto, el artículo 155 del TUO de la LPAG señala que iniciado el procedimiento, la autoridad competente, mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente, bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en la Ley.
- 79.- Pues bien, como es sabido, las medidas cautelares se sustentan en el aseguramiento de la plena efectividad de las futuras resoluciones, durante el tiempo que se tarde la tramitación del procedimiento, evitando el daño que podría derivarse del retardo de la emisión de la resolución final.
- 80.- De otro lado, conforme a lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 321 del CPC, la sustracción de la materia origina la conclusión del procedimiento (medida cautelar en el presente caso) sin declaración sobre el fondo.
- 81.- En tal sentido, considerando que mediante la presente Resolución el Cuerpo Colegiado de OSITRAN procede a resolver el procedimiento de controversia iniciado por DELTA, carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar solicitada por dicha empresa.

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 OSITRAN⁹;

⁸ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**

"Artículo 9.- Atribuciones y deberes de la Primera Instancia Son deberes y atribuciones de los órganos resolutivos de primera instancia:

(...)

3.- Determinar, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 del presente Reglamento, de oficio o a solicitud de parte las medidas cautelares y correctivas que sean del caso;

Artículo 21.- Potestad de los órganos resolutivos de OSITRAN para dictar medidas cautelares.

Los órganos resolutivos del OSITRAN gozan de la potestad de dictar medidas cautelares, en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, a fin de evitar el daño que pudieran causar las conductas materia del procedimiento, asegurar los bienes materia del procedimiento y/o garantizar la eficacia de sus resoluciones, en tanto no sean ejecutivas.

Serán de aplicación, en cuanto resulte jurídicamente posible, las normas contenidas en los artículos 146 y 226 de la LPAG.

En cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, el órgano resolutivo correspondiente podrá resolver la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares. Asimismo, en caso se considere necesario, se exigirá a quien presente la solicitud, medidas de aseguramiento civil como contracautela

⁹ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.**

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la solicitud de DELTA AIRLINES INC. SUCURSAL DEL PERÚ contra LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.; y en consecuencia, desestimar las pretensiones formuladas por DELTA AIRLINES INC. SUCURSAL DEL PERÚ en su escrito de fecha 12 de diciembre de 2017, al haberse acreditado que en la oficina N° 331-2090 se realizan actividades distintas a las previstas taxativamente en la Cláusula Tercera del Mandato de Acceso.

SEGUNDO.- DAR POR CONCLUIDO el procedimiento administrativo derivado de la solicitud de Medida Cautelar interpuesta por DELTA AIRLINES INC. SUCURSAL DEL PERÚ.

TERCERO.- NOTIFICAR a DELTA AIRLINES INC. SUCURSAL DEL PERÚ y a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. la presente Resolución.

CUARTO.- PONER en conocimiento la presente Resolución, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes.

QUINTO.-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 (...)"