

INFORME N° 272-03-GS-A1-OSITRAN

A : Wilder Pereyra
Gerente de Supervisión

Asunto : Incumplimiento de la obligación de efectuar una subasta al mejor postor para seleccionar a las empresas operadoras de los servicios de rampa

Fecha : 27 de octubre de 2003

1. OBJETIVO

Evaluar los descargos presentados por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), en respuesta al procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento del asunto, iniciado mediante Oficio N° 667-03-GS-A1-OSITRAN.

2. ANTECEDENTES

- El 14 de febrero de 2001 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJC), entre el Estado Peruano y el consorcio que más tarde se convertiría en la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. (LAP).
- La cláusula 2.4 del mencionado contrato señala, que LAP deberá respetar los contratos vigentes hasta su fecha de término.
- El numeral 1.2, sección a), del Anexo 5 del Contrato de Concesión del AIJC señala que la selección de operadores para el servicio de rampa se hará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor.
- El 08 de setiembre de 2003 se emite el Informe N° 210-03-GS-C1-OSITRAN, el cual menciona entre sus antecedentes a los siguientes:
 - El 13 de enero de 2003 se remitió el Oficio N° 010-03-GS-C1-OSITRAN, mediante el cual se le comunica a LAP que los contratos existentes con operadores de rampa continuarán vigentes sólo hasta el 30 de agosto de 2003, y le requiere que en un plazo de 15 días remita las bases a utilizar para subastar los servicios de rampa.
 - Mediante oficio N° 242-03-GS-C1-OSITRAN recibido por LAP el 24 de abril de 2003, se reiteró solicitudes anteriores referidas a la remisión de bases para la subasta mencionada, indicando que este proceso debía finalizar antes del 30 de agosto de 2003, que era la fecha de culminación de la vigencia de los contratos existentes con operadores de rampa.
- El referido Informe N° 210-03-GS-C1-OSITRAN concluyó que LAP había incumplido el numeral 1.2 del anexo 5 del Contrato de Concesión, al no haber llevado a cabo una subasta al mejor postor para la selección de operadores de rampa. Asimismo, dicho Informe recomendó que, en consecuencia, se inicie un procedimiento administrativo sancionador.

- El 28 de agosto de 2003 se recibe la carta LAP/350-03/GL a través de la cual el Concesionario solicita una ampliación de 60 días para concluir el proceso de subasta e implementar las operaciones del servicio de rampa con los operadores ganadores de la misma.
- A través del oficio N° 580-03-C1-GS-OSITRAN del 3 de setiembre de 2003, por los motivos expuestos en el mismo, este Organismo deniega la mencionada solicitud de ampliación de plazo.
- El 11 de setiembre de 2003 se remitió a LAP el oficio N° 612-GS-A1-OSITRAN, mediante el cual se le otorgó el plazo de subsanación para que realice la subasta mencionada, lo cual es previo al inicio de un procedimiento de sanción según lo establecido en el numeral 15.2.1 del Contrato de Concesión.
- El 22 de setiembre de 2003 se recibió la carta LAP/400-03/GL, a través de la cual la empresa concesionaria afirma que con fecha 12 de setiembre de 2003 se ha presentado a OSITRAN la versión final de las bases para realizar la subasta del servicio de rampa, con lo cual consideran haber subsanado el incumplimiento mencionado.
- Mediante Oficio N° 667-03-GS-A1-OSITRAN del 25 de setiembre de 2003, se inició el procedimiento administrativo sancionador que establece el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN. Con base en el Informe N° 210-03-GS-C1-OSITRAN, se le notifica a LAP que:
 - Los hechos descritos significan que LAP ha incumplido con su obligación contenida en el numeral 1.2 del anexo 5 de su contrato de concesión, debido a que las empresas que actualmente prestan los servicios de rampa no han sido seleccionadas bajo el mecanismo de subasta al mejor postor, lo cual debió ocurrir a más tardar el pasado 30 de agosto de 2003.
 - El Concesionario ha cometido esta infracción a pesar de haber recibido los oficios N° 010-03-GS-C1-OSITRAN, 242-03-GS-C1-OSITRAN y 580-03-C1-OSITRAN, en los cuales se le indicó que los contratos existentes con los operadores de rampa solo podrían estar vigentes hasta el 30 de agosto de 2003, y la selección de los operadores bajo el sistema de subasta debía finalizar antes de esa fecha.
 - Dicha conducta está tipificada en el artículo 42° - Incumplimiento de las normas y decisiones del OSITRAN - del Reglamento de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN.
 - El incumplimiento descrito califica en la categoría de Muy Grave de acuerdo al artículo 5° - Tipos de Infracciones - del RIS, el cual establece lo siguiente:

“b) Muy Grave: Las Entidades Prestadoras incurrirán en infracción muy grave cuando sus acciones u omisiones impidan la utilización de la infraestructura de uso público y la prestación del servicio en las condiciones y oportunidad establecidas en los contratos y normas aplicables, ...”

- En aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN que modificó el artículo 6° del RIS, correspondería como sanción una multa mayor al 0.7% hasta de 1.2% de los ingresos brutos que hayan sido facturados por el infractor, en el ejercicio inmediato anterior a la Resolución de Sanción que emita el órgano competente de OSITRAN.
- El 06 de octubre de 2003 se recibe la comunicación mediante la cual LAP presenta los siguiente descargos a la mencionada infracción:
- 1) Dentro del plazo establecido (febrero de 2003), LAP presentó las Bases para el Concurso de Servicio de Rampa, por lo cual la demora en su aprobación es responsabilidad de OSITRAN.
 - 2) LAP no estaba obligada a incorporar las observaciones que OSITRAN realizó a las bases, lo cual ha retrasado su aprobación.
 - 3) OSITRAN realizó reiterados pedidos de información complementaria.
 - 4) OSITRAN desestimó el pedido de LAP de tener por aprobadas las bases e iniciar el concurso, previendo la posibilidad que sus observaciones sean incorporadas durante el proceso, si fuera el caso.
 - 5) La actuación de OSITRAN ha sido en contravención de su obligación prevista en el artículo 77°, inciso 5 de la Ley 27444.
 - 6) La información remitida por LAP el 12 de setiembre no requería seguir el procedimiento de confidencialidad y sus plazos, debido a que era ampliatoria de la remitida vía carta LAP/291-03/GL, previamente declarada como confidencial, y pudo ingresar a la sesión de Consejo Directivo del 24 de setiembre o a la del 07 de octubre.
 - 7) OSITRAN otorgó un plazo de subsanación de diez (10) días (del 17 al 27 de setiembre), y el 22 de setiembre LAP responde que la versión final de las bases había sido presentada el 12 de setiembre, por lo que el incumplimiento había sido subsanado.
 - 8) El plazo de subsanación debió ser otorgado una vez efectuada la aprobación de las bases y el plazo de subsanación de diez (10) días resulta ilógico para que LAP ejecute la subasta.
 - 9) Se ha violado los principios de legalidad, causalidad y tipicidad previstos en el artículo 230° de la Ley 27444.
 - 10) El incumplimiento no califica como Muy Grave ni como Grave, el incumplimiento calificaría como Leve.
- El 10 de octubre de 2003, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN le remite a la Gerencia de Asesoría Legal (GAL) de esta misma institución, el Memorando N° 166-03-GS-OSITRAN. En consideración al carácter estrictamente legal de algunos de los descargos presentados, a través de dicho Memorando se le solicita a la GAL su opinión sobre las siguientes afirmaciones de LAP:
- Que OSITRAN ha actuado en contravención a su obligación prevista en el artículo 77°, inciso 5 de la Ley 27444.
 - Que OSITRAN ha violado los principios de legalidad, causalidad y tipicidad previstos en el artículo 230° de la Ley 27444.

- El 16 de octubre de 2003 se recibe el documento a través del cual LAP presenta una ampliación del escrito de descargos previamente remitido, en el cual amplía los fundamentos referidos a que OSITRAN ha violado los principios de legalidad, causalidad y tipicidad previstos en el artículo 230º de la Ley 27444.
- El 24 de octubre de 2003 se recibe el Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN que responde las consultadas efectuadas a través del mencionado Memorando N° 166-03-GS-OSITRAN.

3. ANALISIS

3.1.- Con respecto a que LAP presentó las Bases para el Concurso de Servicio de Rampa dentro del plazo establecido (febrero de 2003), por lo cual la demora en su aprobación es responsabilidad de OSITRAN.

Es cierto que el 5 de febrero de 2003 LAP presentó una primera versión de bases para la subasta de rampa, sin embargo, también es de conocimiento de LAP que el Consejo Directivo de OSITRAN emitió el Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprobó el Informe N° 054-03-GS-C2-OSITRAN.

A través de la aprobación de dicho Informe, que fuera notificado a LAP el 07 de marzo de 2003 mediante Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó:

- Las observaciones a la mencionada primera versión de bases presentada el 05 de febrero
- Que en un plazo máximo de quince (15) días, LAP presente a OSITRAN nuevas bases que tomen en consideración las observaciones del Informe N° 054-03-GS-C2-OSITRAN.

En consecuencia, queda claro que la versión de bases presentada el 05 de febrero no era aplicable, y que OSITRAN otorgó un plazo hasta el 28 de marzo de 2003 para que se consideren las observaciones a las mismas, las cuales estaban contenidas en el Informe N° 054-03-GS-C2-OSITRAN.

Adicionalmente, queda claro que la preocupación de OSITRAN era que las observaciones sean resueltas en un plazo tal que permita a LAP cumplir su obligación referida a la ejecución de la subasta, considerando que era conocido que dicha obligación vencía el 30 de agosto de 2003.

La preocupación de OSITRAN sobre el particular también se manifiesta a través del Oficio N° 422-03-GS-A1-OSITRAN recibido por LAP el 17 de julio de 2003, a través del cual se notifica al concesionario sobre el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por incumplir con la presentación de las nuevas bases, tal como se estableció en el Acuerdo N° 325-111-03-CD-OSITRAN que le fuera oportunamente informado.

Nuevamente, dicha notificación demuestra la preocupación de OSITRAN para que el incumplimiento en la presentación de bases sea subsanado lo antes posible, y de esta forma LAP logre cumplir su obligación contractual referida a la ejecución de la subasta misma.

Cabe resaltar que, a pesar del requerimiento de OSITRAN a través del mencionado Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN, que le otorgó un plazo hasta el 28 de marzo de 2003 para la presentación de la versión de bases que incorpore las observaciones formuladas, LAP remite éstas recién el 01 de agosto de 2003, es decir con un retraso de 126 días calendario.

La remisión de la nueva versión de bases el 01 de agosto se realiza a pesar de que el 24 de abril de 2003 LAP recibe el Oficio N° 242-03-GS-C1-OSITRAN, el cual le reitera la solicitud de la nueva versión de bases, añadiendo que dicha reiteración se realiza “en vista que el proceso deberá finalizar antes del 30 de agosto de 2003, fecha de culminación de la vigencia de los contratos actuales”

El hecho que LAP presente la nueva versión de bases recién el 01 de agosto de 2003, hacía prácticamente imposible que dicho concesionario pueda cumplir con su obligación contractual al 30 de agosto de 2003, por motivos que eran de conocimiento de LAP.

Es de conocimiento de LAP que para cumplir con su obligación contractual referida a que los servicios de rampa sean prestados por empresas seleccionadas bajo un mecanismo de subasta, **luego de la presentación de bases se requieren las siguientes acciones:**

- a. **Revisión por parte de OSITRAN**
- b. **En caso que no existan observaciones a las bases, aprobación por el Consejo Directivo de OSITRAN**
- c. **Convocatoria a la subasta**
- d. **Período de consultas**
- e. **Otorgamiento de buena pro**
- f. **Inicio de operaciones por los postores ganadores**

Las acciones mencionadas, de conocimiento de LAP, eran prácticamente imposibles de ser realizadas en el período del 01 al 31 de agosto del 2003. Por lo tanto, el retraso de 126 días calendario en que LAP incurrió al presentar la nueva versión de bases que OSITRAN le requirió, es la explicación a la demora en la aprobación de las mismas, la cual no puede ser imputada a OSITRAN.

Cabe resaltar, que el propio cronograma para la ejecución de la subasta, contenido en las nuevas bases presentadas el 01 de agosto de 2003 por LAP, considera un tiempo de dos meses. Por lo tanto, aún en el supuesto que las bases hubieran sido aprobadas de forma automática, LAP reconoce que hubiera incurrido en un incumplimiento de su obligación contractual que vencía el 31 de agosto de 2003.

Adicionalmente, se debe mencionar que la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2002-CD/OSITRAN establece en el literal c) de su artículo primero, que los órganos funcionales de OSITRAN cuentan con un plazo de 30 días hábiles para emitir su pronunciamiento, ante solicitudes de los administrados, y dicho plazo legal debió ser previsto por LAP para el cumplimiento de su obligación.

Asimismo, dicho plazo es de conocimiento público debido a que la referida Resolución de Consejo Directivo N° 014-2002-CD/OSITRAN fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de setiembre de 2002.

Por otro lado, es de conocimiento de LAP que en virtud a lo establecido en el artículo 40° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución de Consejo Directivo de OSITRAN N° 034-2001-CD/OSITRAN y publicado en el Diario El Peruano el 31 de diciembre de 2001, el Consejo Directivo de OSITRAN cuenta con un plazo de treinta (30) días para aprobar, de ser el caso, la presentación de bases para subastas.

Por lo expuesto, queda claro que OSITRAN no es responsable de la supuesta demora en la aprobación de las bases, la cual es íntegramente imputable a LAP.

3.2.- Con respecto a que LAP no estaba obligada a incorporar las observaciones que OSITRAN realizó a las bases, lo cual ha retrasado su aprobación.

LAP manifiesta que mediante correo electrónico que les dirigió la Gerencia General del OSITRAN el 24 de marzo de 2003, se les señaló que *“deben ustedes considerar cuáles son las observaciones que se incorporen a las bases, cuáles requieren solo una explicación de un párrafo en la carta de envío de las bases y cuáles un análisis más elaborado que sustente lo indicado en ellas.”*

LAP añade que a pesar de lo manifestado, OSITRAN le insistió en reiteradas oportunidades que no había cumplido con incorporar las observaciones a las bases del Informe N° 054-03-GS-C2-OSITRAN, lo cual resultaba inconsistente.

Sin embargo, se debe mencionar que dicho correo electrónico de fecha 24 de marzo es emitido en el contexto de un proceso de revisión de las bases presentadas, por lo que inclusive es dirigido tanto al Sr. Eduardo Flores, Gerente Legal de LAP, como al Sr. Enzo Defilippi, funcionario de OSITRAN encargado de la evaluación de las bases presentadas por LAP.

En tal sentido, el mencionado correo electrónico sólo resalta que es LAP la que debe sustentar las bases previamente presentadas a este Organismo

Adicionalmente, LAP afirma que las observaciones efectuadas por OSITRAN desde marzo de 2003, vinculadas al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA) emitido por OSITRAN, no eran exigibles a LAP.

Menciona también LAP que dicha inaplicabilidad del REMA al presente caso, fue reconocida por OSITRAN en un reunión efectuada el 5 de setiembre del presente, según se desprende de un correo electrónico que adjuntan como Anexo D.

El documento que contiene los descargos presentados por LAP no especifica algún Anexo D, pero incluye la copia de un correo electrónico que dirigió la Srta. Milagros Montes (funcionaria de LAP) a los Sres. Wilder Pereyra y Enzo Defilippi (funcionarios de OSITRAN), en el cual se hace referencia a una reunión sostenida el 5 de setiembre.

Sin embargo, la copia del referido correo electrónico afirma exactamente lo contrario a lo que manifiesta LAP. En el segundo párrafo de dicho correo, escrito por el propio LAP, se deja constancia de lo siguiente:

“LAP pidió a OSITRAN que precise que significa aplicación supletoria del REMA. OSI indicó que sería todo lo que no está regulado por el Contrato de Concesión (CC). LAP señaló que como el CC sólo regula que los operadores del servicio de rampa deben ser seleccionados mediante subasta y no se establecen bases, ni procedimientos, etc se aplica supletoriamente el REMA. OSI confirmó lo dicho, se aplica el REMA para todo lo no contemplado en el CC.”

Sobre este aspecto, cabe resaltar que en el literal k., numeral 8, del Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN que da respuesta a la consulta formulada a través del Memorando N° 166-03-GS-OSITRAN, se menciona lo siguiente:

“Al respecto, tanto el Numeral 1.35, como la cláusula séptima del contrato de concesión obligan a LAP a cumplir con las normas de OSITRAN, relativas a los servicios esenciales que requieren infraestructura aeroportuaria esencial para ser prestados. Así mismo, se debe considerar que de acuerdo a lo que establece el Numeral 1.28 del contrato de concesión, LAP está obligada al cumplimiento de las “Leyes Aplicables”, dentro de las que está la Ley N° 26917, que establece en el Literal p) del Numeral 7.1, que compete a OSITRAN cautelar el acceso en el uso de la infraestructura de transportes.”

Por lo tanto, queda claro no sólo que LAP está obligada a cumplir con las disposiciones del REMA, sino también que dicha obligación es de conocimiento de LAP, al estar esto especificado en su contrato de concesión.

3.3.- Con respecto a que OSITRAN realizó reiterados pedidos de información complementaria, sin proceder a la aprobación del texto de las bases.

A fin de evaluar si el retraso en la aprobación de las bases se debe a reiterados pedidos de información, es necesario revisar los siguientes hechos:

- El 5 de febrero de 2003, mediante Carta LAP 021-03/GL, LAP presentó las bases para la subasta del servicio de rampa.
- El 7 de marzo de 2003, LAP recibe el Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN que le notifica el Acuerdo del Consejo Directivo N° 325-111-03-CD-OSITRAN, por el cual debían atender las observaciones contenidas en el Informe N° 054-03-GS-C2-OSITRAN en un plazo de 15 días.
- El 28 de marzo de 2003 se venció el plazo por el Consejo Directivo de OSITRAN para que LAP presente la nueva versión de las mencionadas bases.
- El 24 de abril de 2003, LAP recibe el Oficio N° 242-03-GS-C1-OSITRAN a través del cual OSITRAN le reitera a LAP su solicitud para que presente las bases solicitadas, recordándoles que dicho requerimiento se realiza “en vista que el proceso deberá finalizar antes del 30 de agosto de 2003, fecha de culminación de la vigencia de los contratos actuales”.

- El 1 de agosto de 2003, mediante cartas LAP/290-03/GL y LAP/291-03/GL, LAP remite las bases previamente solicitadas.

Cabe recordar los argumentos expuestos en el numeral 3.1 del presente Informe, en el cual se explica que la remisión de bases el 01 de agosto de 2003, implicaba:

- Un retraso de 126 días calendario en la presentación de los mismos
- Que el 30 de agosto LAP no podía cumplir con su obligación contractual

En consecuencia, queda claro que para la configuración de la infracción por parte de LAP, no ocurrió solicitudes de información adicional por parte de OSITRAN.

A pesar de ello, mencionamos los siguientes hechos ocurridos con posterioridad al 01 de agosto del presente en que LAP presenta las nuevas bases:

- El 6 de agosto de 2003, mediante Oficio N° 477-03-GS-C1-OSITRAN se le comunica a LAP, luego de una revisión preliminar, se identificó que éstas no atienden las observaciones 3.4.1, 3.4.2, 3.4.6, 3.4.11, 3.4.12, 3.4.13, 3.4.15 y 3.4.16 del informe N° 054-03-C2-OSITRAN.

Es obvio que el hecho que LAP no incorpore en su nueva versión de bases remitida el 01 de agosto de 2003, aquellas observaciones que le fueron alcanzadas por OSITRAN el 07 de marzo de 2003, y que esto no haga posible la aprobación de dichas bases, no puede ser imputable a OSITRAN.

Luego de las mencionadas comunicaciones, han ocurrido los siguientes hechos:

- El 15 de agosto de 2003, mediante carta LAP/324-03/GL el concesionario expone las razones por las cuales considera que muchas de las observaciones contenidas en el Informe N° 054-03-C2-OSITRAN son inconsistentes.

Es importante recordar que LAP estuvo en conocimiento de las observaciones del Informe N° 054-03-C2-OSITRAN desde el 7 de marzo de 2003 en que recibe el Oficio N° 091-03-GG-OSITRAN, por lo que el retraso de 140 días calendario con que LAP afirma que las observaciones previamente alcanzadas son inconsistentes, no es imputable a OSITRAN.

Adicionalmente, en respuesta a su carta del 15 de agosto de 2003, se remite lo siguiente:

- El 20 de agosto de 2003, mediante Oficio N° 518-03-GS-C1-2003 se le respondió a LAP que habiendo expirado el plazo señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General para solicitar la reconsideración del Acuerdo del Consejo Directivo que aprobó el Informe N° 054-03-C2-OSITRAN, debería incluir obligatoriamente las observaciones contenidas en dicho Informe.

Posteriormente:

- El 20 de agosto de 2003, mediante Oficio N° 517-03-GS-C1-2003 se solicitó a LAP información complementaria para evaluar las bases.
- LAP adjuntó la información requerida mediante Carta LAP/348-03/GL del 27 de agosto de 2003.
- Posteriormente, LAP complementó dicha información mediante carta LAP/354-03/GL del 3 de setiembre de 2003.

A la fecha de emisión del presente Informe, las bases presentadas han sido materia de evaluación por parte de esta Gerencia, y han sido nuevamente observadas por el Consejo Directivo de OSITRAN, lo cual confirma que el plazo otorgado por OSITRAN para la remisión de bases, que venció el pasado 28 de marzo era totalmente justificado.

En consecuencia, los reiterados pedidos de información que menciona LAP no han sido la causal de su incumplimiento, sino mas bien la causal ha sido la tardía atención de LAP a los requerimientos que OSITRAN le efectuó oportunamente.

3.4.- Con respecto a que OSITRAN desestimó el pedido de LAP de tener por aprobadas las bases e iniciar el concurso, previendo la posibilidad que sus observaciones sean incorporadas durante el proceso, si fuera el caso.

En ningún caso se le puede imputar a OSITRAN la responsabilidad del incumplimiento en que ha incurrido a LAP, por el hecho que este Organismo no haya atendido su solicitud de LAP de iniciar la subasta previendo la “posibilidad” que las observaciones de OSITRAN sean incorporadas durante el proceso.

Es LAP la que está obligada a cumplir con sus obligaciones contractuales y legales, entre ellas las de obtener la aprobación de OSITRAN a las bases de la subasta del servicio de rampa.

Como se mencionó anteriormente, es de conocimiento de LAP que en virtud a lo establecido en el artículo 40° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución de Consejo Directivo de OSITRAN N° 034-2001-CD/OSITRAN y publicado en el Diario El Peruano el 31 de diciembre de 2001, el Consejo Directivo de OSITRAN aprueba las bases necesarias para la ejecución de subastas.

En consecuencia, no es posible que este Organismo permita que se inicie un procedimiento de subasta sin que previamente su Consejo Directivo haya aprobado las bases correspondientes, más aún cuando dichas bases han sido materia de observaciones que fueron oportunamente comunicadas a LAP.

3.5.- Con respecto a que la actuación de OSITRAN ha sido en contravención de su obligación prevista en el artículo 77º, inciso 5 de la Ley 27444.

Para evaluar este descargo presentado por LAP, y debido al carácter legal del mismo, se remitió a la Gerencia de Asesoría Legal (GAL) el Memorando N° 166-03-GS-OSITRAN a través del cual se le solicitó su opinión al respecto.

La GAL afirma en el numeral 3. de las Conclusiones del Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN mediante el cual atiende la mencionada solicitud, lo siguiente:

“Se debe desestimar el argumento de LAP en el sentido que OSITRAN actuó en contravención a su obligación prevista en el artículo 75º, inciso 5 de la LAPG, ya que OSITRAN está legalmente obligado al estricto cumplimiento de las normas aplicables, en este caso el REMA y el Reglamento para el Ingreso, Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial Presentada ante OSITRAN; en lo que se refiere al procedimiento y plazos aplicables a la ejecución de la subasta al mejor postor.”

En tal sentido, con base en el mencionado Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN se considera que OSITRAN no ha actuado en contravención a la mencionada obligación aludida por LAP.

3.6.- Con respecto a que la información remitida por LAP el 12 de setiembre no requería seguir el procedimiento de confidencialidad y sus plazos, debido a que era ampliatoria de la remitida vía carta LAP/291-03/GL, previamente declarada como confidencial, y pudo ingresar a la sesión de Consejo Directivo del 24 de setiembre o a la del 07 de octubre.

Es importante resaltar que LAP hace referencia a información remitida durante el mes setiembre del presente, lo cual es posterior al vencimiento de su obligación contractual, lo ocurrió el 30 de agosto de 2003.

Es decir, aún cuando la información confidencial remitida por LAP el 12 de setiembre no hubiera seguido el procedimiento de confidencialidad, igualmente LAP hubiera incurrido en el incumplimiento materia del presente procedimiento administrativo sancionador.

Sin embargo, también se debe mencionar que la omisión al procedimiento de confidencialidad que sugiere LAP no es posible de efectuar debido a que la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN aprobó el “Reglamento para al Ingreso, Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial Presentada ante OSITRAN”.

Dicho reglamento establece que el ingreso de información que los concesionarios declaran como confidencial, como lo hizo LAP, requiere de un plazo para la evaluación de requisitos de forma que no excede a dos (02) días (artículo 12º) y de un plazo que no excede de siete (07) días para la evaluación de fondo (artículo 13º). Este procedimiento es de cumplimiento obligatorio por OSITRAN.

Adicionalmente, se debe mencionar que dicho Reglamento fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de mayo de 2003, por lo que era de conocimiento de LAP.

En consecuencia, el tiempo requerido para efectuar el procedimiento a seguir en los casos de información confidencial aplicado a la información que LAP solicitó en setiembre del presente, no tuvo ninguna incidencia en el incumplimiento en que incurrió dicha empresa concesionaria el 30 de agosto de 2003.

3.7.- Con respecto a que OSITRAN otorgó un plazo de subsanación de diez (10) días (del 17 al 27 de setiembre), y el 22 de setiembre LAP responde que la versión final de las bases habían sido presentadas el 12 de setiembre, por lo que el incumplimiento había sido subsanado.

El presente procedimiento administrativo sancionador corresponde al incumplimiento de la obligación contractual contenida en el numeral 1.2, sección a), del Anexo 5 del contrato de concesión, en el cual se señala que la selección de operadores para el servicio de rampa se hará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor.

El vencimiento de dicha obligación ocurrió el pasado 30 de agosto de 2003, debido a que los operadores que prestaban el servicio de rampa no habían sido seleccionados por el mecanismo de subasta al mejor postor.

En consecuencia, la sola presentación de una nueva versión de bases para la subasta no subsana el incumplimiento contractual.

3.8.- Con respecto a que el plazo de subsanación debe ser otorgado una vez efectuada la aprobación de las bases, y que el plazo de subsanación de diez (10) días que otorgó OSITRAN resulta ilógico para que LAP ejecute la subasta, menos aún sin contar con bases aprobadas.

Sobre este punto se debe mencionar que de acuerdo al numeral 15.2.1 del contrato de concesión, es obligación de este Organismo establecer un plazo para que LAP subsane un incumplimiento detectado, como requisito previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador que corresponda, el cual sólo se inicia en caso que no se subsane el incumplimiento.

En tal sentido, es obvio que no es LAP la llamada a determinar el plazo de subsanación de sus incumplimientos, ni quien debe determinar a partir de cuando se debe calcular el mismo.

En cuanto al plazo de otorgado, cabe resaltar que esta Gerencia había ya realizado diferentes y reiterados requerimientos a LAP, a fin de que ésta empresa concesionaria cumpla oportunamente con la obligación contractual que es materia del presente procedimiento, tal como se detalla en el numeral 3.1 del presente informe.

3.9.- Con respecto a que se ha violado los principios de legalidad, causalidad y tipicidad previstos en el artículo 230° de la Ley 27444.

Como se mencionó anteriormente, ante el carácter legal del descargo presentado por LAP, se remitió a la Gerencia de Asesoría Legal (GAL) el Memorando N° 166-03-GS-OSITRAN a través del cual se le solicitó su opinión al respecto.

Con respecto al principio de legalidad

En el numeral 4. de las Conclusiones del Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN mediante el cual se atiende la mencionada solicitud, se afirma que:

“OSITRAN no ha violado el principio de Legalidad a que se refiere el Numeral 1 del Artículo 230° de la LPAG, por cuanto ha acreditado fehacientemente, la existencia de cláusulas contractuales y normas con rango de Ley, en virtud a las cuales se establece en forma expresa, que el incumplimiento de la obligación contractual de realizar una subasta al mejor postor para adjudicar el servicio de Rampa, es un incumplimiento legítimamente sancionable por OSITRAN.”

Con respecto al principio de causalidad

En el numeral 5. de las Conclusiones del referido Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN, se afirma lo siguiente:

“OSITRAN no ha violado el principio de Causalidad a que se refiere el Numeral 8 del Artículo 230° de la LAPG, por cuanto se ha acreditado indubitavelmente, la relación de causalidad que existe entre los retrasos injustificados y las faltas al procedimiento aplicable cometidas por LAP, con el incumplimiento contractual materia de sanción administrativa, por lo que es clara la relación entre las acciones y omisiones de LAP y el incumplimiento contractual materia de sanción administrativa.”

Con respecto al principio de tipicidad

En el numeral 6. de las Conclusiones del citado Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN, se menciona que:

“La tipificación correcta que es de aplicación al incumplimiento contractual de LAP, materia de sanción administrativa, no se deriva de la aplicación del RIS de OSITRAN, sino que la norma aplicable es la Resolución N° 02-2002-CD-OSITRAN, en aplicación del principio de retroactividad benigna a que se refiere el Numeral 5 del Artículo 230° de la LPAG, según el cual OSITRAN debe aplicar a la tipificación del incumplimiento de LAP, la norma sancionadora vigente en el momento de incurrir LAP en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Al respecto, se debe tomar en cuenta que la aplicación de la Resolución N° 02-2002-CD-OSITRAN, es más favorable a LAP.”

En consecuencia, la Gerencia de Asesoría Legal a través del Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN, y con base en los argumentos contenidos en el numeral IV.C del mismo, informa a esta Gerencia que la tipificación del incumplimiento en evaluación debe efectuarse acorde a lo establecido en la Resolución N° 02-2002-CD-OSITRAN, y no conforme a lo establecido en el RIS de OSITRAN.

3.10.- Con respecto a que el incumplimiento no califica como Muy Grave, ni como Grave y calificaría como Leve.

Inicialmente, acorde a lo establecido en el RIS, se le notifica a LAP que el incumplimiento era calificado en la categoría de Muy Grave.

En los descargos presentados LAP afirma que el incumplimiento no califica como Muy Grave debido a que no se ha impedido a) la utilización de la infraestructura, b) ni la prestación del servicio en las condiciones y oportunidad establecidas en los contratos (el problema de oportunidad se debe a la demora de OSITRAN), y c) el incumplimiento no ha ocurrido por un plazo sustancial.

De acuerdo al artículo 5° - Tipos de Infracciones - del RIS, las infracciones califican como Muy Graves según el siguiente criterio:

“b) Muy Grave: Las Entidades Prestadoras incurrirán en infracción muy grave cuando sus acciones u omisiones impidan la utilización de la infraestructura de uso público y la prestación del servicio en las condiciones y oportunidad establecidas en los contratos y normas aplicables, por un plazo sustancial...”

En el presente caso se consideró que correspondía la calificación de Muy Grave debido a que **las acciones u omisiones de LAP habían impedido que la utilización de la infraestructura aeroportuaria se realice por empresas seleccionadas bajo el mecanismo de subasta al mejor postor**, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.2, sección a), del Anexo 5 del contrato de concesión.

Con respecto a que el problema de oportunidad ha sido ocasionado por OSITRAN, el tema ya ha sido desarrollado en los numerales anteriores.

En lo que se refiere a que el incumplimiento no ha ocurrido por un plazo sustancial, se considera que éste sí es sustancial tanto por el retraso de más de un mes desde el vencimiento de la obligación a la fecha, como por el tiempo que se requiere (aprobación de bases, ejecución de subasta, inicio de operaciones del postor ganador) para que se cumpla la obligación.

Adicionalmente, LAP manifestó que este incumplimiento no califica como Grave, de acuerdo a lo establecido por el RIS, lo cual concuerda con la posición que había adoptado por esta Gerencia, que había calificado el incumplimiento como Muy Grave.

LAP consideró también que la calificación que correspondería a este incumplimiento sería Leve, de acuerdo a la definición del RIS que establece lo siguiente:

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

LAP afirmó que el retraso en la realización de la subasta no había afectado la prestación ordinaria y la continuidad de los servicios de rampa, por lo que la calificación aplicable a este incumplimiento sería la correspondiente a Leve.

Por el contrario, esta Gerencia había considerado que la obligación contractual de realizar la subasta no podía ser calificada como una obligación accesoria que ocasiona un retraso. La obligación de realizar una subasta para que bajo este mecanismo se seleccione a los operadores de los servicios de rampa, es una obligación contractual importante que tiene como objetivo que un “servicio

esencial” sea brindado por operadores que garanticen cierto nivel de calidad de servicio, condiciones técnicas y seguridad.

La calificación mencionada se había realizado con base en el RIS de OSITRAN.

Sin embargo, como se menciona en el numeral anterior del presente Informe, la GAL ha informado a esta Gerencia que la norma aplicable para calificar este incumplimiento no es el RIS de OSITRAN, sino la Resolución N° 02-2002-CD-OSITRAN.

Adicionalmente a la materia consultada, la GAL menciona en su Informe¹ que para evaluar la tipificación aplicable al presente caso, únicamente es relevante el análisis de lo estipulado en las infracciones N° 14 y N° 17 de la tabla de infracciones y sanciones de la Resolución N° 002-2002-CD/OSITRAN.

Las referidas infracciones N° 14 y N° 17 son las siguientes:

Tipo de Infracción	Criterio Aplicable	Calificación	UIT's
14. Prestar los servicios aeroportuarios y el servicio de provisión de combustible en contra de los principios estipulados en la Cláusula Séptima y el Anexo 5 del contrato, cuando corresponda.	Cada vez que lo compruebe OSITRAN	Grave	45
17. No cumplir con prestar y poner a disposición de todos los usuarios sin discriminación, la infraestructura aeroportuaria y locales del Terminal conforme lo estipulado en el contrato.	Cada vez que ocurra	Muy Grave	130

Con respecto a la infracción N° 14, la GAL sugiere en su Informe que se considere lo siguiente:²

- a. *“Con el incumplimiento contractual de realizar una subasta al mejor postor, se ha incumplido con lo establecido en el Anexo N° 5, donde específicamente se encuentra dicha obligación contractual.*
- b. *El servicio de Rampa califica como un servicio aeroportuario, el cual se habría prestado sin que el Concesionario realizara un mecanismo de selección de operadores, con capacidad de garantizar el cumplimiento del principio de no discriminación a que se refiere el Numeral 7.1 de la cláusula Séptima del contrato de concesión. “*

Asimismo, con respecto a la infracción N° 17, la GAL sugiere en su Informe que se considere lo siguiente:³

- a. *La obligación contractual de LAP materia del inicio del procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el presente informe, es la de seleccionar a los operadores del servicio de Rampa, mediante una subasta al mejor postor. Por tanto, lo que lo que el ilícito administrativo es no cumplir con asignar infraestructura*

¹ Párrafos IV.C.13. y V.9.

² Párrafo IV.C.14.

³ Párrafo IV.C.15.

aeroportuaria, mediante el mecanismo de selección o adjudicación específicamente contemplado el Literal a) del Numeral 1.2. del Anexo N° 5 del contrato de concesión.

- b. El incumplimiento de LAP se refiere por tanto, a la falta de asignación de la infraestructura aeroportuaria necesaria para la prestación del servicio de Rampa, mediante una subasta al mejor postor, que por su naturaleza es un mecanismo con capacidad de garantizar que se ponga a disposición de todos los usuarios intermedios sin discriminación, la infraestructura aeroportuaria.

A fin de evaluar la tipificación de la infracción, es importante recordar la obligación contractual incumplida, la cual está contenida en el numeral 1.2, sección a), del Anexo 5 del contrato de concesión:

“Anexo 5

1.2. Servicios Aeroportuarios Prestados por Terceros

a) Servicio de Rampa o Manipulación en Tierra (Ground Handling)

El presente servicio podrá ser brindado por terceros operadores (Operadores Secundarios).....

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

El Concesionario podrá dar este servicio en forma directa (sin subasta) o a través de Filiales, la que se constituye en operador.....”

Asimismo, cabe resaltar que a través del Oficio N° 667-03-GS-A1-OSITRAN que inicia el presente procedimiento administrativo sancionador, se le notifica a LAP que:

“Los hechos descritos significan que LAP ha incumplido con su obligación contenida en el numeral 1.2 del anexo 5 de su contrato de concesión, debido a que las empresas ..[operadoras de] los servicios de rampa no han sido seleccionadas bajo el mecanismo de subasta al mejor postor, ...”

Evaluación de la infracción N° 14.

“Infracción N° 14

Prestar los servicios aeroportuarios y el servicio de provisión de combustible en contra de los principios estipulados en la Cláusula Séptima y el Anexo 5 del contrato, cuando corresponda.”

Del análisis de la obligación contractual, de la infracción notificada mediante Oficio N° 667-03-GS-A1-OSITRAN y de la redacción de la infracción N° 14; queda claro que ésta no es la infracción cometida debido a que 1) LAP no presta los servicios aeroportuarios de rampa, y 2) el incumplimiento no está referido a la prestación misma del servicio, ni a una violación a los principios de neutralidad, no discriminación y prohibición de subsidios cruzados contenidos en la cláusula séptima del contrato de concesión.

Dicha infracción sería aplicable en el caso que LAP preste directamente el servicio de rampa, lo cual está permitido por el citado numeral 1.2.a) del Anexo 5 del contrato, en una forma tal que dicha prestación se realice en contra de los principios contenidos en la cláusula séptima del contrato, o contra de las estipulaciones del mencionado Anexo 5.

Cabe resaltar que adicionalmente a las obligaciones específicamente establecidas en el numeral 1.2.a) del Anexo 5, dicho Anexo 5 establece también otras obligaciones, las cuales están contenidas en las “Consideraciones Generales” del mismo, y cuyo incumplimiento podría ser tipificado de acuerdo a la Infracción N° 14.

Se debe mencionar también que OSITRAN no está facultado para imponer sanciones por infracciones relacionadas a la prestación directa del servicio de rampa, cuando ésta sea de única responsabilidad de terceros operadores que no califican como Entidades Prestadoras, debido a que la Ley 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – que crea a OSITRAN, establece en su artículo 4° que:

“Ámbito de competencia, OSITRAN ejerce su competencia sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público”

Por lo tanto, se considera que LAP no ha podido cometer la mencionada infracción N° 14 referida a la “Prestación de los servicios aeroportuarios en contra del Anexo 5”, debido a que LAP no presta dichos servicios.

Evaluación de la infracción N° 17.

“Infracción N° 17

No cumplir con prestar y poner a disposición de todos los usuarios sin discriminación, la infraestructura aeroportuaria y locales del Terminal conforme lo estipulado en el contrato.”

Se considera que la infracción notificada a LAP mediante Oficio N° 667-03-GS-A1-OSITRAN que inicia este procedimiento sancionador, referida que ha incumplido con seleccionar a los operadores del servicio de rampa mediante una subasta al mejor postor; significa que no ha cumplido con asignar la infraestructura aeroportuaria mediante el mecanismo de selección o adjudicación específicamente contemplado el literal a) del numeral 1.2. del Anexo N° 5 del contrato de concesión.

Dicho mecanismo, precisamente es el que permite garantizar que se ponga a disposición de todos los usuarios intermedios sin discriminación, la infraestructura aeroportuaria.

En tal sentido, se considera que el incumplimiento cometido por LAP está tipificado en la citada infracción N° 17, establecida por Resolución N° 002-2002-CD/OSITRAN.

4. CONCLUSIONES:

- La empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. ha incumplido con su obligación contenida en el numeral 1.2, sección a), del anexo 5 del Contrato de Concesión.
- Con base en el Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN, esta Gerencia debe tipificar la infracción mencionada de acuerdo a lo establecido en la Resolución N° - 2002-CD/OSITRAN.

- El incumplimiento de LAP está tipificado como Infracción N° 17 en la Tabla de Infracciones y Multas – Durante el Período de Explotación.

5. RECOMENDACIONES:

- Imponer como sanción una multa a la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L, equivalente a 130 UIT's por incumplir con el numeral 1.2, sección a), del anexo 5 del Contrato de Concesión
- Poner el presente Informe, así como el Informe N° 070-03-GAL-OSITRAN, en conocimiento de la empresa Lima Airport Partners S.R.L.
- Poner el presente Informe en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Atentamente,

FERNANDO LLANOS CORREA
Supervisor Comercial