

INFORME N° 011-05-GRE-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Propuesta de fijación de tarifa máxima para el servicio de buses para el transporte de pasajeros y tripulación desde la aeronave al terminal y viceversa en el AIJCH

Referencia : Recurso de reconsideración contra la Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN

Fecha : 23 de febrero de 2005

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 15 de octubre de 2004, mediante comunicación N° LAP-GCCO-C-2004-00078, Lima Airport Partners S.R.L (en adelante, LAP) presentó una solicitud de fijación tarifaria para el servicio de buses para el transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH para el período 2005-2007.
2. Con fecha 10 de noviembre del 2004, mediante carta LAP-GCCO-C-2004-00091, LAP solicitó la aprobación de tarifas provisionales para el servicio de buses para el transporte de pasajeros y tripulación en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (en adelante AIJCH).
3. Con fecha 12 de noviembre, se sostuvo una audiencia privada con funcionarios de las American Airlines, Aerolíneas Argentinas, Lan Perú y Varig con relación a las características del servicio de transporte de pasajeros y tripulación mediante buses que se viene prestando en el AIJCH.
4. Con fecha 15 de noviembre, mediante oficio circular N° 102-04-GRE-OSTRAN se solicitó información a las empresas de transporte aéreo con relación a las características del servicio de transportes de pasajeros y tripulación por medio de buses que se viene prestando en el AIJCH.
5. Con fecha 17 de noviembre, se sostuvo una audiencia privada con funcionarios de las empresas Aviación Líder y Aerocóndor, con relación a las características del servicio de transportes de pasajeros y tripulación por medio de buses que se viene prestando en el AIJCH.

6. Con fecha 18 de noviembre, se sostuvo una audiencia privada con funcionarios de las empresas GlobeGround Perú, con relación a las características del servicio de transporte de pasajeros y tripulación por medio de buses que se viene prestando en el AIJCH.
7. Con fecha 25 de noviembre de 2004, mediante informe N° 125-04-GAL-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Legal emitió opinión con relación a la consulta efectuada por la Gerencia de Regulación con fecha 15 de noviembre, con relación a la interpretación del Numeral 2.1.2. del Anexo N° 3, Numeral 1.1. del Apéndice 1 del Anexo N° 5 y las Fojas N° 0807 y 0811 del Capítulo Cuarto (Plan Comercial Administrativo) del Anexo 6 (Propuesta Técnica) del contrato de concesión.
8. Con fecha 26 de noviembre de 2004, se emite el Informe N° 067-04-GRE-OSITRAN.
9. Con fecha 1° de diciembre de 2004 se adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 563-155-04-CD-OSITRAN, el cual aprobó por unanimidad el Informe N° 067-04-GRE-OSITRAN, el cual concluye que la solicitud de fijación tarifaria de LAP es improcedente.
10. Con fecha 02 de diciembre se notifica a LAP la Resolución N° 059-04-CD-OSITRAN, mediante Oficio Circular N° 065-04-GG-OSITRAN.
11. Con fecha 03 de diciembre de 2004 se publica en el Diario Oficial "El Peruano", la Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN, la cual resuelve declarar improcedente la solicitud de fijación de tarifas formulada por Lima Airport Partners S.R.L. para el servicio de buses para el transporte de pasajeros y tripulación en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez".
12. Con fecha 14 de enero de 2005, LAP presenta Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN.
13. Con fecha 22 de febrero de 2005, LAP presente un escrito ampliatorio de su reconsideración.

II. OBJETO:

El objeto del presente informe es analizar el recurso de reconsideración interpuesto por LAP, contra la Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN, con el fin de determinar si existe sustento para la pretensión de dicha empresa para que se declare fundado el mencionado recurso.

III. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO PRESENTADO:

1. Tal como se mencionó, LAP solicita que se declare fundado su recurso de reconsideración y en consecuencia, se deje sin efecto la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2004-CD/OSITRAN.

La admisibilidad y procedencia del recurso presentado por LAP debe ser evaluadas en función de las normas que regulan la presentación de recursos administrativos.

2. En cuanto al plazo de presentación, el artículo 207.2 de la LPAG establece que los recursos impugnativos deben ser interpuestos dentro del plazo de quince días a partir de su notificación.

En el presente caso y tal como se mencionó, la notificación a LAP se realizó el día 02 de diciembre de 20004, de manera personal (mediante Oficio Circular N° 065-04-GG-OSITRAN) y el 03 de diciembre del mismo año mediante publicación en el diario oficial El Peruano; en cualquiera de los dos supuestos de notificación el recurso impugnativo presentado el 14 de enero de 2005, ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido para tal efecto.

3. Teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 207° y 208° de la LAPG, con relación a los requisitos concurrentes que son necesarios para la interposición válida del recurso de reconsideración, es necesario señalar lo siguiente:
 - a. LAP presentó el recurso ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - b. LAP no ha presentado nueva prueba, puesto que se trata de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.
 - c. LAP interpuso el recurso dentro del plazo de quince (15) días previsto para ello.
 - d. Los efectos de la resolución impugnada se aplican directamente sobre la empresa concesionaria, como titular del derecho de explotación del AIJCH, por lo que ostenta legítimo interés para solicitar la reconsideración.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El Recurso de Reconsideración planteado por LAP, se fundamenta principalmente en los siguientes argumentos:

- A. El servicio de Buses para el transporte de pasajeros y tripulación en el AIJCH, no se presta con carácter excepcional, por lo que no está comprendido en el listado de servicios cuyos costos están cubiertos por el pago de la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (en adelante TUUA). Con relación a ello LAP argumenta lo siguiente:
 - a. El servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave cuyo costo está cubierto por el cobro de la TUUA, es única y exclusivamente el servicio excepcional de transporte de pasajeros, que se refieran a una situación de emergencia¹ (accidentes) o en atención a usuarios que hagan uso de camillas u otra condición que justifique un trato extraordinario, que por su particularidad no pueden ser atendidas por buses o puentes de embarque².

¹ El cual según LAP no es el único servicio excepcional que está incluido en la TUUA, además está el servicio de salvamento y extinción de incendios.

² Al respecto, cabe señalar que en su solicitud para la fijación de la tarifa máxima relativa al servicio de transporte de pasajeros mediante buses, LAP menciona como ejemplo de prestación del que llama "servicio excepcional" lo siguiente: <<Entre dichos usuarios podemos citar a aquellos en camillas u otra condición que justifique un trato de carácter extraordinario (no regular)>>.

- b. El servicio nuevo de buses para el transporte de pasajeros y tripulación entre terminal y aeronave que se presta de manera regular o permanente, es un servicio de naturaleza distinta a la anterior. Esa regularidad está dada porque dicho servicio es un medio alternativo o complementario a la manga, siendo que ambos servicios son alternativos para las aerolíneas. En consecuencia, este servicio nuevo no se encuentra comprendido en el listado de servicios cuyo costo cubre el pago de la TUUA.
 - c. El Numeral 1.20 del Anexo 14 del contrato de concesión establece un cronograma de instalación de puentes de abordaje que contempla la utilización permanente de buses.
 - d. La Propuesta Técnica (Anexo 6) señala que dicho servicio se cobrará a las aerolíneas, por lo que otra característica que diferencia los servicios está dada por quién es el destinatario de mismo.
- B. Lo dispuesto en el Anexo 6 del contrato, respecto a que el servicio de buses se cobrará a las aerolíneas, no entra en contradicción respecto a lo establecido en el Anexo 3 y 5. Con relación a ello LAP argumenta lo siguiente:
- a. El Anexo 3 y Anexo 5 del contrato no aluden a que el servicio de transporte de pasajeros debe ser realizado mediante buses.
 - b. La alusión al servicio de transporte de pasajeros mediante buses sólo está contenida en el Anexo 6 del contrato.
- C. El hecho que LAP no cobre por el servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave mediante buses, no obsta para que OSITRAN atienda su solicitud de fijación tarifaria.
- D. OSITRAN debe respetar el principio reconocido en su marco regulatorio, según el cual se debe reconocer a la empresa el monto de las inversiones efectuadas, por la vía de las tarifas.
- E. La Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN es nula de pleno derecho por lo siguiente:
- a. Por lo establecido en el inciso 1 del Artículo 10° de la Ley del procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), pues se aprobó en contravención a las normas de OSITRAN que regulan la actuación de OSITRAN en materia de interpretación contractual y a lo establecido en el contrato de concesión del AIJCH.
 - b. Por lo establecido en el inciso 2 del Artículo 10° precitado, pues el acto administrativo no ha sido suficientemente motivado y porque la decisión de OSITRAN no se fundamenta en principios de interpretación establecido en el ordenamiento.

V. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

Con el fin de evaluar el sustento y validez de los argumentos que sustentan el recurso de reconsideración materia del presente informe, se determinará a continuación las cuestiones en discusión en el presente caso:

A. DE LA FORMA Y CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE SERVICIOS:

1. El principal argumento del recurso de reconsideración de LAP, consiste en sostener que el contrato de concesión establece dos servicios “de diferente naturaleza”: uno, constituido por el servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave, *de carácter excepcional*, y el otro; por el servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave, *de carácter permanente o regular*.
2. Desde una perspectiva jurídica, un servicio se define por el alcance y naturaleza de las prestaciones que se debe ejecutar en favor del usuario. Del mismo modo, se puede definir por el proceso tecnológico necesario para ejecutar la prestación correspondiente.

En ese orden de ideas, un servicio constituye una prestación sustentada en un proceso operativo y tecnológico determinado, que se brinda a un usuario a cambio del pago de una contraprestación, la que en determinados casos puede ser una tarifa o un precio.

3. Los servicios pueden estar definidos por el contrato de concesión, las normas sectoriales aplicables o en su caso, por los usos y costumbres del mercado. Lo que es cierto en cualquier caso, es que para definir un servicio (más allá de la evaluación del alcance y naturaleza de las prestaciones involucradas, así como el proceso tecnológico u operativo necesario para su prestación), existen determinadas circunstancias relacionadas a la prestación de los servicios, que no constituyen criterios aptos para definir la naturaleza de éstos.
4. En nuestra opinión, tal es el caso de la frecuencia o regularidad con que se presta un servicio, o por ejemplo, el destinatario beneficiado con la prestación de éste. La regularidad en la prestación de un servicio o el tipo de usuario al que se presta éste, en modo alguno constituyen criterios válidos para diferenciar la naturaleza de los servicios, ya que aún cuando el servicio se preste esporádica o regularmente o se preste a uno u otro usuario, la naturaleza del servicio sigue siendo la misma.
5. Al respecto, LAP sostiene que los Anexos N° 3 y 5 del contrato de concesión hacen referencia a lo que la empresa concesionaria denomina “servicio *excepcional* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave”. Del mismo modo, sostiene que a diferencia de los precitados anexos del contrato, el Anexo N° 6 (Propuesta Técnica del concesionario), alude a “un servicio de naturaleza distinta” al anterior, que la empresa concesionaria denomina “servicio *permanente o regular* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave”.
6. Para tal efecto, LAP señala en su escrito ampliatorio que el “servicio *permanente o regular* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave”, a diferencia “del otro”, está destinado a mantener altos niveles de servicios y gravar a las aerolíneas, además es una actividad propuesta por el concesionario.

Lo primero que se debe señalar respecto a dicha argumentación, es que los Anexos 3, el Anexo 5 e incluso la Propuesta Técnica (Anexo 6), aluden exactamente al mismo servicio, al “Servicio de Transporte (o traslado) de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”; lo cual será desarrollado más adelante. Asimismo, con relación a las supuestas diferencias que LAP arguye que existen, se debe señalar que de acuerdo al contrato de concesión LAP tiene la obligación de mantener altos niveles de servicio *en todas las operaciones que realiza*, lo que ciertamente incluye todos los servicios que comprenden el paquete de servicios cuyo costo está cubierto por el pago de la TUUA.

Asimismo, respecto a las otras dos supuestas diferencias, se debe señalar que LAP no desvirtúa el hecho de que no hay dos prestaciones intrínsecamente diferentes (sustentadas en dos procesos operativos y tecnológicos diferentes), a favor de los usuarios. En cualquier caso lo que se hace es transportar a los pasajeros entre el terminal y la aeronave que está en posición remota.

7. Como se mencionó, atendiendo al criterio de interpretación literal, se debe señalar que el Anexo 3, el Anexo 5, y Anexo 6 (Propuesta Técnica)³ del contrato de concesión, son consistentes al referirse, utilizando la misma terminología, al mismo e idéntico servicio: **“Servicio de Transporte (o traslado) de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”**.

En efecto, **todas esas disposiciones contractuales aluden, con los mismos términos, a un único e idéntico servicio aeroportuario**. En ese sentido, sin perjuicio de analizar la validez de las interpretaciones efectuadas por la empresa concesionaria, es necesario ser claro en el sentido que **el contrato de concesión no alude en modo alguno a dos servicios diferentes de transporte de pasajeros entre terminal y avión**. Así, es claro que LAP presenta sus argumentaciones sobre la base de diferencias que el contrato no hace ni implícita ni explícitamente.

8. Asimismo, con relación a las argumentaciones de la empresa concesionaria se debe tomar en cuenta lo siguiente:
 - a. No existe ninguna disposición contractual, ni normativa, que defina ni diferencie el supuesto “servicio *excepcional* de transporte de pasajeros entre terminal y avión” en contraposición al supuesto “servicio *regular* de pasajeros terminal avión”. Es más, el Anexo 6 (Propuesta Técnica) del contrato de concesión no hace referencia alguna a un servicio “*regular* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave”. Si lo que la empresa concesionaria señala fuese correcto, esa regularidad habría tenido que ser desarrollada en la Propuesta Técnica, con el fin de diferenciar tal servicio de aquel a que se refieren los Anexos 3 y 5.

Por tanto, es necesario enfatizar el hecho que el contrato de concesión no alude ni expresa ni implícitamente al denominado por LAP, servicio “regular” de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave.

³ A fojas 0811.

- b. Apartándose del criterio de interpretación literal y del criterio de interpretación sistemático, LAP asimila erróneamente y sin demostrar ninguna base contractual ni normativa que lo sustente, el servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave, a que se refiere el Anexo 3, 5 y 6 del contrato de concesión; con un servicio que según ésta se brinda a los pasajeros ocasionalmente, en situaciones de emergencia o urgencia médica (aludiéndose por ello a que puede prestarse por ejemplo mediante ambulancias).

En efecto, más allá de lo que implícita o explícitamente establece el contrato de concesión, LAP señala que el servicio que el contrato de concesión denomina específicamente como “servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”, corresponde al traslado de pasajeros en casos de emergencia o urgencia médica. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, no existe disposición contractual alguna que sustente la validez de tal asimilación por parte de la empresa concesionaria.

- c. Respecto al “servicio ocasional de transporte de pasajeros en casos de emergencia o urgencia médica” al que LAP se refiere (con relación al cual el contrato de concesión no hace alusión alguna); de acuerdo a los usos y costumbres del negocio aeroportuario (incluyendo al Perú), ordinariamente forma parte de los servicios que habitualmente se presta dentro del paquete de servicios que sustenta el pago de la TUUA⁴. Ello, guarda concordancia con lo establecido en la “cláusula general” del punto 2 del Anexo 3 (“Operaciones No Principales”), que establece <<Estos servicios **son entre otros, los que se detallan a continuación**>>. En ese sentido, el servicio ocasional de transporte de pasajeros en casos de emergencia o urgencia médica, que de manera sorprendente LAP asimila al “servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”, está comprendido en el paquete de servicios que sustenta el cobro de la TUUA.
- d. Consideramos que la diferenciación que LAP arguye que existe, con el fin de fundamentar su pretensión a cerca de la existencia de dos servicios de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave “de diferente naturaleza”; basándose en la regularidad de la prestación del servicio, no responde ni a una real diferencia en la naturaleza del servicio, ni menos aún a una diferencia en el procedimiento operativo a tecnológico que es necesario para transportar o trasladar a un pasajero entre el terminal y la aeronave o avión. Prestar el referido servicio “excepcionalmente” o regularmente, implica para el usuario exactamente la misma prestación: el transporte entre el terminal y la aeronave. En ese sentido, no es posible sostener que existe sustento técnico que acredite la existencia de dos servicios de diferente naturaleza.
- e. Es claro que de acuerdo a una interpretación literal y sistemática de **los Anexo 3, 5 y 6 del contrato de concesión, se refieren utilizando la misma terminología en todos esos casos a un único y mismo**

⁴ De hecho, este servicio se presta en el AIJCH, el mismo que no se cobra por formar parte del paquete de servicios que sustenta el cobro de la TUUA.

servicio, que es el “Servicio de Transporte (o traslado) de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”.

- f. Ese único y mismo “Servicio de Transporte (o traslado) de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)” a que hace referencia el contrato de concesión en sus diversas estipulaciones contractuales, es claramente parte del paquete de servicios a que se refiere el Apéndice N° 1 del Anexo N° 5. Por lo que, de acuerdo a lo establecido expresamente en el contrato de concesión, los costos de prestación de dicho servicio, están cubiertos por la por el pago de la TUUA.
9. Lo anterior, guarda concordancia con lo establecido en el Numeral 1.54 de la cláusula primera del contrato de concesión, que define a los servicios aeroportuarios del modo siguiente:

<<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.>>

A modo de ejemplo, conviene considerar que si se aceptara la argumentación de la empresa concesionaria, el “Servicio de Transporte de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”, a que se refieren los Anexos 3, 5 y 6, no podría ser considerado un “servicio aeroportuario”, dado que en los términos de LAP éste sería “excepcional”, por lo tanto, no sería “habitual” y por lo tanto, no podría ser considerado un servicio aeroportuario. Con ello, habría una contradicción de fondo en el contrato de concesión.

Como es evidente, la argumentación de LAP no tiene asidero alguno ni en el contrato de concesión (que expresamente define un solo “Servicio de Transporte de Pasajeros entre terminal y aeronave como un servicio aeroportuario), ni en los usos y costumbres del negocio aeroportuario, que considera al servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave como un servicio aeroportuario.

10. La interpretación que LAP efectúa respecto a la supuesta existencia de un servicio *excepcional* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave, diferente a otro denominado servicio *regular* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave, se basa en una concepción muy particular acerca del alcance del término “excepcionalmente” a que se refiere el Numeral 2.1.2, del Punto 2 “Servicios Aeroportuarios con relación a la TUUA”, del acápite 2 “Operaciones No Principales”, del Anexo 3 (“Operaciones que se lleva a cabo en el Aeropuerto”). A partir tal interpretación, LAP construye la supuesta existencia de una diferencia en la naturaleza en la prestación de los servicios. Al respecto, el significado y alcance que LAP pretende dar referido término, es asistemática y descontextualizada.

Adicionalmente, como se desarrollará más adelante, la argumentación de LAP lleva al absurdo, pues tal como ésta misma señala en su escrito de reconsideración, está obligada a instalar progresivamente un porcentaje mayoritario de mangas, (90% desde el vigésimo quinto año de vigencia del

contrato de concesión), por lo que en la lógica de la empresa concesionaria, el mismo servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave mediante buses, en un momento determinado de la concesión sería “regular”, y en otro momento será “excepcional” respecto al uso de mangas. Con esa argumentación, se tendría que en determinado momento, el mismo servicio podría tener una tarifa propia, y posteriormente, una vez que se atendiera sólo el 10% de las aeronaves mediante buses, ésta tarifa debería eliminarse, como consecuencia de que el servicio estaría comprendido dentro de paquete que sustenta el cobro de la TUUA, al haberse convertido en “excepcional”.

B. DE LA RELACION OPERACIONAL QUE EXISTE ENTRE EL SERVICIO DE PUENTES DE ABORDAJE Y EL SERVICIO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS Y TRIPULACION ENTRE TERMINAL Y AERONAVE:

Una vez desvirtuada la interpretación efectuada por LAP con relación a la existencia de dos servicios de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave de diferente naturaleza, con base a un desarrollo del término “excepcionalmente”, estableceremos el significado de dicho término, considerando lo establecido en el contrato de concesión, así como el planteamiento de los procedimientos operacionales que llevará a cabo la empresa concesionaria.

11. Considerando que la regularidad en la prestación de un servicio no es un criterio apto para definir la naturaleza del servicio, y sin perjuicio de todo lo señalado con anterioridad, se debe tomar en cuenta que con el fin de fundamentar la existencia de dos servicios de diferente naturaleza, LAP pretende dar un determinado alcance al término “excepcionalmente”, Al respecto, se debe tomar en cuenta lo que establece la cláusula primera del contrato de concesión:

<<Cualquier término que no se halle definido en el presente Contrato tendrá el significado que le atribuyan las Bases, y en caso dicho término no esté definido en las Bases, tendrá el significado que le asignen las Leyes Aplicables, y, en su defecto, **el significado que se le dé al mismo en el curso normal de las operaciones aeroportuarias en el Perú.**>>

12. En ese sentido, es necesario considerar cuál es el verdadero alcance del término “excepcionalmente”, a que alude el Numeral 2.1.2. del Punto 2.1, denominado “Servicios aeroportuarios con relación a la TUUA”, de acápite 2, denominado “Operaciones No Principales” del Anexo 3 del contrato de concesión.
13. Al respecto, de acuerdo al numeral 2.1 del contrato de concesión, es obligación de LAP la “asignación de slots de aterrizaje y despegue”. Así mismo, existe desde el punto de vista operacional, una relación directa entre la utilización de puentes de abordaje y el transporte de pasajeros y tripulación del terminal a la aeronave mediante buses; relación que genera la obligación de LAP, de establecer una serie de criterios operacionales de asignación de las posiciones de contacto y buses.
14. La empresa concesionaria ha señalado en su escrito de reconsideración, así como en su escrito ampliatorio, que el servicio de buses “se encuentra previsto como **un medio alternativo y/o complementario” al uso de**

puentes de embarque para el transporte de pasajeros desde la aeronave al terminal.

Al respecto, es necesario enfatizar que LAP ha establecido, en su escrito de reconsideración y en el ampliatorio, una relación operacional errónea entre los puentes de abordaje y los buses, pues **el servicio de buses no es un medio “alternativo y/o complementario” al uso de puentes de embarque.**

Si se tratara de servicios alternativos, tendría que sostenerse necesariamente que las aerolíneas están en facultad de elegir, indicando a LAP si prefieren la utilización del servicio de puentes de abordaje, o si prefieren la utilización del servicio de transporte de pasajeros mediante buses.

15. Al respecto, se debe señalar que **de acuerdo al curso normal de las operaciones aeroportuarias en el Perú y a nivel internacional, la relación operacional que existe entre puentes de abordaje y buses es de suplementariedad.**

En efecto, sólo se utiliza los buses en la medida que no sea posible la utilización de los puentes de abordaje. Por tanto, la utilización de los buses para el transporte o traslado de pasajeros y tripulación, sólo se da *en defecto* de la utilización de las **mangas, las cuales prevalecen sobre el uso de los buses.** En ese sentido, es incorrecta desde todo punto de vista la relación operacional de alternatividad o complementariedad que LAP señala que existe entre la utilización de buses y la utilización de mangas. (para efectos de la impugnación materia del presente informe).

La alusión del Anexo 3 respecto a que el “servicio de Transporte de Pasajeros (Terminal – Avión)”, es el servicio que se presta en el Aeropuerto a fin de transportar, *en casos excepcionales*, a los pasajeros desde/hacia las aeronaves y el pasaje de llegada del Espigón Internacional”; alude precisamente a que sólo en el caso que no sea posible la utilización de los puentes de embarque, se utilizará excepcionalmente los buses. En tal virtud, la “excepcionalidad” a que alude dicha disposición contractual, no se refiere en modo alguno a la regularidad con que se presta el servicio de transporte de pasajeros con buses, sino a la prevalencia de la utilización de las mangas sobre los buses, la cual es usual en el curso de este tipo de operaciones en todo el mundo.

16. Tan es así, que con motivo de la exposición oral de sus propuestas tarifarias (relativas a de puentes de embarque y buses), LAP ha ratificado ante OSITRAN la mencionada relación de suplementariedad que existe entre los puentes de abordaje y los buses. Del mismo modo, en la Reunión de Trabajo N° 05-05 de fecha 10 de febrero último, LAP estableció y detalló las “reglas generales para la asignación de las posiciones de estacionamiento”, así como los “criterios de asignación de posiciones de contacto”⁵.

⁵ Al respecto, mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2005-00023, de fecha 18 de febrero último, LAP remitió a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la sección de la presentación efectuada como parte de la Reunión de trabajo N° 05-05 de fecha 10/02/05.

En efecto, dentro de las “reglas generales para la asignación de las posiciones de estacionamiento”, LAP señala expresamente lo siguiente: “el Desembarque y embarque de pasajeros será por los Puentes de Embarque/Desembarque (PLBs), **como primera opción**, de acuerdo a los procedimientos de LAP”. De este modo, como Operador del Aeropuerto, LAP ha señalado que asignará “con criterio operacional” la posición de estacionamiento a ser utilizada por la aerolínea. En ese sentido, LAP ha detallado ante OSITRAN una serie de criterios operacionales con base a los cuales se asigna la utilización de los puentes de abordaje de manera preferente a la utilización de los buses.

En ese sentido, las argumentaciones de LAP respecto a que, la declaración de improcedencia de la fijación de una tarifa para el servicio de transporte de pasajeros y tripulación entre terminal y aeronave; afectará el uso de los puentes de abordaje, carece de sustento, pues es claro que existe una relación natural de complementariedad entre puentes de abordaje y buses, la que la misma empresa concesionaria ha señalado que recogerá en la implementación del procedimiento de uso de los puentes de abordaje. Por tanto, carece de sustento la afirmación relativa a que “las aerolíneas solicitarán el uso indiscriminado y mayoritario de las posiciones remotas, no obstante la disponibilidad de los puentes de embarque y el hecho que las características de las aeronaves y/o el tráfico de aeronaves involucradas no lo justifique objetivamente”. Ello, porque LAP ha señalado que asignará los puentes de embarque como “primera opción” sobre la base de una serie de criterios operacionales.

17. En consecuencia, queda claro que la alusión al término “excepcionalmente” a que se refiere el Anexo 3 del contrato de concesión, se refiere precisamente a que la utilización de los puentes de embarque no es en absoluto “alternativa” a la utilización de los buses, sino que por el contrario, se trata de una relación de complementariedad y subordinación, la que existe entre la utilización de mangas sobre la utilización de los buses, lo cual corresponde al curso normal de estas operaciones en el Perú y el mundo.

C. DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURIDICA DE LA RESOLUCION IMPUGNADA:

18. Con el fin de analizar si las argumentaciones de LAP con relación a que la interpretación contractual efectuada de OSITRAN, viola algún principio de interpretación jurídica, sintetizando lo señalado en el punto “A” del acápite quinta del presente informe, “Análisis de las cuestiones en discusión”, debemos señalar lo siguiente:
 - a. La Cláusula Primera y el Numeral 24.12 del Contrato de Concesión recogen el llamado “principio de integración” instrumental del contrato⁶,

⁶ Respecto al “principio de integración” instrumental del Contrato, Roberto Dromi⁶, tratadista argentino, señala lo siguiente al referirse al *pliego*⁶ como fuente de interpretación del Contrato:

<<El contrato debe ser interpretado en el marco de las obligaciones descriptas en los pliegos en general, particular y de especificaciones técnicas, y en la restante documentación licitatoria. Esta es una consecuencia obligada del principio de “integración” instrumental del contrato y de

según el cual, los documentos de la licitación completan un todo con la formalización escrita del vínculo contractual, integrando el contrato y pasando a formar parte de él.

- b. Desde una interpretación literal y sistemática de lo establecido en los Anexos 3, 5 y 6, es claro que todos ellos se refieren al un único e idéntico servicio, que es el “Servicio de Transporte (o traslado) de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”. Asimismo, es claro que el contrato de concesión no define ni implícita ni explícitamente un “servicio *excepcional* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave”, como tampoco a un “servicio *regular* de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave”.
- c. El alcance que LAP efectúa con relación al término “excepcionalmente”, para fundamentar una supuesta existencia de servicios de diferente naturaleza, se aparta de lo que explícita o implícitamente establece el contrato de concesión, del curso normal que las operaciones involucradas tiene en el Perú y el mundo, así como de cualquier criterio técnicamente sustentable para determinar la naturaleza de los servicios.

19. Respecto a las argumentaciones de LAP en el sentido que en su propuesta técnica se establece que el servicio de bus se cobrará a las aerolíneas⁷, o que un elemento tarifario nuevo a implementarse es el servicio de traslado de pasajeros en ómnibus a posiciones remotas⁸, se debe tomar en cuenta que la Propuesta Técnica (Anexo N° 6 del Contrato), constituye la oferta del Concesionario y expresa la voluntad de éste, voluntad que necesariamente **se forma determinada por el contenido de las Bases**, la misma que comprende el proyecto de Contrato de Concesión y sus anexos.

En ese sentido, es claro que si existe alguna discrepancia entre lo dispuesto en el contrato de concesión y la propuesta técnica, prima lo establecido en el contrato de concesión, en la medida que éste constituye la voluntad del Estado, la cual es determinante en la formación de la propuesta del concesionario y en el acuerdo de voluntades constituido por el contrato de concesión en su conjunto.

20. En ese sentido, la Propuesta Técnica (Anexo 6 del contrato) está condicionada a lo establecido en el Contrato de Concesión. Asimismo, se debe considerar que la Propuesta Técnica se elabora y presenta en el tiempo, antes del nacimiento propiamente dicho del Contrato de Concesión,

considerar al pliego, como ley del contrato⁶, es decir durante su ejecución. El pliego es una fuente de interpretación del contrato; es decir, que ante dudas o ambigüedades en el texto del contrato y en sus documentos integrantes, se debe recurrir al pliego para su interpretación. (...). La frecuente afirmación de que el pliego de condiciones es “la ley del contrato”, debe entenderse en el sentido de **norma general reguladora del procedimiento de preparación y ejecución contractual**. Así se ha entendido que: “Adjudicada la licitación y celebrado el contrato, el pliego de condiciones forma parte integrante del mismo, y asume, por consiguiente, una importancia incuestionable en la interpretación de aquél. Es por ello que los derechos y obligaciones contractuales de las partes, deben ser examinados con sujeción a los actos que contribuyen a su formación>>.”

⁷ A fojas 0811.

⁸ A fojas 0802.

en el acto de su suscripción y que cuando ésta se presenta, el postor no sabe si ganará a no, siendo que la voluntad común de las partes se formaliza con el acto de suscripción. En ese sentido, considerando que la Propuesta Técnica se basa, nace condicionada y está determinada por el contenido del proyecto del contrato de concesión y sus Anexos (que integran las Bases de la Licitación); se debe concluir que el Numeral 1.54, el Anexo N° 3, y el Anexo 5, priman sobre lo establecido en el Anexo 6.

21. Adicionalmente, se debe considerar que la Propuesta Técnica contiene en determinados casos disposiciones referenciales, que dependen y se someten a lo establecido en el contrato de concesión, de lo establecido en las Leyes Aplicables y de las propias decisiones empresariales que adopte la empresa concesionaria⁹.

D. DE LA VALIDEZ DE LA RESOLUCION IMPUGNADA:

22. Tal como se ha señalado, la Resolución materia de impugnación ha efectuado una interpretación literal y sistemática de lo establecido en el Numeral 1.54, Anexo 3, 5 y 6 del contrato de concesión. Dichos criterios de interpretación a los que se hace referencia en los “Lineamientos para la Interpretación, Modificación, y reconversión de los contratos de concesión”, han sido estrictamente aplicados por OSITRAN en la Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN. Del mismo modo, no existe en la Resolución N° 059-2004-CD/OSITRAN ninguna contravención a las “Leyes Aplicables”¹⁰ o las “Normas”¹¹.
23. Por el contrario, consideramos que la interpretación esgrimida por LAP en su recurso de reconsideración, en el sentido que el contrato define dos servicios de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave (de diferente naturaleza), planteando para tal efecto una interpretación del alcance del término “excepcionalmente”; se opone directamente a lo establecido por el criterio de interpretación literal y sistemático del contrato de concesión, lo cual contraviene lo dispuesto en el Numeral 24.12 del contrato de concesión, se opone al curso normal de los servicios involucrados en el Perú y el mundo (a que se refiere la cláusula primera) y a cualquier criterio técnicamente sustentable para definir la naturaleza de un servicio.
24. Respecto a los criterios tarifarios contenidos en el Reglamento General de Tarifas y el Reglamento Marco de Acceso a la infraestructura de transporte de uso Público, a los que LAP alude en su escrito de reconsideración, es

⁹ Por ejemplo, en la Propuesta Técnica podría señalarse que se cobrará una tarifa fijada por OSITRAN, en el caso de un servicio que se presta en condiciones de competencia en el momento que se pide la fijación tarifaria. En tal caso, en aplicación de las Leyes Aplicables (de obligatorio cumplimiento para la empresa concesionaria), debería declararse improcedente la fijación de tarifa solicitada, por no haberse cumplido el pre-requisito legal que faculta a la fijación tarifaria, consistente en que dicho servicio no se preste en condiciones de competencia. Otro ejemplo que se puede mencionar, es el que se menciona a fojas 0811 de la Propuesta Técnica, que señala que “Los cargos de los servicios de Transporte de Pasajeros serán los mismos como para los Puentes de Abordaje”. Si ello no se considerara referencial, LAP tendría que haber propuesto a OSITRAN que fije una tarifa para el caso de puentes de abordaje, igual a la que pretende que se fije para buses.

¹⁰ Definidas en el Numeral 1.28 del contrato de concesión.

¹¹ Definidas en el Numeral 1.35 del contrato de concesión, lo que incluye el Reglamento General de Tarifas y el Reglamento Marco de Acceso a la infraestructura de transporte de uso Público.

necesario tomar en cuenta que OSITRAN no ha transgredido ninguno de ellos, puesto que los diez (10) buses que actualmente prestan el servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave en el AIJCH, han sido adquiridos por la empresa GLOBEGROUND CHILE S.A. SUCURSAL PERU¹², empresa con quien LAP ha suscrito un contrato de operación el 13 de junio de 2003, el mismo que estará vigente hasta el 14 de junio de 2010.

25. En este sentido, si bien el contrato de concesión establece expresamente que el costo del “Servicio de Transporte (o traslado) de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”, está cubierto por el pago de la TUUA que efectúan los pasajeros, el contrato de concesión no impide que el servicio lo preste de manera efectiva un Operador Secundario. Como es el caso de GLOBEGROUND. En ese sentido, no es procedente la solicitud de la empresa concesionaria en el sentido que la tarifa cuya fijación solicita, considere “retornos adecuados” a una inversión que ésta no ha efectuado.

VI. CONCLUSIONES:

1. El Anexo 3, Anexo 5 y Anexo 6 del contrato de concesión del AIJCH, se refieren en todos los casos a un único e idéntico “Servicio de Transporte (o traslado) de Pasajeros entre terminal y aeronave (o avión)”. Los costos de dicho servicio están, por disposición expresa del Anexo N° 5 del contrato, cubiertos con el pago de la TUUA.
2. De acuerdo a una interpretación literal y sistemática de lo establecido en el Numeral 1.54, Anexo 3, Anexo 5 y Anexo 6 del contrato de concesión, es claro que éste no define ni explícita ni implícitamente, dos servicios de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave de diferente naturaleza, sobre la base de la regularidad de prestación del servicio.
3. La interpretación que LAP efectúa con relación al alcance del término “excepcionalmente”, para fundamentar una supuesta existencia de servicios de diferente naturaleza, se aparta de lo que explícita o implícitamente establecen: (i) El contrato de concesión; (ii) El curso normal que las operaciones involucradas tienen en el Perú y el mundo; y, (3) Cualquier criterio técnicamente sustentable para determinar la naturaleza de los servicios. Se aparta también de lo expresado por la misma empresa concesionaria ante OSITRAN, verbalmente y por escrito.
4. De acuerdo al curso normal de las operaciones aeroportuarias en el Perú y el mundo, la relación operacional que existe entre puentes de abordaje y buses es de complementariedad, por lo que es incorrecto señalar que se trata de servicios alternativos o complementarios.
5. La “excepcionalidad” a que alude en Anexo 3 del contrato de concesión, no se refiere en modo alguno a la regularidad con que se presta el servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave; el cual no es criterio para definir un servicio, sino a la preferencia de la utilización de las mangas sobre la utilización de buses.

¹² Cuatro de ellos directamente y seis de ellos mediante el sistema de Leasing.

6. Si existe alguna discrepancia entre lo dispuesto en el contrato de concesión y alguna disposición referencial establecida en la propuesta técnica, prima lo establecido en el contrato de concesión, el mismo que constituye la voluntad del Estado, determinante en el acuerdo de voluntades constituido por el contrato de concesión en su conjunto.
7. No es procedente la solicitud de la empresa concesionaria en el sentido que la tarifa cuya fijación solicita, considere “retornos adecuados” a la inversión puesto que ésta ha sido efectuada por un Operador Secundario y no por LAP.
8. La Resolución N° 059-04-CD-OSITRAN recoge una interpretación literal y sistemática de lo establecido en el Numeral 1.54, Anexo 3, 5 y 6 del contrato de concesión, la cual está en concordancia con lo establecido en el Numeral 24.12 del contrato de concesión, así como las “Leyes Aplicables” y las “Normas”.

VII. RECOMENDACIÓN:

Someter el presente informe a consideración del Consejo Directivo, recomendando que se declare INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L, sobre la base de los argumentos sustentados en el presente informe; y, en consecuencia, confirmar la Resolución N° 059-04-CD-OSITRAN, que declara IMPROCEDENTE la solicitud de fijación de la tarifa para el Servicio de transporte o traslado de pasajeros entre el terminal y la aeronave o avión mediante Buses.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DÍAZ
Gerente de Regulación

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal