

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 047-2006-CD-OSITRAN

Lima, 9 de agosto de 2006

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTA:

La Nota Nº 064-06-GRE-OSITRAN, mediante la cual se eleva el proyecto de modificación de las condiciones generales de acceso para oficinas operativas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH), aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 011-2006-CD-OSITRAN; el proyecto de resolución del Consejo Directivo; y, el Informe Nº 023-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN, presentados por la Gerencia General al Consejo Directivo en su sesión de fecha 9 de agosto del año en curso;

CONSIDERANDO:

Que, el literal d) del artículo 5º de la Ley Nº 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que es objetivo de OSITRAN 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 empresas públicas o privadas;

Que, el Literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala que es función de OSITRAN 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;

Que, el literal c) del artículo 3º de la Ley Nº 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 27631, establece que la función normativa de OSITRAN comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos y normas que regulan 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;

Que, el artículo 3º del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 010–2001–PCM, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes;

Que, el literal h) del Artículo 24° del REGO establece que en ejercicio de su función normativa general, OSITRAN puede dictar condiciones de acceso a la infraestructura bajo su ámbito de competencia y a la provisión equitativa de los servicios vinculados a la misma, incluyendo la oportunidad, la continuidad y en general los términos y condiciones de contratación;

Que, el Literal f) del Artículo 8° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado por OSITRAN mediante la Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN, modificada por las Resoluciones N° 014-2003-CD-OSITRAN y N° 054-2005-CD-OSITRAN, establece que los solicitantes del acceso deben contar con la información necesaria para evaluar y negociar las condiciones de acceso a las Facilidades Esenciales, con el fin de que puedan tomar la decisión de entrar al mercado respectivo;

Que, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6° del REGO con relación al “Principio de Actuación basado en Análisis Costo – Beneficio”; en el ejercicio de sus funciones, OSITRAN deberá evaluar los beneficios y costos de sus decisiones antes de su realización y sustentarlas adecuadamente bajo criterios de racionalidad y eficacia;

Que, con fecha 28 de febrero de 2006, se emitió la Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, la misma que aprueba el Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH, la misma que fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 06 de marzo último;

Que, el 22 de marzo del año 2006, LAN PERU remitió a OSITRAN una comunicación en la que formula diversas observaciones al Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas en el AIJCh;

Que, con fecha 24 de marzo del año 2006, la AETAI mediante la Carta N° 0028-2006, presentó ante OSITRAN Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo de OSITRAN N° 011-2006-CD-OSITRAN;

Que, con fecha 27 de marzo del año 2006, LAP presentó ante OSITRAN Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo de Consejo Directivo de OSITRAN N° 755-200-06-CD-OSITRAN;

Que, mediante la Resolución N° 027-06-CD-OSITRAN, se declaró improcedentes los Recursos de Reconsideración presentados por AETAI y LAP, así como la solicitud de LAN PERU, dado que el Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas es una norma de alcance general, la cual no se puede impugnar en sede administrativa a través de un Recurso de Reconsideración;

Que, mediante la Resolución N° 028-2006-CD-OSITRAN, se aprobó el Proyecto de Modificaciones al Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH;

Que, el 26 de mayo del año 2006, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH;

Que, AETAI, APEA y LAP remitieron a OSITRAN sus comentarios y observaciones al proyecto de modificaciones al contrato tipo publicado en el Diario Oficial; y, que del mismo modo, las referidas asociaciones remitieron sus comentarios con relación a las

observaciones adicionales remitidas por LAP a OSITRAN mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00089;

Que, mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00095, LAP remitió su desistimiento en relación a la propuesta de redacción del Numeral 3.2 de la Cláusula Tercera del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas, incluida en la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00089;

Que, las condiciones generales de acceso aprobadas mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, no crean por sí mismas la relación jurídica de acceso, sino que deben ser íntegra y obligatoriamente incorporadas por la empresa concesionaria, en cada relación de acceso que negocie con las aerolíneas interesadas en utilizar áreas destinadas para oficinas operativas en el AIJCh, generando con ello la consolidación de la relación jurídica del acceso propiamente dicha;

Que, en tal virtud, a las condiciones generales aprobadas mediante el precitado Contrato Tipo, las partes incorporarán el cargo de acceso y otras condiciones económicas relevantes e igualmente, podrán incorporar otras condiciones adicionales que consideren necesarias y convenientes para una prestación adecuada de las actividades a su cargo, siempre que no contravengan las disposiciones establecidas en el Contrato Tipo; todo lo cual integrado, constituye el proyecto de contrato de acceso que refleja el acuerdo entre éstas y que debe ser remitido a OSITRAN en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 74° del REMA;

Que, las condiciones generales de acceso aprobadas mediante la precitada resolución, son de obligatorio cumplimiento, se integran al ordenamiento jurídico y son indefinidamente aplicadas por LAP en sus relaciones con las aerolíneas usuarias del AIJCH, tratándose de un acto repetible y abstracto. Por consiguiente, tratándose de una norma de carácter general, ésta que no puede ser modificada por LAP;

Que, en el procedimiento de revisión de la norma, se ha incorporado la modificación de aquellas estipulaciones cuyo alcance es conveniente precisar, con el fin de que las partes cuenten con la información relevante necesaria para negociar adecuadamente la suscripción del contrato de acceso correspondiente y llevar a cabo de manera eficiente las actividades requeridas para prestar sus servicios;

Que, en tal virtud, se ha desestimado aquellas observaciones que se orientan a introducir en las condiciones generales de acceso aprobadas por OSITRAN, aspectos complementarios distintos a los elementos esenciales de la relación de acceso o aspectos propios de la negociación entre las partes;

Que, en consecuencia, dando cumplimiento a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 9 de agosto de 2006 y en atención a los considerandos precedentes, de conformidad con el literal a) del artículo 12° de la Ley N° 26917, el literal c) del artículo 3.1 de la Ley N° 27332 y el artículo 22° del Decreto Supremo N° 010-2001-PCM;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Aprobar las modificaciones a las estipulaciones del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas para Aerolíneas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”,

aprobadas mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, las cuales están contenidas en el Anexo que forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Ordenar a Lima Airport Partners S.R.L. que incorpore en los contratos de acceso que celebre con las aerolíneas que requieran utilizar oficinas operativas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, el íntegro de las condiciones generales de acceso del Contrato Tipo aprobado mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN y sus modificatorias, aprobadas en virtud a la presente Resolución.

Artículo 3°.- Requerir a Lima Airport Partners S.R.L. que remita a OSITRAN los proyectos de contrato de acceso acordados con las aerolíneas que requieran utilizar oficinas operativas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, para efectos de su aprobación, de conformidad con lo establecido en el Artículo 74° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN.

Artículo 4°.- Autorizar la publicación de las modificaciones al Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas para Aerolíneas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” aprobadas en virtud del Artículo 1° de la presente Resolución, en la página Web de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDO CHANG CHIANG
Presidente

ACCESO A OFICINAS OPERATIVAS EN EL AEROPUERTO INTERNACIONAL "JORGE CHÁVEZ"

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Justificación

Considerando los comentarios y observaciones formulados por LAP, AETAI y APEA, existe fundamento suficiente para que OSITRAN apruebe la revisión de la norma de alcance general que aprueba el Contrato Tipo de Acceso para Oficinas Operativas en el AIJCH, estableciendo las condiciones generales de acceso para la utilización de áreas destinadas para oficinas operativas en el AIJCh.

En el procedimiento de revisión de la norma, se ha incorporado la modificación de aquellas estipulaciones cuyo alcance es conveniente precisar, con el fin de que las partes cuenten con la información relevante necesaria para negociar adecuadamente la suscripción del contrato de acceso correspondiente.

Asimismo, se ha desestimado aquellas observaciones que se orientan a introducir en las condiciones generales de acceso aprobadas por OSITRAN, aspectos distintos a los elementos esenciales de la relación de acceso o aspectos propios de la negociación entre las partes.

Finalmente, se debe considerar que LAP se encuentra negociando con diversas aerolíneas, las condiciones de acceso necesarias para la suscripción de los contratos de acceso a oficinas operativas en el AIJCH, y que en ese proceso, se ha detectado la conveniencia de precisar el alcance de diversas estipulaciones.

2. Efectos esperados

El Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas tiene por objeto facilitar la negociación entre las aerolíneas y la empresa concesionaria del AIJCH, reducir potenciales dilaciones, uniformizar los requisitos y condiciones, así como establecer garantías para las partes vinculadas en la relación de acceso.

De la misma manera, el contrato tipo busca minimizar los riesgos vinculados a prácticas discriminatorias, facilitar el acceso al establecer condiciones razonables y justificadas para el mismo, eliminando las barreras al acceso no justificadas, y reducir la probabilidad de que se registren controversias entre las partes.

En este contexto, es importante recibir, analizar e incorporar los comentarios y sugerencias de las partes involucradas (LAP y aerolíneas), antes de que el Concesionario incorpore estas condiciones generales en los respectivos contratos de acceso suscritos con las líneas aéreas.

3. Sustentación de las modificaciones

Las modificaciones solicitadas por la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional (AETAI), Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) y la Asociación Peruana de Empresas Aéreas (APEA) se presentan a continuación.

3.1. AETAI

3.1.1. Cláusula Segunda

De acuerdo con la Carta N° 0045-2006, AETAI manifiesta que es necesario precisar la fecha de entrada en vigencia de las Normas de Operación y Mantenimiento de LAP. En este contexto, la Asociación propone la siguiente redacción para la parte final del Numeral 2.14 de la Cláusula Segunda del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH:

“... Al efecto, se deja constancia que las disposiciones, reglas y procedimientos internos a que se refiere el presente numeral, serán exigibles para LA AEROLINEA desde la fecha en que LAP cumpla con notificarle su publicación en su página web ...”

Posteriormente, mediante la Carta N° 0048-2006, la Asociación propone una redacción alternativa para el Numeral 2.14 de la Cláusula Segunda del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH (la modificación respecto a la redacción anterior está resaltada en negritas):

“... Al efecto, se deja constancia que las disposiciones, reglas y procedimientos internos a que se refiere el presenta numeral, serán exigibles para LA AEROLINEA desde la fecha en que LAP cumpla con notificarle de su publicación en su página web ...”

En opinión de OSITRAN, es necesario realizar una precisión en el texto del Numeral 2.14, con el fin de aclarar la fecha de entrada en vigencia de las Normas de Operación y Mantenimiento de LAP, puesto que es el Concesionario quien determina el momento en que las mencionadas normas serán exigibles. Por esta razón, la propuesta de modificación del Numeral 2.14 de la Cláusula Segunda, presentada por AETAI, es aceptada.

3.1.2. Cláusula Quinta

El Numeral 5.2 de la Cláusula Quinta del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH, menciona los distintos costos asociados al servicio de provisión de la infraestructura de telecomunicaciones, aunque, según AETAI, *“(...) no queda claro cuál es la diferencia entre los costos de operación de la infraestructura esencial para proveer los servicios mencionados y los costos de mantenimiento, más aún cuando el propio concesionario ha solicitado que el cargo de acceso sólo se refiera al costo de mantenimiento”*.

Posteriormente, mediante la Carta N° 0055-2006-P/AETAI, la Asociación manifiesta que la modificación propuesta por LAP es correcta, *“(...) siempre y cuando ésta implique que el cargo de acceso facturado por la operación y mantenimiento de la infraestructura esencial necesaria para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación en el AIJCH, corresponda a niveles de mercado y al mismo tiempo se evite la afectación al pago de la retribución a favor del Estado”*.

Las observaciones de AETAI indican que no es clara la distinción entre los costos de operación y los costos de mantenimiento de la infraestructura de comunicaciones,

que constituyen parte del cargo de acceso mencionado en el Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH.

En este contexto, es necesario mencionar que el costo de operación es aquel que se encuentra directamente relacionado a la “producción” del servicio de provisión de infraestructura de telecomunicaciones en el AIJCH (por ejemplo, el gasto en operarios que monitoreen y supervisen las 24 horas del día que la infraestructura esencial funcione correctamente). El costo de mantenimiento, por su parte, está relacionado a todas aquellas actividades rutinarias, periódicas y/o correctivas destinadas a la conservación de la infraestructura esencial.

En opinión de estas Gerencias, ambos costos deben considerarse como parte del cargo de acceso, en la medida en que es necesario incurrir en ellos para “producir” el servicio de provisión de la infraestructura esencial de telecomunicaciones en el AIJCH.

Es necesario mencionar, sin embargo, que el mantenimiento de la infraestructura de telecomunicaciones será realizado por LAP, por lo que el costo del mismo será facturado por el Concesionario del AIJCH. De esta manera, dicho costo estará afecto a la Retribución que LAP debe abonar al Estado Peruano.

3.1.3. Cláusula Décimo Segunda

En opinión de AETAI, el listado contenido en el Numeral 12.6 de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH, debería contar con el carácter técnico suficiente como para incluir “(...) *términos tales como los servicios de TCP/IP, CAT III y Coaxial*”. Adicionalmente, la Asociación considera necesario incluir en el mencionado Numeral, una precisión en relación a que las aerolíneas no se encuentran obligadas “*a utilizar los servicios contenidos en el presente numeral 12.6, brindados por LAP*”.

En relación al primer extremo, cabe resaltar que el objetivo del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH es garantizar el acceso de las aerolíneas a la mencionada infraestructura esencial de transporte de uso público, y no presentar un listado de las características técnicas de la infraestructura de telecomunicaciones provista por LAP; dado que se trata de un aspecto que aunque necesario, no es parte esencial de la relación de acceso que es materia de regulación efectuada por OSITRAN. Por esta razón, el primer extremo de la solicitud de modificación del Numeral 12.6 de la Cláusula Décimo Segunda es denegado.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario incluir en el Numeral 12.6 de la Cláusula Décimo Segunda, una provisión que establezca que la aerolínea se encontrará obligada a utilizar la infraestructura esencial provista por LAP, en caso contrate cualquier otro servicio de telecomunicaciones que pueda ofertarse en el futuro en el mercado, puesto que ello es parte de las responsabilidades que como concesionario ha asumido en virtud al contrato de concesión, sin perjuicio que la operación misma de tales servicios pudiera ser encargada a un tercero.

En lo que se refiere al segundo extremo, el Numeral 12.6 de la Cláusula Décimo Segunda menciona que la aerolínea debe obligatoriamente utilizar la infraestructura esencial provista por LAP, en caso desee contar los servicios de telecomunicaciones listados en el mencionado numeral. Lo anterior es consecuencia del hecho que,

contar con un solo tipo de infraestructura de telecomunicaciones y un único operador de la misma, garantiza la eficiencia y seguridad operativa de los servicios aeroportuarios y de aeronavegación que se brindan en el AIJCH (y que se apoyan en los servicios de telecomunicaciones), y del mismo modo se adecua a la responsabilidad que atañe al concesionario en virtud al contrato de concesión.

Por esta razón, el segundo extremo de la propuesta de modificación del Numeral 12.6 de la Cláusula Duodécima es denegado.

3.2. LAP

3.2.1. Cláusula Quinta

En opinión de LAP, la parte final del segundo párrafo del Numeral 5.2 de la Cláusula Quinta, obligaría al Concesionario a prestar los servicios de operación y mantenimiento de la infraestructura esencial requerida para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación, de manera independiente del proveedor que se contrate para la provisión de estos servicios.

El Concesionario menciona, además, que esta situación "(...) *generaría innecesariamente un eslabón adicional en la cadena de la prestación del servicio, haciendo que –entre otros efectos- el costo de los mismos sea cobrado por el operador especializado a nuestra representada, quién tendría que facturarle con una sobre tasa de 46,511% a las aerolíneas, a efectos de recuperar los costos incurridos*". Adicionalmente, LAP manifiesta que el Numeral 5.2 de la Cláusula Quinta obligaría al Concesionario a incurrir en costos administrativos por un servicio que en la práctica no presta.

En este contexto, LAP propone que se incluya en el segundo párrafo del Numeral 5.2 de la Cláusula Quinta del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas la siguiente oración:

"La porción del cargo de acceso correspondiente a la operación y mantenimiento de la infraestructura esencial para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación en el AIJCH podrá ser facturada directamente por el prestador de dichas actividades a LA AEROLINEA".

Posteriormente, mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00089, el Concesionario propone una redacción alternativa para el Numeral 5.2. de la Cláusula Quinta del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas:

"El pago del cargo de acceso deberá abonarse por periodo adelantado, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles a partir de la recepción de la factura emitida por LAP.

El valor del cargo de acceso incluye la contraprestación correspondiente a todos los servicios complementarios necesarios para brindar el Servicio Esencial prestado por las aerolíneas en el(las) área(s) arrendada(s), con excepción de los servicios básicos incluidos en el Numeral 1.26 del Contrato de Concesión del AIJCH, cuyos alcances han sido interpretados mediante el Acuerdo de Consejo Directivo N° 392-127-03-CD-OSITRAN, con fecha 13 de enero de 2004. El cargo de acceso incluye también la contraprestación para el mantenimiento y la operación de la infraestructura esencial,

que sea requerida para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación a que se refiere el Numeral 12.6 del presente contrato, así como el costo de mantenimiento de las áreas comunes. La parte del cargo de acceso correspondiente a la operación de la infraestructura esencial para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación en el AIJCH podrá ser facturado directamente a LA AEROLINEA por el prestador de dicha actividad, siempre que el cargo aplicado a LA AEROLINEA no sea mayor que aquel aplicado por el referido prestador a LAP por la ejecución de las mismas actividades.

Está excluido del referido cargo de acceso, el costo o contraprestación correspondiente a la provisión de los servicios de comunicación a favor de LA AEROLINEA”.

En otras palabras, la última redacción propuesta establece que sólo el costo de operación de la infraestructura de telecomunicaciones de las Oficinas Operativas será facturado por el proveedor respectivo, mientras que las labores de mantenimiento, que serán realizadas por LAP, serán facturadas por el Concesionario del AIJCH.

La propuesta de LAP para la modificación del Numeral 5.2, de la Cláusula Quinta del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH, considera necesario precisar que el proveedor de los servicios de operación de la infraestructura de telecomunicaciones, podrá facturar directamente la fracción del cargo de acceso correspondiente a la aerolínea. Asimismo, la propuesta de modificación establece que el cargo cobrado a la aerolínea no debería ser mayor que el aplicado al Concesionario.

Al respecto, un primer tema se refiere a que en virtud al contrato de concesión, LAP ostenta la posesión del AIJCH y la explotación económica de todos los bienes de la concesión.

En ese sentido, una primera consideración a tomar en cuenta, es que la infraestructura de transporte de uso público detentada por LAP, sirve tanto para la prestación de servicios derivados de esta última, como, en determinados casos; *de soporte para las instalaciones e infraestructuras necesarias para la provisión de otra naturaleza de servicios*, como es el caso de los servicios de telecomunicaciones y otros servicios públicos.

En consecuencia, en determinados casos, para que se dé la relación de acceso, es necesario que LAP garantice a los usuarios intermedios la provisión de las facilidades esenciales aeroportuarias (necesarias para la provisión de los servicios esenciales), así como cierto tipo de servicios (prestaciones accesorias) que aunque no son propiamente servicios de transporte, forman necesariamente parte de la relación de acceso.

Tal es el caso del servicio de operación de la infraestructura requerida para el funcionamiento de los sistemas (transmisión de datos), que presta la empresa SITA, como el servicio de operación de la infraestructura requerida para el funcionamiento de las telecomunicaciones, que realiza la empresa Telefónica del Perú (TdP). En ambos casos, se trata de operadores seleccionados por LAP, que brindan sus servicios tanto al Concesionario como a las aerolíneas, pues aunque no se trata de un servicio derivado de la explotación de infraestructura de transporte de uso público,

su prestación es indispensable para que a su vez, pueda llevarse a cabo ciertos servicios aeroportuarios; tales como el chequeo de pasajeros y equipaje, (materializándose de esta forma la relación de acceso correspondiente).

En ese sentido, dicho servicio necesariamente debe formar parte de la relación de acceso y puede, de acuerdo a la definición meramente enunciativa que hace el Anexo 3 del Contrato de Concesión, ser considerada como una "Operación No Principal". En efecto, de acuerdo al mencionado Anexo, existen Operaciones No Principales relacionadas a la TUUA y otras que no lo están. Tal es el caso del Numeral 2.2 del Anexo 3, el cual define una lista de "Otros servicios para líneas aéreas, para empresas comerciales y de servicios auxiliares aeroportuarios".

En atención a lo anterior, se debe considerar que el servicio que prestan SITA y TdP a LAP y a las aerolíneas, es indispensable para que se dé la atención del tráfico de pasajeros y equipaje, tanto en los *counters* como en las oficinas operativas de las aerolíneas, cuando corresponda. Por tal razón, aunque no es propiamente un servicio de transporte, es una Operación No Principal que debe formar necesariamente parte de la relación de acceso que existe entre LAP y las aerolíneas, para la asignación de *counters* y oficinas operativas.

Lo anterior, atañe a la responsabilidad que corresponde a LAP como Entidad Prestadora a cargo de las facilidades esenciales aeroportuarias y, por tanto, está obligada a otorgar el acceso a los usuarios intermedios del AIJCH, en los casos previstos en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), uno de los cuales es la aprobación de contratos tipo para el acceso a facilidades esenciales necesarias para proveer servicios esenciales.

En tal virtud, corresponde a LAP la responsabilidad frente al usuario intermedio, por el acceso efectivo a las facilidades esenciales aeroportuarias y también por la provisión de los servicios que aunque accesorios, forman parte de la relación de acceso. Lo anterior, no impide en modo alguno que sea un tercero, encargado por LAP para tal efecto, quien provea los servicios mencionados anteriormente.

En efecto, tratándose de una Operación No Principal, puede ser llevada a cabo por terceros, denominados en el contrato de concesión como "Operadores Secundarios", de conformidad con lo establecido en el Numeral 5.4 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión¹. En tal caso, es posible que SITA y la TdP facturen directamente el servicio que prestan a las aerolíneas, lo que no impide en modo alguno que corresponda a LAP en virtud del contrato de acceso, garantizar que estos operadores prestarán dicho servicio a las aerolíneas, siendo ello parte de sus obligaciones asumidas en el contrato de acceso correspondiente.

Lo que en cualquier caso debe considerarse, es lo que establece el Artículo 13° del Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regula la entrega al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos (TUO de concesiones), aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM:

<< Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le

¹ En virtud al cual LAP debe remitir a OSITRAN una copia de dicho contrato.

otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como única responsabilidad frente al Estado. >>

En consecuencia, SITA y la TdP pueden facturar directamente a las aerolíneas, pero formará parte de las obligaciones asumidas por LAP, el garantizar que estos operadores presten sus servicios, como parte de la relación de acceso que une a LAP con las aerolíneas, para la utilización de oficinas operativas y *counters* en el AIJCH.

Finalmente, se debe considerar que en aplicación del Principio de Neutralidad a que se refiere el Artículo 4º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante D.S. N° 010-2001-PCM, las aerolíneas deberán pagar, como máximo, a los operadores mencionados (SITA y TdP), una contraprestación igual a la que pague LAP, en la medida que las unas y la otra reciban el mismo servicio de estos operadores.

Por estas razones, la propuesta de modificación del Numeral 5.2 de la Cláusula Quinta del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH debe ser aceptada.

3.2.2. Cláusula Séptima

Según LAP, el Numeral 7.4 de la Cláusula Séptima del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas, sugeriría que la reubicación de las aerolíneas es responsabilidad del Concesionario, en la medida en que ésta se realizará a cuenta y riesgo de LAP.

Por otro lado, el Concesionario menciona que *“(...) tal y como pretende establecerse en la propuesta de redacción actual, se deja abierta la posibilidad a que nuestra representada se encuentre obligada a asumir cualquier tipo de concepto –sin límite ni sustento alguno- que pudiera derivarse, directa o indirectamente, de la reubicación en cuestión”*.

Por último, LAP manifiesta que cualquier controversia respecto a la “razonabilidad” de los costos incurridos por la aerolínea, debería resolverse en el marco del “Reglamento de Atención de Reclamos y Controversias de OSITRAN”. En este contexto, el Concesionario propone la siguiente redacción para el Numeral 7.4 de la Cláusula Séptima del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas:

“En el supuesto de reubicación, LA AEROLINEA deberá desocupar el(las) área(s) que LAP señale, dentro del plazo máximo de 30 días hábiles de recibida la notificación de LAP a la que se refiere el Numeral 7.2 del presente contrato. Esta reubicación se hará bajo costo de LAP. Para efectos de reembolso a LA AEROLINEA de los costos incurridos en la reubicación, la misma deberá presentar ante LAP el detalle sustentado de los costos incurridos, los cuales deberán corresponder a precios promedio de mercado. En caso de discrepancia entre LA AEROLINEA y LAP respecto a si los costos incurridos por LA AEROLINEA corresponden a los de mercado, se aplicarán los mecanismos previstos en la Cláusula Vigésimo Cuarta del presente Contrato”.

En lo que se refiere al primer extremo, estas Gerencias concuerdan con el Concesionario en que la responsabilidad de la reubicación de las áreas operativas debe recaer en la aerolínea, en la medida en que éstas son las que “efectúan” la mudanza. En concordancia con lo anterior, LAP debe asumir solamente los costos incurridos en la reubicación. Por esta razón, el primer extremo de la propuesta de modificación es aceptado.

En relación al segundo extremo, por su parte, es necesario mencionar que la intervención de OSITRAN para regular determinados aspectos del acceso a las Facilidades Esenciales, supone la necesidad de reducir costos de transacción existentes en la negociación de las relaciones de acceso. Dicha intervención, sin embargo, no debería comprender aspectos ajenos a lo que propiamente es la relación de acceso (el mercado de traslado de enseres, por ejemplo), los cuales deben negociarse libremente entre las partes.

De acuerdo a lo que establece el Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias (RGSRC) de OSITRAN aprobado mediante Resolución N° 002-2004-CD-OSITRAN, las controversias o desacuerdos que surjan entre usuarios intermedios y Entidades Prestadoras, con relación al contrato de acceso, su interpretación o ejecución, están sometidos a la aplicación de dicha norma, por lo que la propuesta de LAP respecto al Numeral 7.4, con el fin de que los desacuerdos que surjan en la aplicación de dicha estipulación del contrato tipo, se someterán a lo establecido en la Cláusula Vigésimo Cuarta del contrato Tipo (que somete tales desacuerdos al RGSRC de OSITRAN) es razonable.

Por esta razón, el segundo extremo de la propuesta de modificación es aceptada en parte.

3.2.3. Cláusula Décimo Cuarta

De acuerdo con LAP, el proyecto de contrato tipo propondría la imposición de sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por LAP en virtud al contrato de acceso a ser suscrito con las aerolíneas. Asimismo, LAP señala que el eventual incumplimiento de las obligaciones del contrato tipo por parte de LAP, por sí sólo y en principio, no constituye una conducta sancionable administrativamente.

En este contexto, LAP propone la siguiente redacción para el Numeral 14.13 de la Cláusula Décimo Cuarta del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH:

*“El incumplimiento por parte de LAP de las obligaciones a su cargo contenidas en el presente contrato, se someterá a la aplicación de lo establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, **en tanto se trate de conductas específicamente tipificadas en dicho Reglamento como infracción**”.*

De acuerdo a lo sustentado por LAP, es necesario hacer algunas aclaraciones conceptuales previas. En efecto, las condiciones generales de acceso aprobadas mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN (cuya propuesta de modificación se aprobó mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028 – 2006 – CD – OSITRAN), no crean por sí mismas la relación de acceso, sino **que éstas deben ser obligatoria**

y completamente incorporadas por la empresa concesionaria, a cada relación de acceso que negocie con las aerolíneas interesadas en utilizar áreas destinadas para oficinas operativas en el AIJCh.

En ese sentido, a dichas condiciones generales se incorporará el cargo de acceso y otras condiciones económicas relevantes, con el fin de constituir el proyecto de contrato de acceso que deberá ser remitido a OSITRAN, para su aprobación, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 74° del REMA para su revisión.

En tal sentido, el Contrato Tipo aprobado por OSITRAN crea obligaciones a la empresa concesionaria del AIJCH y los usuarios intermedios que utilizan dicha infraestructura, interviniendo en su esfera de derechos, al imponerles la obligación de incorporar condiciones generales a su relación jurídica de acceso, generando con ello la consolidación de la relación jurídica del acceso.

Es el incumplimiento de esta obligación de incorporar total y textualmente las condiciones generales de acceso aprobadas mediante Contrato Tipo (norma de alcance general aprobada por OSITRAN), lo que constituye una conducta pasible de la imposición de una sanción administrativa, pues en aplicación del principio de legalidad y tipicidad que establece la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General); dicha conducta está expresamente tipificada como infracción en el Numeral 21.3.2 del Artículo 21° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Por estas razones, la propuesta de modificación del Numeral 14.13 del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH es denegada. Sin perjuicio de ello, se considera conveniente precisar los alcances del mencionado numeral, para evitar dudas en cuanto a su alcance a la empresa concesionaria.

3.3. APEA

3.3.1. Cláusula Décimo Segunda

De acuerdo con APEA, el Numeral 12.6 de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH, debería incluir explícitamente la posibilidad de que las aerolíneas contraten con el proveedor de servicios de telecomunicaciones que prefieran por cuestiones de precio o calidad.

De la misma manera, la Asociación plantea incluir la posibilidad de que las aerolíneas no utilicen la infraestructura de telecomunicaciones del AIJCH, en la medida en que *“(...) hoy en día ya es una realidad las conexiones satelitales cuyo precio en el mercado compite con el servicio de cableado, debiendo consignarse que no será de obligación de la aerolínea de contratar el servicio de cableado óptico que pronto quedará obsoleto”*.

En este contexto, APEA propone la siguiente redacción alternativa para el Numeral 12.6 de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas:

“Utilizar la infraestructura esencial provista por LAP para los servicios de telefonía, comunicación por cable, acceso a Internet y de comunicación para transmisión de

datos de punto a punto, pudiendo en forma discrecional la aerolínea escoger el proveedor del servicio de telefonía que quisiera contratar, así como de elegir inclusive si utiliza dicho servicio cableado óptico pudiendo contratar conexión satelital contratada libremente por la aerolínea, sin obligación alguna de utilizar el cableado ni los servicios de cable o similares puestos por LAP”.

En lo que respecta al primer extremo, cabe resaltar que el Numeral 12.6 de la Cláusula Décimo Segunda establece que la aerolínea debe utilizar obligatoriamente la infraestructura de telecomunicaciones provista por LAP, en caso desee contratar cualquiera de los servicios de telecomunicaciones listados en el mencionado numeral.

En este contexto, la aerolínea puede elegir libremente el proveedor de los servicios de telefonía, comunicación por cable, acceso a Internet y comunicación para transmisión de datos de punto a punto, pero siempre utilizando la infraestructura esencial provista por el Concesionario. Por esta razón, el primer extremo de la propuesta de modificación del Numeral 12.6 es denegado.

En relación al segundo extremo, estas Gerencias opinan que, contar con un solo tipo de infraestructura de telecomunicaciones (cableado y equipo diverso) y un único operador de la misma, garantiza la eficiencia y seguridad operativa de los servicios aeroportuarios y de aeronavegación que se brindan en el AIJCH (y que se apoyan en los servicios de telecomunicaciones). Por estas razones, el segundo extremo de la propuesta de modificación del Numeral 12.6 de la Cláusula Duodécima es denegado.

4 Listado de numerales que se modificarán

En concordancia con lo mencionado en la sección precedente, los numerales del Proyecto de Modificación del Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas del AIJCH que se modificarán serán los siguientes:

- Numeral 2.14.
- Numeral 5.2.
- Numeral 7.4.
- Numeral 12.6.
- Numeral 14.13

ANEXO

MODIFICACIONES DEL CONTRATO TIPO DE ACCESO A OFICINAS OPERATIVAS PARA AEROLÍNEAS EN EL AEROPUERTO INTERNACIONAL “JORGE CHÁVEZ”

Cláusula Segunda.- Definiciones

<<2.14. *Normas de Operación y Mantenimiento de LAP: constituidas indistintamente por todas las disposiciones, reglas y procedimientos internos que establece, modifica y/o actualiza periódicamente LAP de acuerdo a lo establecido en el REMA (formen parte o no del Reglamento Interno de Operación y Mantenimiento en el Aeropuerto establecido por LAP), que regulan las condiciones de operación que LA AEROLINEA se obliga a cumplir dentro del Aeropuerto, referidas a: seguridad industrial, higiene y salud ocupacional (EHS), salubridad, supervisión de actividades comerciales (campañas, atención al cliente, etc.), especificaciones técnicas, seguridad aeroportuaria, seguridad operacional, medioambiente (tratamiento de residuos, materiales usados, limpieza, ruido, emisiones de gases, entre otros aspectos), abastecimiento de productos y/o de insumos, conexiones a redes del Aeropuerto (energía, telefonía y telecomunicaciones, HVAC, agua-desagüe, antenas, etc.), instalaciones de sistemas, y demás condiciones y requisitos aplicables para operar en el Aeropuerto. Al efecto, se deja constancia que las disposiciones, reglas y procedimientos internos a que se refiere el presente numeral, serán exigibles para LA AEROLÍNEA desde la fecha en que LAP cumpla con notificarle de su publicación en su página Web: www.lap.com.pe>>.*

(...)

Cláusula Quinta.- Cargo de acceso

(...)

<<5.2 *El pago del cargo de acceso deberá abonarse por periodo adelantado, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles a partir de la recepción de la factura emitida por LAP.*

El valor del cargo de acceso incluye la contraprestación correspondiente a todos los servicios complementarios necesarios para brindar el Servicio Esencial prestado por las aerolíneas en el (las) área(s) arrendada(s), con excepción de los servicios básicos incluidos en el Numeral 1.26 del Contrato de Concesión del AIJCH, cuyos alcances han sido interpretados mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 392-127-03-CD-OSITRAN, con fecha 13 de enero de 2004.

El cargo de acceso incluye también la contraprestación por la operación de la infraestructura esencial y el mantenimiento de la misma, que sea requerida para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación a que se

refiere el Numeral 12.6 del presente contrato, así como el costo de mantenimiento de áreas comunes.

Está excluido del referido cargo de acceso, el costo o contraprestación correspondiente a la provisión de los servicios de comunicación a favor de LA AEROLINEA.

La porción del cargo de acceso correspondiente a la operación de la infraestructura esencial necesaria para el funcionamiento de los servicios de comunicación en el AIJCH, podrá ser facturada directamente por el prestador de dichos servicios a LA AEROLINEA, aplicando para tal fin, como máximo, la contraprestación que este operador aplique a LAP. LA AEROLINEA podrá requerir a LAP que le demuestre el monto que efectivamente paga al operador de los mencionados servicios.

Sin perjuicio de que LAP no preste directamente el servicio mencionado en el párrafo anterior, es obligación de la empresa concesionaria garantizar a LA AEROLINEA que contará con la provisión de dicho servicio dentro del AIJCH.>>

(...)

Cláusula Séptima.- Reubicación del(las) Área(s).-

(...)

<<7.4. En el supuesto de reubicación, LA AEROLINEA deberá desocupar el(las) Área(s) que LAP señale, dentro de un plazo máximo de 30 días hábiles de recibida la notificación de LAP a la que se refiere el Numeral 7.2 del presente contrato. Esta reubicación se hará bajo costo de LAP. Las discrepancias que surjan entre LA AEROLINEA y LAP con relación a la presente Cláusula, se someterán a lo establecido en el Cláusula Vigésimo Cuarta del presente contrato>>.

Cláusula Duodécima.- Obligaciones generales de LA AEROLINEA.-

(...)

<<12.6. Utilizar infraestructura esencial provista por LAP para los servicios de telefonía, comunicación por cable, acceso a Internet, de comunicación para transmisión de datos de punto a punto y servicios de comunicación en general>>.

(...)

Cláusula Décima Tercera: Subsanación de incumplimientos por parte de LA AEROLINEA

(...)

<< 13.1. LAP notificará a LA AEROLINEA en el caso que ésta incumpliera con alguna de sus obligaciones contenidas en el presente Contrato. En el caso que LA

AEROLÍNEA no subsane el incumplimiento en el plazo de siete (7) días hábiles, contados desde el día siguiente de la recepción de la notificación de LAP, ésta última podrá suspender el acceso al(las) área(s) cuyo arrendamiento es objeto del presente contrato, a partir del octavo día de realizada dicha notificación. >>

(...)

Cláusula Décimo Cuarta.- Obligaciones generales de LAP

(...)

<< 14.11 Levantar la suspensión de acceso al(las) áreas asignadas de manera inmediata, a más tardar al día siguiente, de la recepción por parte de LAP, de la notificación de la subsanación del incumplimiento.>>

(...)

<<14.13 El incumplimiento por parte de LAP de su obligación de incorporar a su relación de acceso con LAS AEROLINEAS, las condiciones de acceso aprobadas mediante el presente contrato tipo, se someterá a la aplicación de lo establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.>>