

INFORME N° 013 -06-GRE-GAL-OSITRAN

A: Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

De: Gonzalo Ruiz Días
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto: Recurso de Reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L. y la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional, contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 755-200-06-CD-OSITRAN, y la Resolución N° 011-CD-OSITRAN-CD-OSITRAN, que aprueba el Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCh)

Referencia: Escritos de fecha 24 y 27 de marzo de 2006, respectivamente presentados por LAP y AETAI

Fecha: 05 de mayo de 2006

I. ANTECEDENTES:

- a. Con fecha 25 de agosto de 2005, mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2005-00119, Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) solicitó a OSITRAN la aprobación de un Contrato Tipo de Acceso para el uso de oficinas operativas para aerolíneas en el AIJCh.
- b. El 26 de diciembre de 2005, OSITRAN cumplió con prepublicar el proyecto correspondiente, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados, los mismos que no tienen carácter vinculante.
- c. El 27 de febrero del año 2006 y después de haber llevado a cabo talleres de trabajo con LAP y las aerolíneas integrantes de la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional (AETAI), y haber procesado los comentarios y observaciones presentadas por los interesados; mediante el Acuerdo de Consejo Directivo N° 755-200-06-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el proyecto de Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas del AIJCh y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo correspondiente.
- d. 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.
- e. Con fecha 06 de marzo de 2006, mediante Oficio N° 012-06-SCD-OSITRAN, se notificó a LAP la Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, que aprueba el Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCh.

- f. El mismo 06 de marzo del año 2006, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución de Consejo Directivo de OSITRAN N° 011-2006-CD-OSITRAN.
- g. 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.
- h. El 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.
- i. El 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.

II. OBJETIVO:

El objetivo del presente informe es evaluar la procedencia de los Recursos de Reconsideración presentados por LAP y AETAI, en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 755-200-06-CD-OSITRAN y la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2006-CD-OSITRAN, respectivamente, así como de la reclamación presentada por LAN PERU; con relación a la aprobación por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, del Contrato Tipo de Acceso a las oficinas operativas para aerolíneas en el AIJCh.

III. RESPECTO A LA NATURALEZA DE LA APROBACIÓN EFECTUADA POR OSITRAN Y LA VÍA DE IMPUGNACIÓN CORRESPONDIENTE:

1. El Literal c) del Numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley N° 27332 Ley Marco de los Organismos Reguladores (LMOR), modificada por Ley N° 27631, establece que la función normativa de los Organismos Reguladores (OR) comprende lo siguiente:

<< c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, **los reglamentos, normas que regulen 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

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador .>>

2. De este modo y de acuerdo a lo establecido por el marco legal, es claro que en ejercicio de su función normativa, los OR pueden dictar Reglamentos u otras normas de carácter general; o, mandatos u “normas de carácter particular”, las cuales en definitiva, constituyen actos administrativos, propiamente dichos.
3. Asimismo, el Artículo 2° del Reglamento de la LMOR, aprobado mediante D.S. N° 042-2005-PCM, establece lo siguiente:

<<Artículo 2°.- Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores

La función reguladora y normativa general señalada en los literales b) y c) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador.>>

4. En ese sentido, con el fin de determinar el régimen jurídico aplicable a una decisión del OR, dentro de lo que está comprendida necesariamente la vía de impugnación correspondiente; es necesario determinar en primer lugar, si se está ante un acto administrativo o ante una norma de carácter general.
5. El Artículo 24° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante D.S. N° 010-2001-PCM, establece lo siguiente, con relación a las normas que puede dictarse en ejercicio de la función normativa:

<< Artículo 24.- Normas que Pueden Dictarse en Ejercicio de la Función Normativa.

En ejercicio de la función normativa pueden dictarse Reglamentos y normas de carácter general referidos a los siguientes asuntos:

(...)

h) Condiciones de acceso a la INFRAESTRUCTURA 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, **pudiendo excepcionalmente aprobar los formatos de contratos, de ser ello necesario.>>**

6. Del mismo modo, el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN y modificado mediante Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN, establece lo siguiente:

<<Artículo 42°.- Contratos tipo de Acceso.

OSITRAN podrá aprobar contratos tipo que tienen por objeto facilitar las negociaciones entre las partes, reducir potenciales dilaciones al Acceso y reducir los costos de transacción. Su uso será obligatorio en los casos que establezca OSITRAN.

Previo a la aprobación de los contratos tipo, OSITRAN los prepublicará con la finalidad de recabar comentarios de las entidades prestadoras y de los usuarios intermedios en un plazo no menor a diez (10) días.>>

7. Por lo expuesto, es necesario considerar qué naturaleza tiene aquello que ha sido materia de aprobación mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN. De acuerdo al Artículo 1° de dicha resolución, ésta aprobó el Contrato Tipo de Acceso a las Oficinas Operativas del AIJCH.

Al respecto, la precitada resolución establece expresamente lo siguiente, en su parte considerativa:

<< Que, en consecuencia, **las condiciones generales de acceso que se aprueban mediante la presente Resolución buscan reducir los costos de transacción de las negociaciones que deberá llevar a cabo la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), con las distintas aerolíneas usuarias del AIJCh (usuarios intermedios) de acuerdo al REMA; estableciendo condiciones generales de acceso, sin sustituir totalmente la voluntad de las partes, respecto al cargo y otras condiciones específicas de acceso que deben ser negociadas por las partes de acuerdo a los criterios y procedimientos establecidos en el REMA, y a las valoraciones e intereses particulares de las partes en cada caso;**

Que, de acuerdo a lo anterior, **las condiciones generales de acceso establecidas en el Contrato Tipo aprobado por OSITRAN, deberán ser incorporadas por LAP y las aerolíneas, consolidando de ese modo el proyecto de contrato de acceso que deberá ser remitido a OSITRAN para su revisión**, de conformidad al artículo 74° del REMA;>>

8. De acuerdo a lo anterior, es claro que OSITRAN aprobó condiciones generales de acceso a la **infraestructura** aeroportuaria del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”¹.

Asimismo, se debe considerar que tales condiciones generales de acceso se aplicarán obligatoria y genéricamente, a todos los Usuarios Intermedios (en este caso aerolíneas), que requieran utilizar áreas destinadas para oficinas operativas, las que de acuerdo al Anexo N° 1 del REMA, están calificadas como Facilidades Esenciales.

9. En este orden de ideas, en concordancia con lo establecido en el Artículo 24° del REGO de OSITRAN, se debe señalar que el ordenamiento legal precitado, ha efectuado una calificación expresa de las condiciones generales de acceso, como “norma de carácter general”.

10. También es necesario señalar que en concordancia con lo que establece el Artículo 26° del REGO (respecto a los requisitos necesarios para la aprobación de los Reglamentos, normas y regulaciones de alcance general que dicte OSITRAN); el proyecto de Contrato Tipo para Oficinas Operativas en el AIJCh, fue prepublicado con fecha 26 de diciembre de 2005.

11. Asimismo, el Artículo 3° del D.S. N° 018-97-PCM (que presisa el régimen de gratuidad de las publicaciones que se realicen en el Diario Oficial El Peruano), establece lo siguiente con relación a las normas de carácter general:

<<Artículo 3°.- A efectos de lo dispuesto en el Artículo primero, se entienden por normas de carácter general a **aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas, y que dada la naturaleza del dispositivo**, su contenido debe ser puesto en conocimiento de todas las personas, pues **podría demandar de cualquiera de ellas, el cumplimiento de una obligación o un derecho, o generar otra consecuencia jurídica.**>>

12. Al respecto, se debe tomar en cuenta que las condiciones generales de acceso aprobadas mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, no crean por sí mismas la relación de acceso, sino que éstas deben ser obligatoriamente 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.

¹ El Artículo 1° del REGO de OSITRAN define INFRAESTRUCTURA del modo siguiente:

<<INFRAESTRUCTURA: Es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los USUARIOS y por los cuales se cobre una prestación.

La INFRAESTRUCTURA puede ser aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional y regional de carreteras y otras de transporte de uso público.>>

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 74º del REMA para su revisión.

13. En tal sentido, la Resolución N° 011-2006-CD-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.
14. Adicionalmente, existen criterios doctrinales que conviene tomar en cuenta, respecto a la diferenciación entre norma y acto administrativo.

En efecto, Eduardo García de Enterría² señala lo siguiente:

<< La distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo <<ordenado>>, producido en el seno del ordenamiento y por este previsto como simple aplicación del mismo. El Reglamento **innova el ordenamiento** (deroga otro Reglamento anterior, **crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos**), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto. >>

Del mismo modo, José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra señalan lo siguiente:

<< (...) lo que define propiamente a las normas no es la configuración del supuesto de hecho ni el carácter general de sus destinatarios, **sino su permanencia en el Ordenamiento y la posibilidad de ser indefinidamente aplicadas**. Es decir, estaremos en presencia de una norma siempre que **su contenido no se extinga en su aplicación**, así, una innovación del Ordenamiento Jurídico. (...)

El acto como tal es *algo ordenado* en el sentido de que *aplica* la consecuencia jurídica prevista en una norma. Por el contrario, **las normas ordenan al establecer reglas generales que pasan a integrarse al Ordenamiento jurídico. Si se trata de la regulación de un caso repetible se está ante un supuesto abstracto y, por consiguiente, ante una norma**, mientras que si el supuesto no es repetible o se agota, se trata de un acto.>>

15. Asimismo, Juan Alfonso Santamaría Pastor³ establece en términos generales los siguientes criterios de distinción entre normas y actos administrativos:

- *Generalidad en sentido subjetivo:*

El reglamento es general cuando sus destinatarios se encuentran definidos de modo impersonal, como pertenecientes a una categoría abstracta, en tanto que el acto administrativo tendría como destinatarios a una o varias personas inequívoca e individualmente identificadas, o identificables.

- *Abstracción o generalidad en sentido objetivo:*

Lo que identifica a los reglamentos no es el modo de definición del círculo de destinatarios, ni el número de éstos, sino el carácter abstracto del objetivo de

² En “Curso de Derecho Administrativo I”, página 183, Edición Civitas, Décima Edición.

³ En “Fundamentos de Derecho Administrativo”, páginas 721 y 722, Editorial Centro de Estudios Ramón Garcés, 1988.

la norma, del supuesto de hecho al que el mandato se refiere o de la acción que la norma impone.

- *Novedad o carácter innovativo que sobre el ordenamiento posee el reglamento:*

Determinada por la capacidad del reglamento para crear un nuevo derecho objetivo, o para modificar las situaciones jurídicas de los sujetos de derecho.

- *Teleológico:*

Los reglamentos y los actos tienen fines diversos. Los reglamentos tienen por finalidad la procura de un interés concreto y puntual, que constituye su motivo. En los reglamentos, el fin no consiste en la procura del interés público; éste podrá ser su ocasión, pero su fin es el típico de cualquier acto normativo: la reglamentación abstracta de relaciones jurídicas al objeto de constituir el ordenamiento jurídico.

- *Criterio formal:*

La noción de reglamento es de puro derecho positivo, de donde resulta que son reglamentos, única y exclusivamente, aquellas disposiciones que las normas sobre la producción normativa de un concreto ordenamiento jurídico califican como tales, con entera independencia de cual sea su contenido.

Santamaría Pastor señala finalmente, que ante la vulnerabilidad de las críticas que presentan todos los criterios anteriores, un importante sector de la doctrina ha terminado por refugiarse en un criterio formal.

Por todo lo expuesto, es necesario señalar que las condiciones generales de acceso, aprobadas mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, son de obligatorio cumplimiento, se integran al ordenamiento jurídico y deben ser indefinidamente aplicadas por LAP en sus relaciones con todas las aerolíneas usuarias del AIJCH. Estamos por tanto, ante la regulación de un caso repetible y abstracto, que por consiguiente es una norma de carácter general.

16. Por otro lado, en el marco de lo anteriormente expuesto, es necesario considerar que el Capítulo II del Título III de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), contempla los recursos administrativos que pueden interponer los administrados, en contra de los distintos **actos administrativos** que dicten las entidades de la Administración Pública.

Así el Numeral 206.1 del Artículo 206° de la LPAG establece lo siguiente:

<< Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un **acto administrativo** que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.>>

Del mismo modo, el Artículo 208° de la LPAG, señala que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer **acto** que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. Dicha

norma precisa además, que en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.

17. En tal sentido, considerando que de conformidad con lo establecido en el Artículo 24° del REGO de OSITRAN, la Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, que aprueba el Contrato Tipo de Oficinas Operativas en el AIJCh, tiene la naturaleza de norma de alcance general; **tratándose de una norma de alcance general, no es impugnabile en sede administrativa a través del recurso de Reconsideración.**
18. De acuerdo a lo que establece el Artículo 200° de la Constitución Política del Perú, procede la Acción Popular “por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones o decretos de alcance general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”.
19. En conclusión y en base a los argumentos expuestos con anterioridad, el recurso de Reconsideración presentado por LAP y AETAI debe declararse improcedente.

IV. RESPECTO A LA EXISTENCIA DE FUNDAMENTOS PARA MODIFICAR LA NORMA DE ALCANCE GENERAL APROBADA MEDIANTE RESOLUCIÓN N° 011-2006-CD-OSITRAN:

IV.1. PLANTEAMIENTO DE LAN PERU:

24. El 22 de marzo del año 2006, LAN PERU remitió a OSITRAN una comunicación en la que señala que, de acuerdo al REMA, “(...) *el servicio de chequeo de pasajeros y equipajes constituye una facilidad esencial y el arriendo de las áreas correspondientes está sujeto a lo dispuesto en el Contrato Tipo Acceso a Oficinas Operativas para Aerolíneas en el AIJCH recientemente aprobado.*”

La referida aerolínea manifiesta que “(...) *a fin de prestar el referido servicio, es indispensable que el personal que lo brinda cuente con facilidades mínimas que les permitan desempeñar dicha labor, tales como lugares para dejar sus pertenencias o ingerir sus alimentos a fin de cumplir con las normas laborales en la materia. Dada la ubicación del aeropuerto, dichas áreas necesariamente deberán encontrarse en su interior.*”

En este contexto, LAN PERU solicita que el Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas precise que las áreas mencionadas anteriormente, constituyan también Facilidades Esenciales sujetas al mismo, así como el arriendo respectivo.

IV.2. PLANTEAMIENTOS DE AETAI:

25. El 24 de marzo del año 2006, AETAI remitió la carta AETAI-0028-2006, la misma en la que manifiesta lo siguiente, respecto a las cláusulas del Contrato Tipo de Acceso aprobado por OSITRAN:

- **Cláusula Segunda:**

Si bien en el Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas se eliminó la referencia a las Normas Obligatorias de Operación y Mantenimiento de LAP, dicha empresa obliga a las aerolíneas a cumplir con los mencionados requerimientos que son ajenos al contrato de arrendamiento.

Por tanto, en opinión de AETAI, mediante la Cláusula 12.2 “(...) se abre una posibilidad a que se interprete que existan nuevas obligaciones a cargo de LA AEROLÍNEA que son ajenas al contenido del “Contrato Tipo”.

▪ **Cláusula Séptima:**

AETAI manifiesta que la reubicación de las oficinas operativas no debería llevarse a cabo hasta que las diferencias entre las partes no se resuelvan. En este contexto, dicha asociación propone que luego de recibida la notificación de reubicación, la aerolínea cuente con un plazo de 7 días hábiles para “(...) *contradecir el pedido de reubicación, de no cumplir con los requisitos señalados en los numerales 7.1 y 7.3.*”

En caso que LAP no estuviera de acuerdo con el fundamento de la oposición a la reubicación, AETAI menciona que el Concesionario podría recurrir al mecanismo de Solución de Controversias estipulado en la Cláusula Vigésimo Cuarta, con el conocimiento de la aerolínea. La propuesta establece que, si el Tribunal de Solución de Controversias determina que la reubicación de las oficinas operativas se realice, “(...) *comenzará a correr el plazo de treinta (30) días para su ejecución, con las consecuencias fijadas en el numeral 7.5.*”

De acuerdo con AETAI, el numeral 7.6 debería eliminarse dado que “(...) *LA AEROLÍNEA nada tendría que alegar y tampoco LAP sostener que aquella ha incumplido con la reubicación desde que está autorizada por aquella a hacerlo en su defecto.*”

▪ **Cláusula Undécima:**

AETAI considera que, en caso LAP no otorgue las autorizaciones solicitadas en el plazo indicado por el numeral 11.3, “(...) *debe reputarse una autorización tácita.*”

▪ **Cláusula Décimo Tercera:**

AETAI propone que el numeral 13.1 debe establecer que la suspensión del acceso a las oficinas operativas debe comenzar al día siguiente de vencido el plazo de la subsanación del incumplimiento, es decir, “(...) *debe comenzar al octavo día de recibida la notificación correspondiente, y no al quinto día como se consigna en este numeral.*”

▪ **Cláusula Décimo Cuarta:**

De acuerdo con AETAI, es necesario incluir, como obligación general de LAP, el inmediato levantamiento de la suspensión del acceso a las oficinas operativas “(...) *tan pronto haya sido subsanado el incumplimiento de LA AEROLÍNEA.*”

▪ **Cláusula Décimo Quinta:**

AETAI manifiesta que es necesario que la penalidad establecida en el numeral 15.2 cuente con un límite. Dicho límite no debe exceder el plazo máximo otorgado por el Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas para la desocupación de estas últimas, en el supuesto de vencimiento del mismo (10 días).

- **Otras observaciones:**

De acuerdo a AETAI, debería incluirse en el Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas una cláusula que establezca las sanciones que recaerán sobre LAP, en caso incumpla con las obligaciones estipuladas en el mismo.

IV.3. PLANTEAMIENTOS DE LAP:

26. El 24 de marzo del año 2006, LAP remitió el escrito S/N mediante el que interpone un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2006-CD-OSITRAN, que aprobó el Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas. Las observaciones de LAP son las siguientes:

- **Cláusula Quinta:**

El numeral 5.2 del Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas establece que el cargo de acceso incluirá el costo de operación y mantenimiento de la infraestructura esencial requerida para la prestación de los sistemas y servicios de comunicación en el AIJCH (referidos en el numeral 12.6).

De acuerdo con LAP, el costo de operación de los servicios de comunicación es el costo de provisión de dichos servicios, por lo que lo establecido en la Cláusula Quinta del contrato implicaría que el Concesionario se encuentre en la obligación de brindar directamente estos últimos, es decir, no permitiría que los servicios de comunicación sean prestados por terceras empresas especializadas, como se realiza actualmente.

En este contexto, LAP manifiesta que el cargo de acceso debe incluir sólo el costo de mantenimiento de la infraestructura esencial requerida para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación, más no el costo de operación. Para ello, el Concesionario propone una redacción alternativa del numeral 5.2:

<<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 el costo del mantenimiento de la infraestructura esencial requerida para el funcionamiento de los sistemas y de los servicios de comunicación a los que se refiere el Numeral 12.6 del presente contrato, excluyendo el costo y/o contraprestación correspondiente a la provisión de los servicios de comunicación a favor de LA AEROLÍNEA. El cargo de acceso también incluye el mantenimiento de áreas comunes.>>

▪ **Cláusula Séptima:**

El numeral 7.4. del Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas establece que la reubicación de la aerolínea en el aeropuerto será bajo cuenta, costo y riesgo de LAP. En opinión del Concesionario, la facultad de solicitar la reubicación “(...) *justifica que el costo de la reubicación sea asumido por LAP, no así la existencia de una obligación por parte de LAP de llevar a cabo la reubicación, ni mucho menos de asumir los riesgos propios de la misma.*” En este contexto, LAP sugiere que el numeral 7.4. indique que la reubicación (traspaso o mudanza) sea realizada a su costo, pero que su ejecución y los riesgos propios de la misma sean asumidos por la aerolínea.

Adicionalmente, el Concesionario menciona que, en la medida en que el costo de la reubicación será asumido por LAP, la aerolínea no cuenta con los incentivos necesarios para realizar la mudanza o traspaso a un costo razonable. De esta manera, el Concesionario sugiere que debería incluirse como parte del numeral 7.4. “(...) *la obligación que la reubicación sea realizada a costos acordes con los de mercado, debiendo la aerolínea sustentar dichos costos ante LAP antes que los mismos le sean reembolsados.*”

Por último, el Concesionario manifiesta que es posible que se registren algunas diferencias con las aerolíneas, en lo que se refiere a los costos incurridos por éstas en la mudanza o traspaso correspondiente. De esta manera, LAP sugiere que tales diferencias sean resueltas conforme a los mecanismos establecidos en la Cláusula Vigésimo Cuarta.

En concordancia con lo anterior, el Concesionario propone que el texto de los numerales 7.4, 7.5 y 7.6 del Contrato Tipo sean modificados conforme a los textos siguientes:

<<7.1 En el supuesto de reubicación, LA AEROLÍNEA deberá desocupar el(las) Área(s) que LAP señale, dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles de recibida la notificación de LAP a la que se refiere el Numeral 7.2 del presente contrato. Los costos en que LA AEROLÍNEA incurra directamente por el traspaso o mudanza de los bienes que esta posea en el(las) Área(s) Asignada(s) en virtud del presente Contrato hacia el(las) Área(s) objeto de la reubicación, serán asumidos por LAP siempre que los mismos resulten razonables y correspondan al promedio del mercado, y que su devengo y naturaleza hubieran sido debidamente sustentados por LA AEROLÍNEA. Bajo tales premisas, y una vez desocupada por completo el(las) Área(s) respectiva(s), LAP deberá pagar a LA AEROLÍNEA los gastos incurridos por el traspaso o mudanza, dentro de un plazo de treinta (30) días de recibido el comprobante de pago respectivo emitido por LA AEROLÍNEA.

7.2 Si en el plazo referido en la primera parte del párrafo anterior, LA AEROLÍNEA no hubiera cumplido con desocupar por completo el(las) Área(s) involucrada(s), LA AEROLÍNEA autoriza irrevocablemente a LAP a fin de que ésta proceda a efectuar, por sus propios medios y con la diligencia debida, el retiro y traslado de los bienes que a tal fecha mantuviera LA AEROLÍNEA en el(las)

Área(s) cuyo abandono se hubiera solicitado, así como a remover cualquier Mejora que en dicha(s) Área(s) LA AEROLÍNEA hubiera podido realizar, sin responsabilidad alguna para LAP. LAP estará facultada, asimismo, a poner a disposición de LA AEROLÍNEA los bienes referidos, en el lugar que considere adecuado, debiendo de notificar de lo propio a esta última en un plazo máximo de tres (3) días hábiles de culminada la reubicación. En este caso, el retiro y traslado físico de los bienes, así como la remoción de las Mejoras, se realizarán previo inventario y constatación notarial, y sin responsabilidad alguna para LAP. En este supuesto, los costos serán asumidos por LA AEROLÍNEA.

7.3 En el caso de que por cualquier motivo LA AEROLÍNEA no cumpliera con atender la reubicación dispuesta por LAP del(las) Área(s) o no existiera coincidencia entre las Partes con relación al monto, sustento y/o naturaleza de los gastos incurridos en el traspaso o mudanza de los bienes de LA AEROLÍNEA, se recurrirá al mecanismo de Solución de Controversias estipulado en la Cláusula Vigésimo Cuarta. De determinar el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN que existió incumplimiento por parte de LA AEROLÍNEA, ello será causal de ejecución de la garantía estipulada en el Numeral 20.1 del presente contrato.>>

▪ **Cláusula Duodécima**

El numeral 12.6 del Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas establece que la aerolínea se encuentra obligada a utilizar la infraestructura esencial provista por LAP para los servicios de telecomunicación, “(...) siendo que el pago por el uso de dicha infraestructura estará incluido en el monto correspondiente al cargo de acceso.”

Al igual que en la Cláusula Quinta, LAP manifiesta que el numeral 12.6 podría interpretarse en el sentido que el Concesionario se encuentra obligado a prestar directamente los servicios de telecomunicación, y no sólo el mantenimiento de la infraestructura esencial correspondiente. En concordancia con lo anterior, LAP plantea una redacción alternativa para el numeral 12.6:

12.6 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, siendo que el costo por el mantenimiento de dicha infraestructura estará incluido en el monto correspondiente al cargo de acceso.

27. De acuerdo a lo anterior, se desprende que tanto la Entidad Prestadora que detenta la administración de la infraestructura aeroportuaria del AIJCH (LAP), mediante título contractual, como LAN PERU y las aerolíneas que integran la AETAI, han manifestado diversas observaciones con relación al alcance y sentido de diversas disposiciones relativas a las condiciones generales de acceso aprobadas mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, establecidas en el Contrato Tipo de Acceso correspondiente.

28. Al respecto, se debe considerar que la regulación económica constituye una suerte de técnica de intervención administrativa, que busca cautelar en forma imparcial la solución de los intereses contrapuestos que existen entre los agentes económicos de las actividades sometidas a regulación, con la finalidad de permitir eliminar o reducir sustancialmente los costos de transacción, que dificultan o impiden la realización de las transacciones de las que se nutre el mercado.

Así, toda intervención reguladora está destinada a terciar entre pretensiones de los agentes económicos, a fin de que éstos puedan realizar una transacción como si ésta se desarrollara en condiciones de competencia. De esta forma, conviene tener presente que la actividad reguladora será siempre una intervención que recae sobre dos extremos – oferta y demanda o entre los distintos agentes que conforman ambos extremos – cuya finalidad consistirá en orientar las conductas de los agentes económicos, para que éstas se desarrollen como si se tratara de un mercado competitivo.

IV.4. FUNDAMENTO PARA LA MODIFICACIÓN DE LA NORMA:

29. En ese sentido, no sólo es fundamental apreciar que el objetivo último de la norma de alcance general aprobada mediante resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN es reducir los costos de transacción en el mercado, sino que se trata de agentes económicos con diferente capacidad de negociación, y acceso a la información relevante sobre las condiciones económicas de acceso.
30. Asimismo, se debe tener presente que la Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN es una norma nueva en su género, la cual aún no ha sido aplicada e incorporada a relaciones de acceso propiamente dichas, y que como consecuencia de las negociaciones que se están llevando a cabo con diversas aerolíneas; ha revelado la necesidad de establecer precisiones y modificaciones que permita tanto a LAP, como a las aerolíneas usuarias del AIJCh, negociar y celebrar contratos de acceso en aplicación plena del principio de plena información a que alude el Artículo 8° del REMA, el mismo que señala lo siguiente:

<< Artículo 8°.- Principios aplicables.

Los principios establecen las reglas que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial. Estos principios deben ser utilizados para sustentar y establecer criterios de celebración, contenido de los Contratos de Acceso, sin importar la modalidad que adopten, pudiendo ser utilizados además como criterio interpretativo o de integración de los mismos. Del mismo modo, establecen los límites y lineamientos de OSITRAN para la emisión de mandatos y otros pronunciamientos sobre el Acceso.

Los principios establecidos en este artículo se establecen con carácter enunciativo y no taxativo. Por tanto, se puede invocar otros principios generalmente aceptados de la práctica reguladora o del Derecho Administrativo, así como aquellos recogidos en la normativa aplicable a OSITRAN.

La no aplicación de estos principios por parte de las Entidades Prestadoras será considerada como una infracción que será sancionada de conformidad con el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

Los principios a aplicar son:

(...)

- f) Principio de plena información.**

Los solicitantes del Acceso deben contar con la información necesaria para evaluar y negociar las Condiciones de Acceso a la Facilidad Esencial, con el fin de que puedan tomar la decisión de entrar al mercado respectivo. (...)>>

31. En consecuencia, considerando los planteamientos formulados por LAP, LAN PERU y AETAI, y que uno de los fines de la regulación del acceso es reducir los costos de transacción que existen entre usuarios y Entidades Prestadoras; existe fundamento suficiente para que OSITRAN, de oficio, revise la norma de alcance general que establece 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, la misma que fue aprobada mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN.
32. La aprobación de la revisión de la norma, generará que el Consejo Directivo de OSITRAN, como órgano titular de la función normativa general, modifique la norma de alcance general a que se refiere la Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, ejerciendo dicha función que ostenta de manera exclusiva.

V. CONCLUSIONES:

1. El marco legal de OSITRAN ha efectuado una calificación expresa de las condiciones generales de acceso, como “norma de carácter general”.
2. 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 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.
3. Las condiciones generales de acceso, aprobadas mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN 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, dicha resolución es una norma de carácter general.
4. Dado que la Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, tiene la naturaleza de norma de alcance general, no es impugnabile en sede administrativa a través del recurso de Reconsideración.
5. Considerando los planteamientos formulados por LAP, LAN PERU y AETAI, existe fundamento suficiente para que OSITRAN, de oficio, 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.

VI. RECOMENDACIONES:

En virtud de lo anterior, se recomienda al Directorio:

1. Aprobar el presente informe y en consecuencia, declarar improcedentes los recursos de reconsideración presentados por LAP y AETAI.

2. Aprobar la revisión de oficio de la norma de alcance general aprobada mediante Resolución N° 011-2006-CD-OSITRAN, tomando en cuenta para tal efecto, las observaciones presentadas ante OSITRAN por LAP, AETAI y LAN PERU.
3. Autorizar a la administración, para que en una próxima sesión de Consejo Directivo someta a la aprobación de dicho órgano colegiado la propuesta de modificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2006-CD-OSITRAN.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DÍAZ
Gerente de Regulación

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

MC-PB/AO-CS/PBD-GAL/jb
Reg.Sal.4164