

INFORME N° 07- 04-GAL-OSITRAN

A : Wilder Pereyra Acuña
Gerente de Supervisión

C.c. : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Prestación del Servicio de Rampa en el marco de la Subasta de Rampa en el AIJCH y los efectos jurídicos del MALIAT y Acuerdo de Transporte Aéreo entre EEUU y Perú.

Referencia : Memorando N° 206-03-GS-OSITRAN, Correo electrónico de fecha 04 de febrero de 2004.

Fecha : 04 de febrero de 2004.

I. OBJETO:

El objeto del presente informe es absolver las siguientes consultas legales, efectuadas por la Gerencia de Supervisión mediante el memorando de la referencia:

- << A. Si las aerolíneas norteamericanas se encuentran exoneradas de participar en la referida subasta, y se les debe asignar un espacio para que se provean el servicio de rampa,
- B. Si, en el caso que por razones de seguridad se debiera limitar el número de operadores del servicio de rampa, los cuales serían seleccionados por medio de una subasta, las aerolíneas norteamericanas se encontrasen exoneradas de participar en la subasta,
- C. Si el referido Acuerdo exonera a las aerolíneas norteamericanas de pagar los cargos de acceso que correspondan por el uso de la infraestructura aeroportuaria.
- D. Si los beneficios del referido Acuerdo alcanzan a la empresa operadora de rampa Perú Dispatch S.A., la cual pertenece a la corporación AMR al igual que la empresa American Airlines Inc>>

Mediante el correo electrónico de la referencia, el Gerente de Supervisión indica lo siguiente:

<< Respecto al Memorando del Asunto, la pregunta señalada con literal d) queda sin efecto.

Esto debido a que las condiciones originales de la subasta de Rampa que incluía a las aerolíneas han sido modificadas por LAP. Los autoservicios no tendrán que pasar por un proceso de subasta.>>

II. BASE LEGAL:

- A. Constitución Política del Perú.
- B. Resolución Legislativa N° 10358:

- Aprueba la Convención de Aviación Civil Internacional, suscrita en la Conferencia Internacional de Aviación Civil realizada en Chicago.
- C. "Acuerdo de Transporte Aéreo" celebrado entre Perú y EEUU, aprobado por D.S. N° 038-98-RE, el mismo que entró en vigencia el 08 de febrero de 1999 "El Acuerdo".
 - D. "Acuerdo Multilateral sobre la liberalización del Transporte Aéreo Internacional" - MALIAT, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2001-RE, el mismo que fue publicado el 20 de octubre de 2001.
 - E. Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (AIJCH).
 - F. Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por D.S. N° 014-2003-CD-OSITRAN.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN RELATIVAS A LAS MATERIAS DE CONSULTA:

A. OBLIGATORIEDAD DE RESPETAR LOS ACUERDO DE TRANSPORTE AÉREO SUSCRITOS POR EL PERÚ:

1. De acuerdo al Artículo 55° de la Constitución Política del Perú, los Tratados en vigor forman parte del derecho nacional.
2. De acuerdo a lo establecido en el Numeral 24.4 del contrato de concesión del AIJCH, el contrato de concesión se interpreta y rige de acuerdo a las Leyes del Perú, las mismas que están definidas en el Numeral 1.28 como "Leyes Aplicables"¹.
3. La Cláusula Séptima del contrato de concesión, señala que los Servicios Aeroportuarios² serán prestados conforme a las Leyes Aplicables que regulan el libre acceso al mercado.
4. El "Acuerdo de Transporte Aéreo" celebrado entre Perú y EEUU, aprobado por D.S. N° 038-98-RE³, es una "Ley Aplicable" especial sobre el mercado de transporte aéreo, aplicable al Perú y los Estados Unidos de América. Ocurre lo mismo en el caso del "Acuerdo Multilateral sobre la liberalización del Transporte Aéreo Internacional" – MALIAT.
5. "El Acuerdo de Transporte Aéreo" celebrado entre Perú y EEUU", incluye condiciones para la prestación de servicios aeroportuarios, dentro de los cuales está el servicio de Rampa, razón por la que califica como una de las Leyes Aplicables a que se refiere la Cláusula Séptima del contrato de concesión.

¹ <<1.28 "Leyes Aplicables" significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.>>

² << 1.54. Servicios Aeroportuarios" significará los servicios normales y habituales de aeropuerto para el transporte de pasajeros, así como la carga y descarga de aeronaves, excluyendo los Servicios de Aeronavegación ajenos a la responsabilidad del Concesionario.>>

³ El mismo que entró en vigencia el 08 de febrero de 1999

6. Así mismo, el MALIAT establece en cuanto a las oportunidades comerciales, que las líneas aéreas designadas de cada parte tendrán derecho a realizar su propio servicio de “self-handling”.
7. En consecuencia, somos de la opinión que ambos acuerdos, como normas vigentes del sistema jurídico peruano, deben ser respetados por Lima Airport Partners S.R.L (LAP) en la ejecución del contrato de concesión, como concesionaria del AIJCH, la misma que incluye la obligación de LAP de llevar a cabo una subasta al mejor postor para seleccionar a los operadores del servicio de Rampa, de conformidad con lo establecido en el Literal a) del Numeral 1.2 del Anexo N° 5 del contrato de concesión.

B. ALCANCE DE LOS ACUERDOS:

PRIMERA CONSULTA DE GS:

1. El Numeral 3 del Artículo 8° del “El Acuerdo de Transporte Aéreo”, celebrado entre Estados Unidos y Perú señala lo siguiente:

<<ARTICULO 8

Oportunidades Comerciales

(...)

3. **Cada aerolínea designada tendrá derecho a realizar sus propios servicios de atención en tierra de aeronaves en el territorio de la otra Parte ("servicios propios") o, a su elección, elegir, entre las entidades competidoras, que le presten dichos servicios** en su totalidad o en partes. Estos derechos serán objeto únicamente de restricciones físicas impuestas por consideraciones de seguridad del aeropuerto. Cuando dichas consideraciones imposibiliten los servicios propios, los servicios de atención en tierra a aeronaves estarán disponibles en condiciones de igualdad para todas las aerolíneas; las tarifas estarán sustentadas en el costo de los servicios prestados, y dichos servicios serán equiparables, en el tipo y calidad, a los servicios propios que se prestarían si fueran posibles.>>

2. El Acuerdo de Transporte Aéreo celebrado entre Estados Unidos y Perú, señala en su parte considerativa, que la intención de las Partes⁴ al pactar los términos de dicho acuerdo, se relacionan con el deseo de promover un sistema de aviación civil, basado en la competencia *entre aerolíneas*. Del mismo modo, en el deseo de hacer posible *que las aerolíneas*, ofrezcan al público viajero y comerciante de carga una variedad de opciones de servicio, a los precios más bajos, sin que éstos sean discriminatorios ni representen abuso de una posición dominante, y con la intención de alentar a cada aerolínea a desarrollar y llevar a la práctica precios innovadores y competitivos.

Además, el Numeral 5 del Artículo 1° del precitado Acuerdo, señala que se entiende por “Aerolínea Designada”, a una aerolínea designada y autorizada de conformidad con el Artículo 3° del Acuerdo.

En consecuencia, el mencionado Acuerdo otorga claramente a las aerolíneas norteamericanas designadas, el derecho a prestarse a sí mismas el servicio de Rampa en territorio peruano, pues dicho servicio califica como un servicio de atención en tierra de aeronaves, de conformidad con lo establecido por el Numeral 3 del Artículo 8° de “El Acuerdo”.

3. En la misma línea, el Artículo 8° del MALIAT, señala lo siguiente:

⁴ Entiéndase por “las Partes”, el Gobierno de la República del Perú y los Estados Unidos de América.

<<ARTICULO 8

Oportunidades Comerciales

2. **Las líneas aéreas designadas** de cada Parte tendrán derecho a:

(...)

b. **realizar su propio servicio en tierra en el territorio de las otras Partes (“self-handling”) o, si lo prefiere, seleccionar a alguno de entre los agentes competidores para que les proporcione tales servicios, total o parcialmente.** Estos derechos estarán sujetos sólo a restricciones físicas derivadas de consideraciones relativas a la seguridad aeroportuaria. En los casos en que tales consideraciones impidan los servicios propios en tierra, se ofrecerá el servicio, en igualdad de condiciones, a todas las líneas aéreas; los cobros correspondientes deberán basarse en los costos de los servicios prestados y tales servicios deberán ser comparables, en clase y calidad, a los servicios autónomos si la prestación de éstos fuere posible;>>

4. Así mismo, el MALIAT señala en su parte considerativa, que entre las motivaciones de dicho acuerdo está el hacer posible que *las líneas aéreas* ofrezcan a los usuarios y embarcadores una amplia gama de opciones de servicios, estimulando a las aéreas a desarrollar e implementar precios innovadores y competitivos.

Así mismo, el Numeral 4 del Artículo 1º del MALIAT, señala que “Línea Aérea Designada”, es una línea aérea designada y autorizada de conformidad con el Artículo 3 de dicho Acuerdo.

En ese sentido, el Artículo 3º del MALIAT, señala que cada Parte tendrá derecho a designar *cuantas líneas aéreas desee* para operar servicios de transporte aéreo internacional de conformidad con lo establecido en el Acuerdo y a retirar o modificar dichas designaciones.

En consecuencia, es a dichas “*aerolíneas designadas*”, que el Literal b, Numeral 2 del Artículo 8º del MALIAT, otorga el derecho de realizar su propio servicio en tierra en el territorio de las otras Partes o “self-handling” o, si lo prefiere, seleccionar a alguno de entre los agentes competidores para que les proporcione tales servicios, total o parcialmente.

5. Finalmente, conviene señalar que el MALIAT establece en el Artículo 15º, que luego de la entrada en vigencia de dicho Acuerdo, entre una y cualquier otra Parte, cualquier acuerdo bilateral de transporte aéreo que exista entre ellos a la fecha de entrada en vigor *quedará suspendido y permanecerá suspendido* mientras este Acuerdo (MALIAT) continúe vigente entre ellos.

En tal virtud, a la fecha de entrada en vigencia del MALIAT, quedarían en suspenso las disposiciones del Acuerdo de Transporte Aéreo, celebrado entre Estados Unidos y Perú. Al respecto, cabe señalar que para efectos de las consultas de la GS de OSITRAN que motivan el presente informe, dicha suspensión es irrelevante, pues no se varía el contenido entre uno y otro acuerdo, respecto a las materias de consulta de la GS.

6. En tal virtud, LAP *no tiene facultad legal o contractual* para exigir a las aerolíneas norteamericanas formalmente designadas ante el Gobierno del Perú⁵, que

⁵ De conformidad y cumpliendo con el procedimiento establecido en el Artículo 3º del MALIAT.

participen en una subasta para poder prestarse a sí mismas el servicio de Rampa⁶ en el AIJCH, dado que ello constituye un derecho que les otorga una “Ley Aplicable”, la misma que LAP debe respetar en la ejecución del Literal a) del Numeral 1.2 del Anexo N° 5 del contrato de concesión. Dicha “Ley Aplicable” otorga determinado beneficio a las aerolíneas norteamericanas designadas, por lo que es un beneficio otorgado por el gobierno del Perú, que LAP no puede desconocer.

En esa línea, *por ejemplo*, en el caso hipotético que hubiera en el AIJCH un total de ocho espacios disponibles para la prestación del servicio de Rampa, y hubiera tres “*aerolíneas norteamericanas designadas*” de conformidad con el MALIAT, que quisieran realizar el servicio de self-handling, LAP no podría limitar a esas aerolíneas el derecho de auto-prestarse el servicio de Rampa, por lo que debería considerar como infraestructura disponible (para efectos de la subasta), los espacios que queden luego de otorgarse a las aerolíneas designadas los correspondientes espacios.

SEGUNDA CONSULTA DE GS:

7. Por otro lado, el Literal b del Numeral 2 del Artículo 8° del MALIAT, establece que el derecho de las aerolíneas norteamericanas de prestarse el autoservicio de Rampa, así como su derecho de que, en caso que no se presten el autoservicio, puedan elegir entre las empresas que compiten en la prestación a terceros del servicio de Rampa; sólo podrá limitarse por la existencia de restricciones físicas impuestas por consideraciones de seguridad del aeropuerto.

En consecuencia, tanto el derecho al autoservicio *como el derecho de recibir de terceros la prestación del servicio de Rampa*, podrá ser limitado *únicamente* en el caso de restricciones relativas a *seguridad aeroportuaria*. En el caso que dichas restricciones de seguridad, afectaran la capacidad de oferta de infraestructura aeroportuaria de LAP, para la prestación del servicio de Rampa, la empresa está obligada a acreditar la existencia de tales razones de seguridad, con el fin de que OSITRAN autorice la restricción de espacio en el marco del proceso de subasta y de conformidad con lo establecido en el REMA.

Consideramos que ello implica que, si LAP acredita fehacientemente ante los postores participantes en la subasta y ante OSITRAN, que existen *razones de seguridad aeroportuaria* que generan la necesidad de reducir el número de espacios para la prestación del servicio de Rampa, *en tal caso sí puede requerirse a las aerolíneas la participación en la subasta*. Si en caso contrario, LAP no acreditara ante OSITRAN el sustento técnico de la restricción de espacio basada en seguridad aeroportuaria, las aerolíneas norteamericanas gozan plenamente del derecho de auto-prestarse el servicio de Rampa.

8. Al respecto, se debe considerar que el REMA establece en el Artículo 78°, que las Entidades Prestadoras (como LAP), deberán considerar que las Bases respeten y permitan alcanzar la finalidad del Acceso, y el cumplimiento de los principios y criterios establecidos en este Reglamento, garantizando el Acceso al mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre los postores.

⁶ Realizar el servicio de self-handling.

Por ende, cualquier limitación en el número de espacios, deberá contar con el sustento técnico correspondiente con el fin de que pueda ser admisible para OSITRAN, en cumplimiento del REMA que ha aprobado y respetando lo establecido en MALIAT.

9. Así mismo, el Literal a) del Artículo 18° del REMA señala que la Entidad Prestadora, podrá exigir a los solicitantes del acceso, siempre que ello no constituya una barrera de acceso al mercado en cuestión, requisitos que se debe cumplir para otorgar el derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, **de acuerdo a lo que estipule la legislación aplicable y los respectivos contratos de concesión.**
10. En consecuencia, las limitaciones de espacio que pudiera argumentar LAP, deberán respetar MALIAT, como legislación aplicable, el contrato de concesión y el REMA.

TERCERA CONSULTA DE GS:

11. Para responder la tercera consulta de la GS, se debe señalar que del Literal b, del Numeral 2 del Artículo 8° del MALIAT, no se desprende en modo alguno que las aerolíneas designadas de las Partes, estén exoneradas de pagar el cargo de acceso correspondiente por el uso de la Plataforma a LAP, en los casos en que se presta a sí mismas el servicio de Rampa.
12. También es necesario tener presente, que de conformidad con lo que establece el D. L. N° 819, no se puede conceder exoneraciones ni beneficios por la prestación de servicios aeroportuarios.
13. Con relación al cobro del cargo de acceso por parte de LAP, se debe tomar en cuenta que el Artículo 26° de REMA, establece en el Literal c), que dentro de los principios económicos que rigen la determinación del cargo de acceso, se debe considerar la necesidad de minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva.

Del mismo modo, el Artículo 27° del REMA señala que el criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso y su modalidad de aplicación, debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura, con un margen de utilidad razonable.

14. Ello deberá ser concordado con el Artículo 4° del D. Ley N° 25988, el mismo que establece que **las empresas privadas que prestan servicios públicos, están obligadas a eliminar todo tipo de cobros que realicen u obligaciones que impongan a las empresas, por servicios que no prestan efectivamente o, que no tiene una justificación técnica.**
15. En consecuencia, LAP puede exigir a las aerolíneas norteamericanas el pago del cargo de acceso por uso de Plataforma en los casos de autoservicio de Rampa, siempre que dicho cargo *se sustente en el costo real de utilización de Plataforma*, de acuerdo a las normas mencionadas con anterioridad (D.L. N° 819, REMA y D. Ley N° 25988).

IV. CONCLUSIONES:

1. El concesionario del AIJCH no tiene facultades legales o contractuales para exigir a las aerolíneas norteamericanas formalmente designadas ante el Estado Peruano, que participen en una subasta para poder prestarse a sí mismas el servicio de Rampa en el AIJCH, puesto que ello constituye un derecho que les otorga el MALIAT que es una "Ley Aplicable", que LAP debe respetar en la ejecución del Literal a) del Numeral 1.2 del Anexo N° 5 del contrato de concesión.
2. Si la empresa concesionaria del AIJCH, acredita fehacientemente ante los postores participantes en la subasta y ante OSITRAN, que existen *razones de seguridad aeroportuaria* para reducir el número de espacios para la prestación del servicio de Rampa, podrá requerir a las aerolíneas su participación en la subasta.

Por el contrario, si LAP no cumple con acreditar ante OSITRAN el sustento técnico de la restricción basada en seguridad aeroportuaria, las aerolíneas norteamericanas designadas gozan plenamente del derecho de auto-prestarse el servicio de Rampa.

3. Del Literal b) del Numeral 2 del Artículo 8° del MALIAT, no se desprende que las aerolíneas designadas, estén exoneradas de pagar el cargo de acceso correspondiente por el uso de la Plataforma a LAP, en los casos en que realicen el servicio de self-handling.

LAP puede exigir a las aerolíneas norteamericanas el pago del cargo de acceso por uso de Plataforma en los casos de autoservicio de Rampa, siempre que dicho cargo se sustente en el costo real de utilización de Plataforma, de acuerdo a lo establecido en el D.L. N° 819, el REMA y el D.L. N° 25988.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

PBD/gsg
REG.SAL-GAL-04-762