RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 042- 2006-CD-OSITRAN

Lima, 19 de julio de 2006

VISTOS:

El recurso de apelación presentado por DOCAMPO S.A.C. (DOCAMPO) en contra de la medida cautelar otorgada por OSITRAN mediante oficio Circular Nº 028-06-GG-OSITRAN, con base al Informe Nº 036-06-GAL-OSITRAN, así como el Informe Nº 040-06-GS-GAL-OSITRAN de fecha 18 de julio de 2006, junto con el proyecto de Resolución de Consejo Directivo correspondiente;

CONSIDERANDO:

Que, la empresa DOCAMPO solicitó a OSITRAN que interprete la Cláusula Séptima del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCh), con el fin de determinar si OSITRAN es competente para supervisar el cumplimiento de los principios establecidos en dicha cláusula; a las relaciones de Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) con los prestadores de Servicios Aeroportuarios en el AIJCh, entre ellos, el Servicio Especializado Aeroportuario con habilitación en servicios de suministro de alimentos “Catering Aéreo”;

Que, con fecha 20 de abril de 2006, se aprobó la Resolución Nº 024-2006-CD-OSITRAN, mediante la cual el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó los alcances de lo establecido en la Cláusula Séptima del contrato de concesión del AIJCh;

Que, con fecha 15 de junio de 2006, LAP remitió a OSITRAN la carta LAP-GCCO-C-2006-00081, en la cual se solicitó que se suspenda los efectos de lo establecido mediante Informe Nº 009-06-GS-GAL-GRE, en tanto OSITRAN no resolviera su recurso de reconsideración contra de lo establecido en el precitado informe;

Que, con fecha 19 de junio de 2006, LAP presentó ante OSITRAN recurso de reconsideración en contra de lo establecido mediante Informe Nº 009-06-GS-GAL-GRE;

Que, con fecha 28 de junio de 2006 se remitió a DOCAMPO el Oficio Circular Nº 028-06-GG-OSITRAN, que con base al Informe Nº 036-06-GAL-OSITRAN, autorizó a LAP a cobrar a las empresas prestadoras del servicios de Catering en el AIJCh, el cobro correspondiente por la utilización de las vías de acceso y la Plataforma del Aeropuerto, hasta que OSITRAN resolviera el recurso de reconsideración interpuesto en contra de lo establecido mediante Informe Nº 009-06-GS-GAL-GRE;

Que, con fecha 05 de julio de 2006, DOCAMPO presentó ante OSITRAN una apelación en contra de la medida cautelar otorgada por OSITRAN mediante Oficio Circular N° 028-06-GG-OSITRAN;

Que, el presente procedimiento es de naturaleza bilateral, por cuanto se trata del acto administrativo de interpretación y ejecución de la cláusula séptima del contrato del AIJCh que realiza OSITRAN, con carácter vinculante para todos los administrados a los que atañe la ejecución de dicho contrato de concesión;

Que, de acuerdo a lo que establece el Numeral 1.3 del Artículo IV del Título Preliminar y el Artículo 75.3° de la LPAG, es un deber de OSITRAN, aplicar el principio de impulso de oficio y encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta errores u omisiones de los administrados, por lo que no es jurídicamente sustentable la supuesta invalidez del otorgamiento de la medida cautelar. Por tal razón, si bien la solicitud de LAP se dirigió a la Gerencia de Supervisión, correspondía que ésta se resuelva por la Gerencia General;

Que, no existe fundamento jurídico para señalar que la medida cautelar otorgada por OSITRAN causa un agravio de naturaleza irreparable a DOCAMPO, por cuanto dicha medida establece de manera expresa que con la decisión de fondo, se aplicará las devoluciones o compensaciones a que hubiere lugar respecto al pago a cargo de los operadores del servicio de Catering, de ser el caso;

Que, luego del análisis y discusión de los términos del informe de VISTOS, este órgano colegiado lo hace suyo, incorporándolo a la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, de acuerdo al Artículo 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el recurso de apelación debe ser resuelto por el órgano superior al que dictó la medida que se impugna, conforme a lo establecido en el Literal e) del Artículo 50° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante D.S. N° 010-2001-PCM; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 19 de julio de 2006;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por COCINA DE VUELO DOCAMPO S.A.C., en contra de la medida cautelar otorgada por OSITRAN a favor de Lima Airport Partners S.R.L., mediante Oficio Circular N° 028-06-GG-OSITRAN.

Artículo 2°.- Ratificar que la medida cautelar otorgada a Lima Airport Partners S.R.L., mediante Oficio Circular N° 028-06-GG-OSITRAN, sólo estará vigente hasta que se resuelva el recurso de reconsideración presentado por la mencionada empresa concesionaria, en contra de lo establecido en el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 040-06-GAL-OSITRAN a COCINA DE VUELO DOCAMPO S.A.C. y a Lima Airport Partners S.R.L.

Artículo 4º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución y el Informe N° 040-06-GAL-OSITRAN en la página web institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente

INFORME N° 040-06-GAL-OSITRAN

Para : Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

c.c. : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Asunto : Apelación presentada por COCINA DE VUELO
DOCAMPO S.A.C., en contra de la medida cautelar
otorgada mediante Oficio Circular N° 028-06-GG-
OSITRAN con base al Informe N° 036-06-GAL-OSITRAN

Fecha : 18 de julio de 2006

I. OBJETIVO:

El objetivo del presente informe es analizar los fundamentos de la apelación presentada por COCINA DE VUELO DOCAMPO S.A.C. (en adelante DOCAMPO), en contra de la medida cautelar otorgada por OSITRAN a favor de Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante LAP), mediante Oficio Circular N° 028-06-GG-OSITRAN con base al Informe N° 036-06-GAL-OSITRAN, con el fin de determinar si dicha apelación debe o no declararse fundada.

II. ANTECEDENTES:

1. El 16 de febrero de 2006 se recibe la comunicación CVD-GG-035-06, a través de la cual la DOCAMPO solicita una interpretación relativa al alcance de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCh), a efectos de determinar si el Servicio Especializado Aeroportuario, de suministro de agua, bebidas y alimentos(en adelante, "Catering"), es uno de los servicios a que alude la Cláusula Séptima de dicho contrato, para efectos de determinar el alcance de las funciones de OSITRAN.
2. El 12 de abril de 2006 se emite el Informe N° 018-06-GS-GAL, que evalúa la solicitud presentada por DOCAMPO.
3. Mediante Resolución N° 024-2006-CD-OSITRAN del 20 de abril de 2006, se interpreta en contrato de concesión del AIJCh, y se resuelve que el servicio de Catering es un "Servicio Aeroportuario", y que como tal, está sujeto a la aplicación de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión. Asimismo, se instruye a la Administración de OSITRAN, para que proceda a verificar el cumplimiento de los principios a que se refiere la mencionada Cláusula Séptima, en la prestación de los Servicios Aeroportuarios.

4. Con fecha 26 de mayo de 2006, en aplicación de la interpretación efectuada por el Consejo Directivo, se emite el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE, el cual concluye, entre otras cosas, que: *“Establecer cobros basados en un bono y/o un pago mínimo mensual y/o un porcentaje de las ventas de las empresas de Catering, por concepto de uso de la Plataforma para la prestación de dicho servicio, constituyen modalidades de cobro que resultan discriminatorias”*.
5. Con fecha 15 de junio de 2006, LAP remite a OSITRAN la carta LAP-GCCO-C-2006-00081, en la cual se solicita, entre otras cosas, que se suspenda los efectos de lo establecido mediante Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE, en tanto OSITRAN no resuelva el recurso de reconsideración que LAP presentará en contra de lo establecido en el precitado informe.
6. Con fecha 19 de junio de 2006, LAP presenta ante OSITRAN recurso de reconsideración en contra de lo establecido mediante Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE.
7. Con fecha 28 de junio de 2006, se remite a DOCAMPO el oficio Circular N° 028-06-GG-OSITRAN, que con base al Informe N° 036-06-GAL-OSITRAN, autoriza a LAP a cobrar a las empresas prestadoras del servicios de Catering en el AIJCh, el cobro correspondiente por la utilización de las vías de acceso y la Plataforma del Aeropuerto, hasta que OSITRAN resuelva el recurso de reconsideración interpuesto en contra de lo establecido mediante Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE.
8. Con fecha 05 de julio de 2006, DOCAMPO presenta ante OSITRAN una apelación en contra de la medida cautelar otorgada conforme lo señalado en el numeral anterior. Al respecto, DOCAMPO señala lo siguiente:
 - Ampara su apelación en lo establecido en el Artículo 226.3°, 146°, 206° y 209°.
 - Aduce que el escrito de LAP de fecha 15 de junio de 2006, no guarda las formalidades requeridas mediante el Artículo 113°, dado que se dirige al Gerente de Supervisión.
 - No han sido informados de lo actuado en el procedimiento administrativo.
 - No queda claro de la solicitud de LAP de fecha 15 de junio si solicita la suspensión del acto o que se otorgue una medida cautelar.
 - El otorgamiento de la medida cautelar no contempla un análisis relativo a que sin su adopción se arriesgue la eficacia de la resolución a emitir, lo cual invalida dicha medida.
 - La medida cautelar otorgada por OSITRAN a LAP causa a DOCAMPO un agravio de naturaleza irreparable.

III. ANALISIS:

9. DOCAMPO presentó un recurso de apelación en contra de la medida cautelar otorgada por OSITRAN a favor de LAP, mediante Oficio Circular N° 028-06-GG-OSITRAN, con base al Informe N° 036-06-GAL-OSITRAN.

10. El Artículo 209º de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece lo siguiente:

<<Artículo 209.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.>>

11. Asimismo, se debe señalar que DOCAMPO presentó su recurso de apelación en el plazo a que se refiere el Artículo 209º de la LPAG, por lo que se debe considerar que la presentación del recurso impugnativo es procedente.
12. Considerando que la medida cautelar fue otorgada por la Gerencia General, corresponde a éste órgano elevar la apelación presentada, para que ésta sea resuelta por el órgano jerárquico superior, es decir, el Consejo Directivo de OSITRAN.
13. En un primer orden de consideraciones, se debe señalar que DOCAMPO equivoca la naturaleza que ostenta en presente procedimiento. En efecto, DOCAMPO fundamenta su solicitud en lo establecido en el Artículo 226.3º de la LPAG, el cual regula el otorgamiento de medidas cautelares *en los procedimientos administrativos trilaterales*.
14. Sin embargo, el procedimiento que motiva el presente informe es uno de naturaleza bilateral, por cuanto estamos ante el acto administrativo de interpretación y ejecución de la cláusula séptima del contrato del AIJCh que realiza OSITRAN, con carácter vinculante para todos los administrados a los que atañe la ejecución de dicho contrato de concesión.

De este modo, lo que se discute en el presente caso, es si es correcta o no la ejecución que ha efectuado la administración de OSITRAN, mediante Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE, de lo establecido mediante Resolución N° 024-2006-CD-OSITRAN. Ello, es independiente a que naturalmente, en este caso los efectos de las decisiones de OSITRAN, tienen efecto tanto sobre LAP como sobre los operadores del servicio de Catering.

Caso distinto es que dentro de un procedimiento trilateral, un usuario o una Entidad Prestadora, inicia ante OSITRAN, un procedimiento administrativo en contra de otra Entidad Prestadora, que es lo que ocurre en los procedimientos administrativos que se inician *ante el Tribunal de solución de controversias de OSITRAN*.

15. Un segundo aspecto que se debe considerar, es que contrariamente a lo que señala DOCAMPO, de acuerdo al Numeral 216.1º, Literal a) de la LPAG, sí es posible suspender los efectos de un acto administrativo, "*cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación*".

16. Asimismo, se debe señalar que el Numeral 146.1º, establece que la autoridad puede emitir medidas cautelares “u otras disposiciones jurídicas aplicables”, dentro de las cuales está la suspensión temporal del acto administrativo, por lo que no existe contradicción alguna entre la suspensión temporal del acto administrativo hasta la resolución del asunto de fondo y el otorgamiento de las “otras disposiciones jurídicas aplicables” a que alude el Artículo 146º de la LPAG.
17. Asimismo, DOCAMPO omite señalar que de acuerdo a lo que establece el Numeral 1.3 del Artículo IV del Título Preliminar y el Artículo 75.3º de la LPAG, *es un deber de la administración, el aplicar el principio de impulso de oficio y encausar de oficio el procedimiento*, cuando advierta errores u omisiones de los administrados. En tal sentido, es correcto que la solicitud de LAP haya sido resuelta por la Gerencia General, aún cuando LAP la dirigió ante la Gerencia de Supervisión.
18. Se debe señalar también, que DOCAMPO sí ha recibido de parte de OSITRAN, la información respecto a lo actuado en el presente procedimiento: i) mediante Oficio N° 142-06-GG-OSITRAN, de fecha 03 de julio de 2006, y; ii) por Oficio Circular N° 748-06-GS-OSITRAN, de fecha 06 de julio de 2006.

Del mismo modo, se debe señalar que OSITRAN ha otorgado audiencias todas las veces que ésta lo ha requerido, ya sea de manera individual como junto con los otros operadores del servicio de Catering.

19. Asimismo, en cuanto a los fundamentos de fondo con base a los cuales OSITRAN otorgó la medida cautelar, se debe señalar lo siguiente:
- El escrito mediante el cual se solicita la suspensión temporal de los efectos del Informe N° 009-06-GS-GAL, se presentó con fecha 15 de junio. Sin embargo, con fecha 19 de junio LAP presentó un recurso de reconsideración en contra del precitado informe, señalando varios argumentos referidos a la corrección o incorrección de diversas formas de cobro a los operadores del servicio de Catering, fundamentos que fueron tomados en cuenta antes de la emisión del Informe N° 036-06-GAL-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2006, considerado como base para la adopción de la medida cautelar concedida con fecha 28 de junio último por la Gerencia General.
 - No existe fundamento jurídico para señalar como hace DOCAMPO, que la medida cautelar otorgada por OSITRAN le causa un agravio de naturaleza irreparable, por cuanto DOCAMPO viene prestando sus servicios ordinariamente en el AIJCH, sin que LAP pueda impedirle ingresar a dicho Aeropuerto, por una expresa disposición de OSITRAN, y; por cuanto aunque DOCAMPO tenga derecho a ingresar al Aeropuertos, también es cierto que DOCAMPO tiene la obligación legal de pagar la contraprestación que corresponde por el uso de la infraestructura aeroportuaria a cargo de LAP.

En ese sentido, en el presente procedimiento está fuera de discusión el que LAP tiene derecho a percibir una contraprestación por parte de los Operadores del servicio de Catering, por el uso de las vías de acceso y la Plataforma del AIJCh. Lo único que se está evaluando es si la forma de cobro que utiliza LAP es o no discriminatoria.

- La adopción de la medida cautelar otorgada por Gerencia General, contempla la debida protección de los derechos de DOCAMPO, puesto que el Informe N° 036-06-GAL-OSITRAN señala expresamente, que *“una vez que OSITRAN se haya pronunciado sobre las materias del recurso de reconsideración (...), LAP procederá a implementar la decisión que OSITRAN adopte, **aplicando las devoluciones o compensaciones a que hubiere lugar, de ser el caso.**”*
[El subrayado es nuestro]

En tal sentido, no es posible que la ejecución de la medida cautelar cause perjuicios a DOCAMPO, que no puedan ser reparados o compensados cuando se ejecute la decisión de fondo de OSITRAN. De acuerdo a ello, es claro que la medida adoptada por OSITRAN es una suerte de régimen de pago meramente transitorio.

- La adopción de la medida cautelar otorgada, debía no sólo proteger los derechos de DOCAMPO a no pagar más allá de lo que se establezca como consecuencia del pronunciamiento de fondo de OSITRAN, sino evitar que se produzca una utilización gratuita de la infraestructura, que pudiera derivar en problemas de cobranza u ocasionar que se perjudique la normal prestación del servicio de Catering a favor de las aerolíneas.
- De no adoptarse la medida cautelar concedida, se hubiera causado perjuicios a la Entidad Prestadora en cuestión, en cuanto a las negociaciones que estaba llevando a cabo, a la aplicación de medidas de cobro retroactivo de difícil aplicación, así como a la prestación de infraestructura sin la percepción de la correspondiente contraprestación.

20. Finalmente, se debe señalar que los argumentos expuestos por DOCAMPO con relación al carácter discriminatorio del cobro por porcentaje de ventas y el bono denominado pago único por suscripción de contrato, serán debidamente meritados antes de resolver el recurso de reconsideración presentado por LAP en contra de lo establecido en el Informe N° 009-06-GS-GAL-OSITRAN.

IV. CONCLUSIONES:

1. El presente procedimiento es de naturaleza bilateral, por cuanto se trata del acto administrativo de interpretación y ejecución de la cláusula séptima del contrato del AIJCh que realiza OSITRAN, con carácter vinculante para todos los administrados a los que atañe la ejecución de dicho contrato de concesión.

2. De acuerdo a lo que establece el Numeral 1.3 del Artículo IV del Título Preliminar y el Artículo 75.3° de la LPAG, es un deber de OSITRAN, aplicar el principio de impulso de oficio y encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta errores u omisiones de los administrados, por lo que no es jurídicamente sustentable la supuesta invalidez del otorgamiento de la medida cautelar.
3. No existe fundamento jurídico para señalar que la medida cautelar otorgada por OSITRAN causa un agravio de naturaleza irreparable a DOCAMPO, por cuanto ésta establece que con la decisión de fondo se aplicará las devoluciones o compensaciones a que hubiere lugar, de ser el caso.

V. RECOMENDACIÓN:

Por los fundamentos expuestos, aprobar el presente informe y elevar el recurso de apelación presentado por DOCAMPO ante el Consejo Directivo de OSITRAN, para que éste lo declare INFUNDADO.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

PB/jb
REG.SAL.