

INFORME N° 014-05-GRE-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, que declara que la empresa concesionaria no puede aplicar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia

Referencia : Escritos de LAP de fecha 21 de enero y 24 de febrero de 2005

Fecha : 16 de marzo de 2005

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 12 de noviembre de 2004 se remite a la Gerencia General el Informe N° 014-04-GAL-GRE-OSITRAN.
2. Con fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN efectúa el Pedido N° 006-154-CD, correspondiente a la sesión de Consejo Directivo N° 154-2004-CD, mediante el cual se solicita la ampliación de determinados aspectos del precitado informe.
3. Con fecha 24 de noviembre pasado, Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) remite a OSITRAN la Carta LAP/298-04/GL, mediante la cual amplían los fundamentos de su pretensión.
4. Con fecha 03 de diciembre de 2004, se emite el Informe N° 017-04-GAL-GRE-OSITRAN.
5. Con fecha 10 de diciembre de 2004, en la Sesión N° 156 se adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, el mismo que en mayoría aprueba la primera y segunda conclusión del Informe N° 017-04-GAL-GRE-OSITRAN, indicando que LAP no puede aplicar la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (en adelante TUUA) a los pasajeros internacionales en transferencia hasta que se fije la tarifa específica.

6. Con fecha 10 de diciembre se remite a LAP, vía fax, el Oficio N° 053-04GAL-OSITRAN, al cual se adjunta el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, así como el Informe N° 017-04-GAL-GRE-OSITRAN. La notificación formal se realiza con fecha 15 de diciembre de 2004.
7. Con fecha 21 de enero de 2005, LAP presenta su recurso de Reconsideración en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN.
8. Con fecha 24 de febrero de 2005, LAP amplía su recurso de reconsideración mediante la presentación de información complementaria relativa a su pretensión de cobrar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia.
9. Con fecha 28 de febrero de 2005, LAP realiza ante el Consejo Directivo una exposición oral relativa a los principales argumentos de su recurso de reconsideración.

II. OBJETO:

El objeto del presente informe es analizar el recurso de reconsideración interpuesto por LAP, en contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, con el fin de determinar si existe sustento para la pretensión de dicha empresa de aplicar la TUUA a los pasajeros en transferencia.

III. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO PRESENTADO:

1. Tal como se mencionó, LAP solicita mediante escrito de fecha 21 de enero último, que se declare fundado su recurso de reconsideración.

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

2. En cuanto al plazo de presentación, el Numeral 207.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (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 10 de diciembre de 2004. Considerando las vacaciones obligatorias decretadas para el sector público mediante D.S. N° 079-2004-PCM, el plazo de quince días a que se ha hecho referencia, venció el 21 de enero de 2004, por lo que el recurso impugnativo ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido para tal efecto.

3. Teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 206°, 207° y 208° de la LPAG, 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 previstos 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.
4. En consecuencia, el recurso de reconsideración de LAP cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia que establece la LPAG.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

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

- A. La importancia de los principios de interpretación contractual radica no sólo en que orientan la labor interpretativa de OSITRAN, sino que sirven de límite a su discrecionalidad como intérprete. La violación de dichos límites por parte de OSITRAN, constituiría un exceso en su función pública de interpretación del contrato de concesión, lo que facultaría a LAP a iniciar las acciones necesarias para cautelar el pleno ejercicio de sus derechos.
- B. Regulador y concesionario deben balancear la escasez a corto-largo plazo y los costos de utilización incurridos, con los costos de cobrar según unidades de cobro cada vez más pequeñas de tráfico. Dicho balance genera inevitables subsidios cruzados entre usuarios que usan más y menos, dada la unidad de tráfico definida.
- C. Las referencias que hace el contrato de concesión con relación a la integridad de los servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, han sido hechas con el objeto de destacar el destino de los recursos recaudados por la TUUA. El Apéndice 1 del Anexo 5 tiene como fin poner un límite a LAP, para que pueda cobrar de manera diferenciada servicios que ya están financiados por la TUUA.

La disponibilidad de la integridad de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5 queda desvirtuada con el hecho que el “sistema de entrega de equipajes” y las “Salas oficiales para autoridades”, no están a disposición ni siquiera de los pasajeros internacionales embarcados de origen.

- D. Algunos pasajeros en transferencia que reembarcan, requieren ingresar temporalmente al país (antes de efectuar el embarque en su vuelo de conexión), al hacerlo, tiene a su disposición la integridad de servicios incluidos dentro de la TUUA. Que dicha disponibilidad se derive de situaciones imprevistas, no excluye la obligación de LAP de mantener la disponibilidad de una infraestructura indivisible, a todos los pasajeros en transferencia.
- E. El contrato de concesión no contempla la existencia de “TUUA’s específicas”, noción que es ajena al contrato de concesión y a su diseño. La fijación de una TUUA para pasajeros en transferencia por parte de OSITRAN, implicaría el establecimiento de una tarifa para servicios ya existentes, cuyo financiamiento está explícita e indubitablemente establecido en el contrato de concesión, que cuentan con una tarifa establecida en el propio contrato. Esa fijación transgrediría lo establecido en el contrato y las facultades legales de OSITRAN.

- F. Si bien en el caso de los pasajeros en tránsito y transferencia podría existir un tratamiento diferenciado respecto al cobro de la TUUA, el origen y justificación de esa diferencia está en el diseño mismo del contrato, por lo que mal podría sugerirse que el cobro de la TUUA a los pasajeros en transferencia, vulnera el principio de no-discriminación de la cláusula 7.1.
- G. El hecho que un servicio esté financiado en el sentido estrictamente contable, no significa que quien lo use no imponga costos económicos para la provisión de un servicio, o que el regulador pueda revisar el nivel tarifario o el ámbito de aplicación de la tarifa o establecer excepciones de la unidad de tráfico definida cuando el contrato no lo contempla.
- H. Si por proyecciones iniciales de demanda, el concesionario tomó la decisión comercial de no cobrar (la TUUA a los pasajeros en transferencia), pudiendo hacerlo, ello no significa que esta decisión no pueda ser modificada por éste ante el incremento de dicha demanda.
- I. La decisión de OSITRAN implica una modificación ilegal de las tarifas máximas establecidas en el contrato de concesión antes del plazo de modificación previsto en el contrato de concesión. El establecimiento de una TUUA específica para los pasajeros en transferencia, es el establecimiento de un nivel de TUUA no contemplado por las partes. Ello constituiría un incumplimiento del Estado de lo establecido en el contrato de concesión.
- J. Sobre la base de la TUUA especificada en las Bases y de la información consignada en la Propuesta Técnica presentada por LAP, resulta posible determinar que los pasajeros incluidos en la categoría "Salidas de Tránsito Internacional" (dentro de los que están considerados los pasajeros en transferencia) fueron considerados por LAP como una categoría sujeta al pago de la TUUA.

V. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

Con el fin de evaluar el sustento y validez de los argumentos del recurso de reconsideración presentado por LAP, así como determinar si se debe o no declarar fundado dicho recurso, se presentan a continuación las cuestiones en discusión:

V.1. LOS LIMITES LEGALES DE LAP EN LA APLICACIÓN Y COBRO DE LAS TARIFAS:

A. OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y NORMATIVAS DE LAP COMO CONCESIONARIO DEL ESTADO:

1. Los servicios aeroportuarios que se prestan en el AIJCH son prestados en un régimen monopólico. Se trata entonces de la prestación de un servicio público, cuya restricción de acceso al mercado justifica la intervención del Estado para someter la prestación de los servicios aeroportuarios al otorgamiento previo de una concesión, y condicionar su prestación no sólo al cumplimiento de la reglamentación vigente sino también a los términos y condiciones contenidos en el Contrato de Concesión.

2. De acuerdo al marco normativo vigente¹, la concesión es la modalidad a través de la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos. De éste modo, el contrato de concesión constituye una relación jurídica pública través de la cual el Estado, representado por una entidad de la Administración Pública, otorga por un tiempo determinado, la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad respecto de los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura y asumiendo un rol de control con relación a la actividad económica del particular.
3. En ese sentido, el contrato de concesión constituye el título en virtud del cual el concesionario puede hacer valer los derechos que le otorga dicho contrato frente a terceros, como por ejemplo el derecho de cobrar tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de inversiones. Sin embargo, el contrato de concesión no es la única fuente de obligaciones de LAP como concesionario del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (en adelante, AIJCH).
4. En efecto, el Estado ha establecido un diseño institucional y un marco normativo homogéneo para la regulación económica de ciertas actividades asociadas a la presencia de monopolios naturales. Ello, ocurre en el ámbito de las telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos, servicios de saneamiento e infraestructura de transportes de uso público, a través de la existencia de OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, respectivamente.
5. Uno de los pilares conceptuales de dicho diseño institucional, es la existencia de organismos reguladores, que tienen como fin regular el comportamiento de los mercados asociados al monopolio natural. La regulación económica, constituye aquella técnica de intervención del Estado en la economía, que supone una actividad invasiva en la actividad de los particulares, legitimada por la presencia de monopolios naturales, la misma que requiere contar con salvaguardas que garanticen una intervención económica de la Administración, técnicamente idónea e imparcial.
6. En ese escenario, OSITRAN regula los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras como LAP y ejerce sus funciones con el fin de regular, supervisar y fiscalizar a las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura de transporte de uso público, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Del mismo modo, parte importante del ámbito de competencia de OSITRAN es velar por el cabal cumplimiento de lo establecido en los contratos de concesión de la infraestructura bajo su ámbito.
7. En ese orden de ideas el marco normativo se presenta como una fuente de derechos y obligaciones tanto para el organismo regulador como para las empresas que explotan infraestructura de transportes de uso público por el mérito de un contrato de concesión. En ese sentido, es claro que los concesionarios de Estado están obligados al cumplimiento del marco

¹ Conforme a lo establecido en el Artículo 2º del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, aprobado mediante D.S N° 059-96-PCM (en adelante TUO).

normativo regulatorio de la actividad que realizan, la misma que como se ha mencionado está sometida a un régimen de regulación económica.

8. Ello, está claramente especificado en el contrato de concesión del AIJCH. Al respecto, es necesario señalar que la Cláusula Séptima del contrato de concesión establece lo siguiente:

<<Los Servicios Aeroportuarios serán prestados conforme a las Leyes Aplicables que regulan el libre acceso al mercado, observándose en la prestación de los mismos, además de los principios enunciados a continuación, las normas que sobre la materia dicte OSITRAN y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).>>

Asimismo, el Numeral 1.35 de la Cláusula Primera establece lo siguiente:

<< 1.35 Normas significarán los reglamentos, directivas y resoluciones, que serán de carácter obligatorio para el Concesionario, que de conformidad con su ley de creación puede dictar OSITRAN, incluyendo, pero sin limitarse a aquellas relativas a infracciones y sanciones vinculadas al objeto del presente Contrato.>>

9. En la ejecución del contrato de concesión y la realización de todas las actividades que le corresponde como concesionario, además de lo establecido en el contrato de concesión, LAP se obligó a cumplir con el marco normativo regulatorio. Ello ha sido específicamente recogido en el Artículo 27° del Reglamento General de Tarifas (en adelante RETA), el cual constituye una de las “Normas” de obligatorio cumplimiento para LAP, de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión:

<<Artículo 27°.- Cumplimiento del ordenamiento regulatorio aplicable

Las Entidades Prestadoras están obligadas a cumplir con la normativa legal y contractual en materia tarifaria, en la aplicación de las Tarifas, Tarifario y política comercial correspondiente, acorde con los principios a que se refiere el Artículo 25°.

De conformidad con lo señalado en el párrafo precedente, OSITRAN podrá efectuar observaciones, disponer medidas correctivas, y de ser el caso, imponer las sanciones que correspondan, dentro del marco de lo establecido en el ordenamiento regulatorio.>>

10. Asimismo, el RETA establece las siguientes disposiciones:

- a. Artículo 8°: Las Entidades Prestadoras (EP) deberán aplicar sus tarifas, así como ofertas, descuentos y promociones en general, respetando los derechos de los usuarios establecidos en el Decreto Legislativo N° 716.
- b. Artículo 9°: Las disposiciones y criterios tarifarios que se establezca en los Contratos de Concesión, serán aplicables a EP titulares de los mismos; no obstante, las EP Concesionarias deberán sujetarse al RETA y a la regulación tarifaria que establezca OSITRAN, en todo lo que no se oponga a lo estipulado en sus respectivos Contratos de Concesión.
- c. El Numeral 1 del Artículo 25°: En el establecimiento y aplicación de las Tarifas y políticas comerciales, ofertas, descuentos y promociones en general a los Usuarios, las EP quedan obligadas a no otorgar injustificadamente un trato diferente a los usuarios, frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que se coloque a unos en ventaja competitiva e injustificada frente a otros.

11. En consecuencia, en la aplicación y cobro de las tarifas a los usuarios, LAP debe respetar en primer lugar lo establecido en el contrato de concesión y adicionalmente, lo establecido en el marco normativo regulatorio. Ello es especialmente relevante, para efectos del análisis que debe efectuar OSITRAN, con el fin de determinar si LAP tiene o no derecho a cobrar la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) a los pasajeros en transferencia, de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión, así como los límites legales que existen para la adopción de las decisiones de los concesionarios y reguladores en materia de aplicación y cobro de tarifas a los usuarios.

B. LAS TARIFAS COMO FORMA DE RETRIBUCIÓN AL CONCESIONARIO:

12. El TUO de concesiones establece en el Artículo 13° y el Artículo 35°, que las tarifas son *sistemas de recuperación de inversiones de los concesionarios*. En efecto, el Numeral 1.55 del contrato de concesión, define a la tarifa como *una contraprestación*. Se trata entonces, de una contraprestación por la administración y gestión de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, que tiene como fin posibilitar que el concesionario recupere las inversiones realizadas.
13. De acuerdo a lo anterior, se debe considerar que la tarifa es la contraprestación exigida por la prestación de un servicio a través de un concesionario o de una entidad que actúa en régimen de derecho privado. La tarifa nace entonces, con la conversión de una actividad de contenido económico en servicio público, respondiendo su determinación a la necesidad de financiación del servicio y quedando vinculada al concesionario a través del contrato de concesión que éste suscriba. Es necesario tomar en cuenta tal naturaleza de las tarifas, para efectos de analizar la voluntad del Estado al establecer la TUUA en el contrato de concesión, así como los servicios que sustentan su cobro.
14. En efecto, todos los servicios aeroportuarios que se prestan en el AIJCH se encuentran sujetos a una estricta regulación tarifaria, en la que el Estado ha optado por imponer límites máximos a los precios que puede cobrar LAP por los servicios que prestan a los usuarios, a fin de evitar excesivas ganancias para el concesionario. Es así que en el numeral 6.1 del Contrato de Concesión se ha establecido que, *“El Concesionario determinará a su discreción las Tarifas a ser cobradas por los Servicios Aeroportuarios y otras materias con relación a las operaciones del Aeropuerto, siempre que dichas tarifas no excedan las Tarifas Máximas establecidas en el Apéndice 2 del Anexo 5, o aquellas no contempladas en el Anexo 5 que serán fijadas por OSITRAN...”*.
15. Así, tenemos que el Estado ha impuesto límites máximos a todas las tarifas que cobra LAP para cubrir la prestación de los servicios que no pueden ser prestados en el AIJCH en un régimen de competencia. De hecho, están sujetos a una Tarifa Máxima todos los servicios relacionados a la TUUA, al aterrizaje, despegue y estacionamiento de aeronaves, a los puentes de abordaje, a la aeronavegación, al abastecimiento de combustible para aeronaves, entre otros.

De esta manera el Estado se desprende de la preocupación de que LAP pueda obtener ganancias exorbitantes a costa de los usuarios del aeropuerto. Tal y como señalan W. Kip VISCUSI, John M. VERNON, *“If the concern of the*

*government is with a regulated monopolist setting price too high, regulation is apt to specify a maximum price that can be charged”.*²

C. LOS PRINCIPIOS APLICABLES EN MATERIA DE TARIFARIA:

16. En su escrito de fecha 21 de enero de 2005, LAP formula un conjunto de argumentaciones relacionadas a la naturaleza de las tarifas destinadas a financiar la inversión en infraestructura. Al respecto, LAP afirma que: *“en una concesión, el financiamiento de la inversión y de la provisión de los servicios se da a través del cobro de una tarifa a los usuarios de la infraestructura o de los servicios. Así, queda claramente establecido que quien se beneficia, es decir el usuario, paga por dicho servicio, contribuyendo así al financiamiento de la infraestructura que el Concesionario pone a su disposición”.*
17. Sin embargo, en el caso de las obras de infraestructura, una característica importante de dicha infraestructura es su carácter indivisible. Ello, a criterio de LAP hace difícil y/o costoso diferenciar o individualizar los distintos servicios que se prestan a través de la explotación de éste tipo de activos. En este sentido, señala que resulta difícil y costoso cobrar a los distintos usuarios de la infraestructura indivisible en función a la intensidad de uso efectivo de la misma.
18. LAP señala que en tanto la individualización del cobro de los servicios en función al uso efectivo que realizan los distintos usuarios, puede generar costos de cobranza, éstos no deberían ser ignorados por el regulador. La decisión relativa al cobro orientado a financiar el costo de la provisión de la infraestructura, podría no guardar relación directa con el costo individualizado de prestar el servicio a cada usuario. A manera de ejemplo, se menciona el caso de los peajes en una carretera y el caso de la telefonía fija.
19. En virtud de lo anterior, LAP señala que el regulador y el Concesionario están en la obligación de balancear las exigencias de una tarifa eficiente, que indique la escasez a corto y largo plazo, así como los costos de utilización incurridos.
20. Respecto al referido argumento de LAP, es necesario señalar en primer lugar, que si bien es cierto que las decisiones de fijación tarifaria deben basarse en una rigurosa evaluación costo-beneficio, y contemplar entre otros principios el de simplicidad y uniformidad; la discusión que es materia del presente informe se refiere exclusivamente a la interpretación de lo que ha establecido en el Contrato de Concesión respecto a quiénes deben pagar la TUUA. En tal sentido, las consideraciones económicas mencionadas se encuentran supeditadas a lo establecido en el Contrato de Concesión.
21. Para el cálculo de las tarifas aplicables a los servicios que se prestan en el AIJCH, el Estado tiene en consideración una serie de elementos económicos que le permiten determinar cuál es la Tarifa Máxima que puede cobrarse a un usuario, de tal manera que dicha tarifa permita cubrir los costos operativos del concesionario, retribuir sus inversiones y obtener una ganancia normal o razonable.

² VISCUSI, W. Kip, John M. Vernon y otros. Ob. cit. p. 308.

22. Sobre este particular, el profesor español Gaspar ARIÑO señala acertadamente que “...uno de los principios tradicionales de la tarifación es el siguiente: las tarifas de un servicio público deben corresponder a los costes reales del mismo, lo que significa que el conjunto de ingresos procedentes del mismo debe cubrir el conjunto de los costes razonables que sean necesarios para producirlo. Con ello se afirma, de una parte, que los precios no deben alejarse de los costes medios por unidad de producto, incluyendo en éstos, como es lógico, un normal beneficio para los inversores...”.³
23. Siendo esto así, uno de los principales problemas que se presenta al momento de fijar una tarifa para cubrir la prestación de un determinado servicio es la determinación de los costos que supone para el operador la prestación de dicho servicio, así como la determinación de una retribución justa que incentive o justifique la inversión.
24. Mientras que la determinación de los costos constituye un problema financiero y contable, de carácter objetivo, la determinación de una retribución justa supone un problema de mucho mayor envergadura, de carácter subjetivo, que consiste en establecer cuánto debe ganar un operador monopólico por los servicios que presta a los usuarios.

Una vez determinada la ganancia “justa” que debe recibir el operador, el principal problema de la tarifación está resuelto. Tal y como afirma Stephen BREYER, “*One can easily do the arithmetic once one determines the proper rate of return equity. But what is the proper rate? How is it determined? ... To pay more would grant unnecessary profits to investors; to pay less would not raise adequate capital*” (subrayado añadido).⁴

25. En este orden de ideas, la determinación de una tarifa respecto de un determinado servicio, considera tanto los costos del operador para la prestación del servicio como la ganancia justa a la que éste debe tener derecho. En este cálculo no sólo se tiene en consideración aspectos económicos, sino también promedios estadísticos y proyecciones comerciales en función de los cuales se hace posible estimar el nivel de ingresos que tendría el concesionario en un determinado número de años.
26. En relación al argumento de LAP respecto a la relación de conflicto o *trade off* (mencionada en el escrito de LAP), entre los costos de cobranza y el objetivo de que cada usuario de la misma internalice los costos de oportunidad asociados a su uso; no ha sido ni es cuestionada por el OSITRAN.

Lo que OSITRAN ha manifestado en sus pronunciamientos anteriores, es que en el marco del Contrato de Concesión del AIJCH, los cobros por concepto de TUUA sólo pueden aplicarse a aquellos usuarios que tienen acceso a los servicios incluidos dentro del Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión o que estos servicios se encuentran a disposición de los usuarios que se encuentran comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA. El hecho de que estos servicios sean o no efectivamente utilizados por los usuarios, no ha sido materia de discusión, pues lo relevante es que la infraestructura se encuentre disponible para éstos, independientemente de que ésta sea efectivamente utilizada o no.

³ ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. ARA Editores: Lima, 2004. p. 594.

⁴ BREYER, Stephen. Regulation and its reform. Harvard: USA, 1994. p. 41.

27. Respecto al ejemplo del peaje en una carretera, se debe señalar que el hecho de que un vehículo que cruza una garita de peaje no haga uso de toda la carretera (o el tramo específico que es financiado por el peaje), es irrelevante. Lo relevante en ese caso es que el usuario, a cambio del pago del peaje, pueda hacer uso del tramo de la carretera financiado por dicho cobro. En la práctica, este usuario podría utilizar un segmento menor del tramo de carretera que es financiado por el peaje y “financiar” indirectamente el costo del uso más intensivo de la infraestructura que puedan hacer otros usuarios, que pagan la misma tarifa. Esto es una consecuencia natural de carácter indivisible de la infraestructura. Sin embargo, desde una perspectiva regulatoria, la contraprestación que recibe un usuario por el pago de una tarifa, es el acceso a la infraestructura financiada con los ingresos provenientes de la misma.
28. En síntesis, en el marco de la presente discusión resulta indispensable distinguir y diferenciar entre uso efectivo de la infraestructura y la puesta a disposición de la misma. Este último tema, es el verdaderamente relevante para efectos de las materias de análisis del presente informe.

D. LA FUNCION DE OSITRAN PARA INTERPRETAR LOS CONTRATOS DE CONCESION:

29. Siendo que es función de OSITRAN supervisar y fiscalizar el cabal cumplimiento de los contratos de concesión, su Ley de creación le asigna la siguiente función específica, aún cuando no es una de “*las partes*” del contrato de concesión:

<<Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

e) **Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.**>>

30. Al respecto, es necesario tomar en cuenta que OSITRAN tiene la obligación de velar por el cabal cumplimiento de las disposiciones contractuales relativas a los aspectos tarifarios de la concesión:

<<Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

(...)

ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, **velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.**

(...)>>

31. En ese sentido, el marco normativo regulatorio, que es de cumplimiento obligatorio para LAP de acuerdo a lo establecido en el propio contrato de concesión, establece que corresponde a OSITRAN interpretar los contratos de concesión de la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito, pues éste constituye el título que otorga a la empresa concesionaria el derecho de aplicar y cobrar las tarifas establecidas en el contrato de

concesión. El Consejo Directivo de OSITRAN es el órgano competente para interpretar el título mediante el cual LAP ejerce el derecho de explotación económica del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, de conformidad con lo establecido en el Artículo 49° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante D.S 010-2001-PCM, (en adelante REGO).

32. En consecuencia, es necesario señalar que las argumentaciones de la empresa concesionaria acerca de que LAP no solicitó que se inicie un procedimiento de interpretación del contrato de concesión, carecen de relevancia, puesto que la pretensión de LAP supone una interpretación del alcance de lo establecido por el Estado en el contrato de concesión, respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA, así como a las condiciones de aplicación de las Tarifas conforme lo establecido en la Cláusula Séptima del contrato.

La aplicación de la TUUA a los pasajeros en transferencia por parte de LAP, implica una interpretación asumida por LAP respecto a quiénes establece el contrato de concesión que deben pagar la TUUA a LAP, y en qué condiciones es que ésta puede cobrar las tarifas por los servicios aeroportuarios que presta. En efecto, la pretensión de LAP asume una interpretación del ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA y de las condiciones de aplicación de las tarifas que establece el propio contrato de concesión, que es precisamente lo que está en cuestión en el presente caso.

33. En ese sentido, compete al Consejo Directivo determinar la procedencia o improcedencia del cobro de la TUUA en los términos pretendidos por LAP, pretensión que está claramente condicionada al previo ejercicio de la función del Consejo Directivo de OSITRAN a que se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley de creación. Al respecto, es necesario tomar en cuenta que el cabal cumplimiento de las estipulaciones contractuales relativas a tarifas (cumplimiento por el cual debe velar OSITRAN), supone que LAP determinará a su discreción las tarifas a cobrar por debajo de los niveles tarifarios máximos establecidos en el contrato, siempre y cuando se respete el ámbito subjetivo de aplicación de las tarifas que haya establecido el contrato de concesión y las condiciones de aplicación de dichas tarifas.
34. En consecuencia, LAP no tiene el derecho ni la discrecionalidad para, en vía de interpretación, asumir de manera unilateral un ámbito subjetivo de aplicación de las tarifas, que es precisamente aquella materia que está en discusión y que es la razón por la que OSITRAN ha iniciado el presente procedimiento de interpretación contractual de oficio.

V.2. LA INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD E INTENCION DEL ESTADO AL ESTABLECER LA TUUA Y LOS OBLIGADOS A SU PAGO EN EL CONTRATO DE CONCESION:

A. LA VOLUNTAD DECLARADA:

35. Uno de los principios fundamentales para la interpretación de los contratos que no podemos dejar de mencionar, parte de distinguir entre la voluntad interna y la voluntad declarada de los contratantes, reconociendo en esta última un mayor valor cuando no resulta posible para ambas partes conocer el sentido de la voluntad interna de cada una de ellas.
36. De acuerdo con Augusto MORELLO, *“En los negocios jurídicos las estipulaciones de las partes no deben interpretarse aisladamente, sino correlacionarse con el contexto general y el fin económico que persiguen. Debe investigarse también la voluntad real y todas las circunstancias externas con las que ha podido contar el autor de la declaración, sin que corresponda indagar en pensamiento interno, sino su exteriorización ... La forma imprecisa de consignar una estipulación, obliga al juez a interpretarla de acuerdo con la función económica del contrato”*. (subrayado añadido)⁵
37. Precisamente, en el caso que nos ocupa, una interpretación literal del texto del Contrato sería insuficiente para conocer la real intención del Estado al momento de referirse al ámbito de aplicación de la TUUA. De esta manera, aun cuando la voluntad declarada de las partes sería lo más adecuado para conocer su intención, nos encontramos ante un caso en el que es preciso recurrir adicionalmente a su voluntad interna para conocer el real sentido del concepto de pasajero embarcado utilizado en el Contrato de Concesión.
38. Sobre este particular, resultan pertinentes las palabras de Christian LARROUMET, para quien *“...siempre hay un riesgo al estipular un contrato y las partes tienen que defenderse exteriorizando su voluntad en la forma más precisa posible. Pero en ciertos casos habrá que hacer ciertas concesiones a la voluntad interna, por ejemplo en las hipótesis en que la voluntad declarada parezca evidentemente poco razonable, porque, a pesar de todo, el contrato es producto de voluntades y no lo podemos desligar completamente del acto individual de volición de cada uno de los contratantes”* (subrayado añadido).⁶
39. En consecuencia, es preciso recurrir adicionalmente a la voluntad interna de los contratantes, respecto de la referencia al concepto de pasajero embarcado, y las consecuencias de una interpretación que hace extensivo el cobro de la TUUA a todo pasajero que se embarca (incluyendo en dicho concepto a pasajeros de origen y pasajeros en transferencia). Ello, considerando que el pago de la TUUA sería excesivo para los pasajeros en transferencia, tomado en cuenta la proporción de los servicios que tienen a su disposición, y que dicho pago supondría apartarse de la práctica seguida en el Perú y en la mayoría de países del mundo, que omiten aplicar tarifas a los pasajeros en transferencia por el uso de instalaciones aeroportuarias.

⁵ MORELLO, Augusto. Ineficacia y frustración del contrato. Abeledo Perrot: La Plata, 1975, p. 107.

⁶ LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen I. Temis: Bogotá, 1993. p. 125.

B. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO:

40. Un elemento adicional a tener en consideración para la interpretación de la voluntad de las partes en el Contrato de Concesión, es que nos encontramos ante un contrato administrativo, que regula la forma en la que LAP debe prestar el servicio de operación del AIJCH en los términos que el Estado considera más adecuado para el interés general, y sujeto a las tarifas máximas que el Estado ha considerado apropiado establecer con la conformidad del concesionario para retribuir sus costes y proporcionarle una ganancia económica justa.
41. En ese sentido, la Tarifa adquiere un matiz contractual porque **aún cuando es fijada unilateralmente por el titular del servicio en su calidad de Concedente, es decir, por el Estado, su cuantía se vincula al objeto del servicio, siendo que dicha tarifa es aceptada por el Concesionario al suscribir el contrato de concesión.** Al respecto, es necesario tomar en cuenta que las tarifas establecidas en las Bases de la Licitación Pública Internacional para otorgar en concesión del AIJCH, no se establecieron como producto de una negociación entre el Estado y los postores, sino que fueron fijadas por el Estado. En ese sentido, la Propuesta Técnica (Anexo 6) se forma, nace y debe ser ejecuta de conformidad con la voluntad del Estado.
42. Tratándose de un contrato administrativo, el Contrato de Concesión no puede ser interpretado únicamente con los principios de interpretación que se aplican a un contrato privado, sino que se requiere tener en consideración que se trata de un contrato en el que se pondera el interés general, y en donde el interés particular del concesionario se encuentra subordinado al fin para el cual se celebró el contrato. En este sentido, hace bien César HINES al hablar sobre el contrato administrativo y precisar que *“La teoría del contrato, sus efectos y las obligaciones que de él se derivan ... deben ser analizadas desde una vía diferente a la del Derecho Privado cuando se trata de juzgar a la Administración Pública y los servicios prestados por ella”*.⁷
43. El análisis interpretativo que debe hacerse sobre la voluntad de las partes expresada en un contrato administrativo, como el Contrato de Concesión, no puede partir del supuesto que los intereses de ambas partes son equivalentes, sino que el interés del concesionario se encuentra subordinado al interés general tutelado por el Estado, y que los términos del contrato deben ser interpretados de manera tal que se priorice la tutela y el cuidado de dicho interés.
44. Sobre este particular se ha pronunciado acertadamente Gabino FRAGA al afirmar que *“...la regla fundamental de interpretación en los contratos administrativos debe ser la de que, en caso de duda, las cláusulas de aquéllos deben entenderse en el sentido que sea más favorable al correcto desempeño por parte del Estado de la atribución que está comprometida”*.⁸ En consecuencia, ante la duda respecto de cuál es el real sentido de una estipulación contractual en un contrato administrativo, debe optarse por aquella más favorable a lo que el Estado considere más apropiado para el desarrollo del servicio otorgado en concesión y de los usuarios del servicio.

⁷ HINES, César. Supuestos de responsabilidad contractual de la administración. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 78. May—Ago. 1994. p. 139.

⁸ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 33 edición. Porrúa: México D.F., 1994. p. 402.

C. LA TUUA APLICABLE EN EL AIJCH:

45. En contraprestación por los servicios que se prestan en el AIJCH, LAP tiene derecho a cobrar una serie de tarifas sujetas a los límites máximos establecidos por el Estado en el Contrato de Concesión. Entre dichas tarifas se encuentra la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) aplicable a determinados usuarios del AIJCH, la cual está destinada a retribuir la puesta a disposición de los veinticinco (25) servicios a que se refiere el Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión.
46. Para sufragar los costos de estos servicios, el contrato de concesión impone el pago de la TUUA a determinados usuarios del AIJCH, por lo que LAP está impedida de cobrar cualquier otra tarifa por estos conceptos a cualquier otro tipo de usuario que no sea pasible de tal cobro de acuerdo a lo establecido en el contrato. Cabe señalar que estos servicios son cobrados independientemente de que sean utilizados o no por los usuarios obligados al pago de la TUUA.
47. No obstante lo anterior, el hecho que los servicios prestados por LAP sean efectivamente usados por los usuarios obligados al pago de la TUUA, no determina la obligación de pagar esta tarifa. La obligación de pagar la TUUA viene impuesta exclusivamente en razón de un cierto tipo de usuario, que tiene a su disposición el uso de las instalaciones del AIJCH, independientemente de los servicios que dicho usuario utilice de manera efectiva.
48. Sobre este particular, el profesor Gaspar ARIÑO ha señalado acertadamente que, *“No se requiere siempre, aunque en principio es deseable para una buena asignación de recursos, la exacta equivalencia entre el coste de cada tipo de prestación y el precio de la misma; puede haber – y debe hacer (sic) en muchos casos, por razones económicas o sociales – compensaciones inter-servicios, de modo que con los superávits obtenidos en algún tipo de ellos puedan ser subvencionadas o compensadas las pérdidas experimentadas en otros”*.⁹
49. En este orden de ideas, aun cuando no todos los obligados al pago de la TUUA utilizan todos los servicios que la TUUA está destinada a cubrir, su obligación de pagar la TUUA viene dada en función de la calidad de usuario que tengan, que es la que el contrato ha determinado como hecho generador de la obligación de pago.
50. De acuerdo con el Anexo 5 del Contrato de Concesión, la TUUA tiene la finalidad de cubrir los costos por los servicios indicados en el Apéndice 1 (que son los servicios detallados en el numeral que antecede), y que son de cargo único y exclusivo del concesionario. Según dicho Anexo, el valor de la TUUA varía en función del tipo de usuario, pudiendo serle aplicable solamente a pasajeros embarcados en vuelos internacionales o nacionales.
51. Cabe señalar que el ámbito de aplicación de la TUUA no se encuentra regulado de manera expresa en el Contrato de Concesión. Efectivamente, no existe en el Contrato una disposición específica que establezca expresamente que los pasajeros embarcados en vuelos nacionales e internacionales deban

⁹ ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. ARA Editores: Lima, 2004. p. 595.

ser los obligados al pago de la TUUA, sino que se limita a hacer referencia a dichos pasajeros en la parte correspondiente al régimen de tarifas y precios del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

Efectivamente, en el inciso a1 del referido Anexo 5 se establece lo siguiente:

<<a.1. *Tarifa Unificada de Uso de Aeropuertos – TUUA (Pasajero Embarcado en Vuelo Internacional)*

La tarifa máxima a ser aplicada se encuentra fijada en US \$ 21.19 (sin incluir los tributos de ley aplicables al servicio), monto que podrá ser incrementado de acuerdo a lo indicado en la tabla del Apéndice 2.>>

52. Dada la forma en que se hace referencia al concepto de pasajero embarcado en vuelo internacional, es posible inferir que son éstos a quienes podría imputárseles el pago de la TUUA. Sin embargo, el término *pasajero embarcado* no es un término definido en el Contrato de Concesión.
53. En este orden de ideas, a efectos de determinar quiénes son los pasajeros embarcados en vuelos internacionales a los que sería posible imputar el pago de la TUUA de conformidad con el Anexo 5 del Contrato de Concesión, es preciso entender cuál ha sido la voluntad del Estado al incluir el concepto de pasajero embarcado en dicho Anexo, teniendo en consideración que de conformidad con la cláusula 1 de dicho Contrato, *“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”*.
54. Una de las formas de interpretar el concepto de pasajero embarcado es partiendo de la definición de “embarque”, que si bien no ha sido recogida en el Contrato de Concesión ni en las Bases, sí se encuentra definida en el Convenio de Chicago y en el Vocabulario OACI, según los cuales el embarque es definido como el *“Acto de subir a bordo de una aeronave con objeto de comenzar un vuelo, exceptuados aquellos tripulantes o pasajeros que hayan embarcado en una de las etapas anteriores del mismo vuelo directo”*.
55. De acuerdo a ello, puede sostenerse que el término pasajero embarcado hace referencia al concepto de un pasajero que se “embarca”, y que por tanto sube a bordo de una aeronave para comenzar un vuelo, salvo que se haya embarcado previamente en una etapa anterior en un mismo vuelo directo. Bajo esta interpretación calificarían como pasajeros embarcados tanto los pasajeros de origen como los pasajeros en transferencia, más no así los pasajeros en tránsito, pues éstos se embarcan “en una etapa anterior del mismo vuelo directo”. Hasta ahí, es claro que de acuerdo a la normativa vigente, el pasajero en tránsito no es pasajero embarcado, por lo que no es sujeto pasivo del cobro de la TUUA por parte de LAP.
56. De hecho, LAP sostiene que los pasajeros de origen y los de transferencia son embarcados, con el fin de pretender hacer extensivo el cobro de la TUUA tanto a pasajeros en transferencia. Para OSITRAN, el concepto de pasajero embarcado también es asimilable al concepto de pasajero que se embarca. Sin embargo, es preciso indicar que esta interpretación del concepto de

pasajero embarcado no define el sentido en que el Estado hizo referencia a este concepto en el Anexo 5 del Contrato de Concesión. Así, aun cuando el pasajero embarcado es un pasajero que se embarca, dicha cualidad no es suficiente para calificar como el pasajero embarcado a que se refiere el Anexo 5 del Contrato de Concesión.

57. En este sentido, es preciso entender cuál fue la real intención del Estado al momento de hacer referencia a estos pasajeros embarcados, al regular el pago de la TUUA, dado que una interpretación extensiva de dicho concepto podría ser perjudicial para determinados usuarios del AIJCH, y no ser acorde con la real voluntad del Estado.

58. Respecto al cobro de la TUUA conviene anotar que en toda la historia de la aviación civil en el Perú la tarifa por el uso de aeropuertos no ha sido aplicada nunca a pasajeros en transferencia, y los únicos obligados a su pago han sido los pasajeros de origen.

Este hecho no sólo se remonta desde los orígenes de la prestación de servicios aeroportuarios en nuestro país, sino que se mantuvo vigente durante la etapa de privatización del AIJCH y la celebración del Contrato de Concesión. Por tanto, era de conocimiento de ambas partes que lo usual para la aplicación de la TUUA en el AIJCH era limitar el cobro a los pasajeros de origen, sin que éste se hubiera hecho extensivo a pasajeros en transferencia.

59. Asimismo, respecto al aspecto consuetudinario de aplicación de tarifas aeroportuarias a nivel mundial, es necesario mencionar que el cobro de tarifas por el uso de instalaciones aeroportuarias a pasajeros internacionales en transferencia, es un supuesto excepcional que sólo se da en 23 de los 188 países que suscribieron el Convenio de Chicago, y en esos casos las tarifas aplicables a dichos pasajeros suelen ser muy inferiores a las que pagan los pasajeros de origen.

60. En ese sentido, siendo el cobro de tarifas aeroportuarias a pasajeros en transferencia un supuesto excepcional, y considerando que dichas tarifas son en la mayoría de los casos inferiores a las tarifas regulares, asumir que la intención del Estado al regular el ámbito de aplicación de la TUUA en el AIJCH estuvo orientada a aplicar a los pasajeros en transferencia la misma tarifa aplicable a los pasajeros de origen, implicaría por lo menos, asumir la necesaria existencia de alguna estipulación expresa que definiera y sustentara tal excepción como la regla tarifaria a ser aplicada en el AIJCH durante la vigencia de la concesión. Así, si se hubiera pretendido hacer extensivo el cobro de la TUUA a otros pasajeros que no tienen a su disposición todos los servicios que tienen los pasajeros de origen, ello debería necesariamente haber sido considerado de manera expresa en el Contrato de Concesión.

D. LA DISPONIBILIDAD DE LOS SERVICIOS A QUE SE REFIERE EL APÉNDICE 1 DEL ANEXO 5:

61. Pese a que el cobro de la TUUA no está condicionado a la utilización de los servicios cubiertos por la TUUA por parte de los pasajeros, el cálculo de la tarifa sí guarda una estrecha relación con dichos servicios, relación que se desarrollará más adelante.

62. Uno de los más importantes principios de política tarifaria, en materia de regulación económica, es que quien paga una tarifa, paga una contraprestación por determinados servicios que tiene efectivamente a su disposición. Aun cuando es posible que en el cálculo de la tarifa se incluyan conceptos que no están destinados a retribuir el costo de los servicios de los que efectivamente se disfruta (ya sea por razones políticas o sociales), ello no es lo deseable para la determinación objetiva de una tarifa.
63. En el caso específico de la TUUA que se aplica a los pasajeros de origen, los veinticinco (25) servicios tenidos en consideración para la fijación de la tarifa se encuentran a disposición de dichos pasajeros, pudiendo ser utilizados por ellos ya sea a su salida o a su regreso al país.
64. A diferencia de los pasajeros de origen que hacen uso del aeropuerto tanto a su salida como a su ingreso al país, de acuerdo a lo sostenido por la propia empresa concesionaria, los pasajeros en transferencia sólo tienen a su disposición dieciocho (18) de los veinticinco servicios que son cubiertos por la TUUA. En ese sentido, no es sustentable pretender la aplicación a dichos pasajeros, de la misma tarifa que pagan aquellos que tienen a su disposición todos los servicios cubiertos por la TUUA.¹⁰
65. LAP señala en su escrito de reconsideración, que el contrato de concesión no establece la necesidad de que los servicios estén a disposición de los usuarios para efectos de que sea procedente el cobro de la tarifa correspondiente.

Asimismo, señala que OSITRAN pretende variar, en vía de interpretación, las estipulaciones contractuales que a su criterio, le permiten cobrar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia. Al respecto, LAP argumenta lo siguiente:

“Las referencias a la integridad de los servicios han sido hechas en el Contrato exclusivamente con el objeto de destacar el destino de los recursos recaudados por la TUUA (Todos estos servicios son con cargo a la TUUA)”.

66. Con relación a tal argumentación, se debe enfatizar el hecho que no hay (porque no puede haber), disposición alguna en el contrato de concesión que establezca explícita o implícitamente que destino obligatorio debe dar LAP a los montos provenientes del cobro de la TUUA. Lo que queda claro en el contrato de concesión es que la TUUA es la única contraprestación que percibirá el concesionario por la puesta a disposición de los servicios a que alude el Apéndice 1 del Anexo 5.

En efecto, es necesario tomar en cuenta que el Estado otorga en concesión las infraestructuras, justamente con el fin de trasladar a los particulares la gestión de las mismas así como la provisión de los servicios. Así, la concesión

¹⁰ Pese a que LAP ha declarado ante OSITRAN que los pasajeros en transferencia no cuentan con todos los servicios que tienen a su disposición los pasajeros de origen, LAP ha señalado en su recurso de reconsideración que dicha declaración constituye un error, dado que los pasajeros en transferencia sí podrían tener acceso a todos los servicios con que cuentan los pasajeros de origen cuando deciden abandonar las instalaciones del aeropuerto. No obstante, los casos en los que un pasajero en transferencia abandona el AIJCH son excepcionales, y no representan en modo alguno la situación característica de la mayoría de pasajeros en transferencia. Por tal motivo, dichos casos no pueden ser determinantes para evaluar la adecuada valoración de la tarifa en proporción con los servicios prestados.

permite a la empresa explotar económicamente las infraestructuras, ejerciendo libremente sus iniciativas empresariales, dentro del marco normativo regulatorio. En ese sentido, mal podría el contrato de concesión haber previsto disposición alguna que obligue a LAP a destinar de determinada manera los montos cobrados por concepto de TUUA. Ello es algo que forma parte de la discrecionalidad de la empresa concesionaria.

Lo que el contrato de concesión sí establece, son obligaciones del concesionario en materia de inversión, mantenimiento y prestación de servicios, las mismas que el concesionario puede financiar libremente, con el cobro de tarifas generado por la prestación de los servicios a su cargo.

67. En ese sentido, es necesario desestimar el argumento de la empresa concesionaria referido a que el contrato de concesión no establece la obligación de poner a disposición de los usuarios los servicios que sustentan el cobro de las tarifas, así como el argumento relativo a que la referencia a la disponibilidad de la integridad de servicios que hace el contrato (referencia que LAP ha reconocido que existe, en su escrito de reconsideración), tiene como fin "*indicar a LAP el destino de lo cobrado por concepto de TUUA*".
68. Como se ha señalado con anterioridad, las actuaciones de la empresa concesionaria están condicionadas en primer lugar por lo establecido en el contrato de concesión y supletoriamente por lo establecido en el marco normativo regulatorio.
69. Respecto al contrato de concesión, es necesario tomar en cuenta que de acuerdo a la sistemática del contrato, el Anexo N° 5 relativo a la "Política sobre Tarifas", tiene como fin precisamente establecer el régimen tarifario que el concesionario deberá aplicar. Para tal efecto, el Anexo 5 establece las Tarifas Máximas aplicables y obviamente los servicios cuya puesta a disposición generan el derecho de cobro de dichas tarifas, pues como se ha señalado anteriormente, el Numeral 1.55 del contrato define a las Tarifas como *contraprestaciones* a favor de la empresa concesionaria, por la prestación de los servicios.
70. En tal virtud, en caso de duda o discrepancia sobre la interpretación de una estipulación contractual relativa a aspectos tarifarios, *como es el caso del ámbito subjetivo de aplicación de la TUU*, el Anexo 5 tiene una relevancia determinante.
71. Al respecto, se debe considerar que el Anexo 5 establece expresamente lo siguiente:

<<Régimen de tarifas y precios aplicables

1. Servicios Aeroportuarios.

1.1. Servicios Aeroportuarios Prestados Directamente por el Concesionario.

La Retribución de los servicios aeroportuarios indicados en el punto 1.1 se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos o devengados, lo que ocurra primero, por el Concesionario.

a. Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto – TUUA

La TUUA tiene la finalidad de cubrir los costos por servicios indicados en el Apéndice 1, los que serán de cargo único y exclusivo del Concesionario. (...)>>

72. Asimismo, el Anexo 5 señala también lo siguiente de manera expresa:

<<APENDICE 1

TARIFAS AERONAUTICAS ACTUALES

1. Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA)

1.1. Instalaciones y Servicios Aeroportuarios vinculados a la TUUA.

La Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto está relacionada con los diversos servicios aeroportuarios prestados a los pasajeros en las instalaciones del terminal aéreo durante las formalidades de despacho de pasajeros, equipajes, carga y correo; y son los que se señalan a continuación:

Embarque/Desembarque de Pasajeros:

- Área de embarque
- Climatización
- Sistema de despacho de equipaje y áreas de operaciones
- Sistema de entrega de equipajes
- Transporte de pasajeros entre el terminal y la aeronave
- Chequeo de pasajeros y equipaje
- Carritos porta equipaje
- Área para pasajeros en tránsito
- Iluminación
- Comunicaciones

Orientación:

- Circuito cerrado de televisión
- Señalización vertical
- Señalización horizontal
- Sistema de sonido
- Sistema de información de vuelo
- Servicio de información aeronáutica

Otras Instalaciones y Servicios: Son los locales destinados a servicios de organismos públicos:

- Aduana
- Migraciones
- Sanidad
- Fiscalía
- Promperú
- Policía Nacional
- Dirección General de Transporte Aéreo.
- Medios de Comunicación
- Indecopi
- Ositran

Servicios de Atención Médica.

Área Pública de Circulación de Vehículos

Áreas de Uso Común para Pasajeros y Acompañantes

Seguridad Aeroportuaria

Servicios Higiénicos

Salas Oficiales para Autoridades

La diferencia en la tarifa de los Usuarios nacionales e internacionales, se determina por la existencia de servicios distintos en las áreas internacionales y nacionales.

Todos estos servicios son con cargo a la TUUA.>>

73. En ese sentido, de una interpretación literal (relativa a la voluntad declarada del Estado), sistemática (que atiende a la unicidad del contrato) y funcional (que considera la finalidad del acto), de lo establecido en las tres estipulaciones contractuales a que se ha hecho referencia en los numerales anteriores, (Numeral 1.55, Anexo 5 y Apéndice 1 del Anexo 5); se deriva claramente que el Anexo 5 se refiere de manera expresa a la disponibilidad de la integridad de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, como condición para el cobro de la TUUA, porque dicho paquete es precisamente aquel que define la *prestación* con relación al cual la TUUA actúa como la *contraprestación* correspondiente.

De esta manera, no es posible sostener que todo pasajero embarcado está obligado al pago de la TUUA, porque no todo pasajero embarcado tiene a su disposición todos los servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, lo cual es aquello que sustenta el cobro de la TUUA.

74. En tal virtud, es innegable que el contrato de concesión sí se refiere expresamente a la disponibilidad de la integridad de los servicios del Apéndice 1 (referencia que LAP ha reconocido expresamente que existe), y que tal disponibilidad constituye el sustento, el hecho generador del derecho de LAP cobrar la TUUA.

Cabe resaltar que la interpretación formulada por OSITRAN respecto a que la tarifa constituye una contraprestación por el acceso o disponibilidad del usuario a determinada infraestructura, se ve corroborada por el penúltimo párrafo del numeral 1.1. del Anexo 5, Apéndice 1, "Tarifas Aeronáuticas Actuales", que establece que las diferencias en las tarifas que se aplican a pasajeros nacionales e internacionales, se determina por la existencia de servicios distintos en las áreas internacionales y nacionales. En efecto, el Contrato confirma que sólo es posible aplicar la TUUA internacional a aquellos pasajeros embarcados que acceden a la totalidad de servicios que se pone a su disposición, lo cual no ocurre en el caso de los pasajeros en transferencia, quienes no tiene a su disposición la totalidad de servicios, como en el caso de los pasajeros origen destino.

Como se ha señalado, el argumento de LAP en el sentido que tal referencia a la disponibilidad de la integridad de los servicios, lo que hace es indicar "*el destino de los recursos recaudados por la TUUA*", carece de lógica y sustento en el marco contractual y normativo vigente.

75. En consecuencia, es claro que el Anexo 5 sí tiene como fin establecer qué servicios debe ponerse a disposición de los usuarios para poderles cobrar la TUUA. Por ello, aquello en lo que sí es parcialmente correcta la argumentación de la empresa concesionaria, es en que el objeto de los servicios listados en el Apéndice 1 del Anexo 5, es, entre otras cosas, constituirse como un límite para que LAP no puede cobrar de manera diferenciada por servicios que ya están financiados por la TUUA. En efecto, es evidente que LAP no puede, por ejemplo, cobrar una tarifa diferenciada por el "Servicio de Transporte de Pasajeros entre terminal y aeronave", pues dicho servicio forma parte del paquete de servicios con cargo al cual se paga la TUUA. Sin embargo, justamente por la misma razón, es claro que si LAP no brinda la disponibilidad de todos los servicios indicados en el Apéndice 1 del Anexo 5, mal podría pretender cobrar la TUUA. Pues el hecho generador del derecho de cobro de la TUUA, es la puesta a disposición de todos, y no sólo

de una parte de los servicios listados en el Apéndice 1 del Anexo 5. Ello, porque como se ha visto anteriormente, el contrato de concesión ha previsto de manera expresa, que la prestación a la que corresponde la contraprestación denominada TUUA, es la disponibilidad de todos los servicios del Apéndice 1 del Anexo 5.

76. Adicionalmente, con el fin de sustentar que el contrato de concesión, no establece la obligación de poner a disposición de los usuarios la integridad de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, como hecho generador o condición necesaria para el cobro de la TUUA; LAP señala que dos (2) servicios del Apéndice 1 no se encuentran a disposición de los pasajeros internacionales embarcados de origen. Así, señalan que el “sistema de entrega de equipales” y las “salas oficiales de autoridades”, no están a disposición de los pasajeros internacionales embarcados de origen, por lo que la TUUA tampoco podría cobrarse a éstos pasajeros.

77. Al respecto, tal como se ha señalado con anterioridad, no es la prestación efectiva de los servicios sino su puesta a disposición lo que constituye la *prestación* generadora del derecho de cobro de la *contraprestación* denominada TUUA. En ese sentido, no es necesario que LAP preste de manera efectiva todos los servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, sino que cumpla con poner a disposición de los usuarios todos los servicios listados en dicho Apéndice.

78. Con relación al “Servicio de despacho de equipaje”, se debe señalar que éste sí está a disposición de los pasajeros internacionales embarcados de origen, puesto que recibir la prestación de tal servicio, depende únicamente y exclusivamente de la voluntad, decisión y conveniencia de dicho pasajero. Ello porque la “puesta a disposición” trata precisamente de eso, del hecho que recibir el servicio dependa únicamente de la voluntad del pasajero.

Si el pasajero toma la decisión de regresar, podrá sin ningún problema ni cobro previo, recibir de LAP el “Servicio de despacho de equipaje”, lo que depende enteramente de la decisión de propio pasajero. En consecuencia, es falso que el servicio de despacho de equipaje no esté a disposición de los pasajeros internacionales de origen.

79. Respecto al denominado servicio de “Salas Oficiales para autoridades”, se debe señalar que la argumentación de LAP es efectista pero errada.

En efecto, 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 operativo necesario para ejecutar la prestación correspondiente. En ese orden de ideas, un servicio constituye una prestación sustentada en un proceso operativo determinado.

80. 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 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 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.

81. Tal es el caso de la frecuencia o regularidad con que se presta un servicio, o por ejemplo, el tipo de usuario 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.

82. Las “Salas Oficiales para autoridades” no son otra cosa que “Áreas de embarque”. Las salas de embarque son espacios donde espera el pasajero de salida, luego de realizar los trámites de chequeo de embarque, controles migratorios y de seguridad aeroportuaria. En ambos casos, de lo que se trata es de áreas de la infraestructura aeroportuaria que el concesionario pone a disposición de los pasajeros, con el fin de que éstos puedan esperar en condiciones cómodas el momento de abordar su vuelo.

En ese sentido, no existe argumentación jurídica o técnica que sustente que se trata de servicios *de diferente naturaleza*, pues en ambos casos se brinda a los pasajeros un área de espera, es decir, se trata exactamente del mismo servicio.

83. En ese sentido, también en este extremo se debe desestimar la argumentación de la empresa concesionaria, pues es claro que LAP pone a disposición de los pasajeros internacionales embarcados de origen, áreas de embarque, que en el caso de los pasajeros que tienen la calidad de autoridades se llama, por una cuestión de usos y costumbres del curso normal de las operaciones aeroportuarias, “Salas oficiales para autoridades”.

84. En consecuencia, es necesario desestimar por incorrectos los argumentos de la empresa concesionaria relativos a que el “sistema de entrega de equipajes” y las “salas oficiales de autoridades”, no están a disposición de los pasajeros internacionales embarcados de origen, puesto que como se ha demostrado, en el primer caso la utilización del servicio depende de la decisión del pasajero, lo cual es precisamente aquello de lo que trata la “puesta a disposición”, y porque en el segundo caso, de lo que se trata es poner a disposición de los pasajeros áreas adecuadas para que éstos puedan esperar en condiciones cómodas el momento de abordar su vuelo, por lo que si en el caso de los pasajeros que son autoridades, dicha área se denomina “salas oficiales de autoridades”, ello no implica en modo alguno que se trate de un servicio de diferente naturaleza al denominado “Área de embarque”.

E. DE LAS FUENTES DE FINANCIAMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL APÉNDICE 1 DEL ANEXO 5:

85. Con relación al flujo de pasajeros tenido en consideración para estimar el valor de la TUUA contenida en el Contrato de Concesión, se debe señalar que los pasajeros en transferencia no fueron tenidos en consideración para el cálculo de la TUUA.

86. Efectivamente, para calcular el valor de la TUUA establecido en el Contrato de Concesión sólo se tuvo en consideración el flujo de pasajeros de origen, ya que la TUUA nunca fue aplicada en el Perú a pasajeros en transferencia y el número estimado de dichos pasajeros al momento de la determinación de la TUUA no fue un valor relevante.

87. Se debe señalar que una prueba clara y contundente de este hecho es que en **el Anexo 6 de las Bases** para la privatización del AIJCH (en adelante, “Bases”) **se estableció expresamente lo siguiente:**

*<<El Aeropuerto de Lima es principalmente un aeropuerto de origen-destino para el tráfico internacional, con alrededor del 10 por ciento de pasajeros en tránsito. **Actualmente, no se considera como un futuro aeropuerto internacional de transferencia.** Casi todos los pasajeros en tránsito corresponden a aerolíneas que sirven a los aeropuertos de Brasil, Chile y Argentina, que usan Lima como punto de parada para acceder a los aeropuertos de Norteamérica, principalmente Nueva York y Los Angeles. Las aerolíneas sudamericanas (Lan Chile, Aerolíneas Argentinas y Varig) dan cuenta del 90 por ciento de los pasajeros en tránsito en el Aeropuerto de Lima>>.*

88. Este reconocimiento expreso contenido en las Bases de la Licitación, demuestra que ambas partes conocían perfectamente al momento de la celebración del Contrato de Concesión, que los pasajeros en transferencia nunca representaron un factor significativo en la privatización del aeropuerto, y mucho menos para la determinación de la TUUA.
89. En efecto, al considerarse que el AIJCH era principalmente un aeropuerto para el uso de pasajeros de origen – destino, que servía además como punto de parada para pasajeros en tránsito, pero que no se consideraba como un aeropuerto de uso potencial para pasajeros en transferencia, mal podría haberse tenido en consideración en el cálculo de la TUUA el flujo de pasajeros en transferencia, máxime cuando dichos pasajeros nunca pagaron tarifa alguna por el uso del AIJCH en el Perú, y en el resto del mundo sólo pagan tarifas reducidas en muy pocos países.
90. En consecuencia, queda claro que las partes conocían que los ingresos obtenidos por el pago de la TUUA cubrirían todos los servicios prestados a los pasajeros que se embarcan en el AIJCH, pero que al no ser aplicable a pasajeros que sólo utilizan algunos de esos servicios para embarcarse (pasajeros en transferencia), ésta sólo sería asumida por aquellos pasajeros que tienen a su disposición todos los servicios relacionados a la TUUA (pasajeros de origen).
91. Asimismo, se debe señalar que en su escrito de fecha 21 de enero, LAP señala que el análisis del financiamiento del servicio prestado a los pasajeros en transferencia no es relevante a efectos de interpretar el Contrato.

Sobre el particular, se debe señalar que el análisis del financiamiento de los servicios es relevante en la medida que proporciona elementos de juicio respecto de la consideración de los pasajeros en transferencia como fuente (efectiva o potencial) de ingresos por parte de LAP. En este sentido, cabe resaltar que el regulador monitorea que los costos económicos incurridos en la prestación de un servicio sean cubiertos por los ingresos del mismo, para todos los servicios que presta el Concesionario. Sin embargo, este monitoreo no implica necesariamente una revisión de los precios de tales servicios si es que éstos se encuentran establecidos por Contrato de Concesión.

92. Por lo tanto, en el caso de la Concesión del AIJCH el análisis de la Contabilidad Regulatoria es referencial, puesto que las Tarifas Máximas de la TUUA están definidas en el Contrato de Concesión, y el Concesionario puede aplicar tarifas por debajo de dichos niveles. Aun en el supuesto que el Concesionario proporcionara la información para actualizar el análisis sobre los costos económicos del TUUA y que resultara que los costos económicos no son cubiertos por los ingresos que percibe por tal servicio, no cabría una modificación de la tarifa de dicho servicio pues ello contravendría lo estipulado en el Contrato de Concesión.

93. El presentar los resultados financieros de la Contabilidad Regulatoria contribuye al objetivo de indicar que en los reportes correspondientes a la contabilidad regulatoria, LAP no planteó en ningún momento en sus notas explicativas, la existencia de un servicio incluido dentro de la TUUA, como es el prestado a pasajeros en transferencia, cuyos costos se imputan a otros servicios incluidos dentro del mismo concepto. Este hecho es presentado en el Informe N° 017-04-GAL-GRE, como un elemento de juicio adicional, a fin de indicar que habiendo tenido LAP el derecho de precisar la existencia de ciertos servicios cuyos costos se vienen imputando a otros, ello no se indicó.

94. En efecto, si bien en el Manual de Contabilidad Regulatoria los costos vinculados a la TUUA nacional e internacional se encuentran agrupados en un solo centro de costos, ello no impedía que la propia empresa indicara que el servicio prestado a los pasajeros en transferencia estaba siendo imputados a otros servicios. El Manual de Contabilidad Regulatoria de LAP vigente señala lo siguiente:

<<El Concesionario debe especificar el procedimiento de asignación y los factores de distribución utilizados, indicando la racionalidad de su aplicación, así como las cantidades de los factores.>>

Sobre el particular LAP no ha reportado observaciones o notas que señalen que existen imputaciones que corresponden a pasajeros en transferencia.

95. En segundo lugar, LAP cuestiona la exactitud en la información de Contabilidad Regulatoria por no considerar las nuevas inversiones realizadas. Sobre este punto, cabe indicar que la información de los reportes de Contabilidad Regulatoria es preparada y presentada por el propio Concesionario, de tal manera que es la propia empresa asigna los costos comunes a los diferentes servicios. En este sentido, se ha utilizado la información disponible con la que cuenta el regulador y que ha sido proporcionada por LAP.

F. DE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER TUUA'S ESPECIFICAS AL INTERIOR DEL CONTRATO DE CONCESION:

96. Como se ha señalado anteriormente, las tarifas establecidas en las Bases de la Licitación Pública Internacional para otorgar en concesión del AIJCH, no se establecieron como producto de una negociación entre el Estado y los postores, sino que fueron fijadas por el Estado en dichas Bases. Es por ello que la Propuesta Técnica (Anexo 6) se forma, nace y se ejecuta de conformidad con la voluntad del Estado.

97. Contrariamente a lo que ha venido sosteniendo LAP, y tal como se ha demostrado anteriormente, sí existe una voluntad declarada del Estado respecto a lo que constituye el ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA.

En efecto, en el punto a1 del Anexo 5 del contrato de concesión, se establece que son los pasajeros *embarcados* los que pagan la TUUA. Siendo que este concepto no es un concepto definido en el Contrato de Concesión ni en la legislación aplicable al mismo, es preciso que el mismo sea interpretado de acuerdo a la voluntad real y declarada del Estado, y dicha voluntad fue que la TUUA fuera asumida por los pasajeros que se embarcan teniendo a su disposición para tal efecto todos los servicios relacionados a la TUUA detallados en el Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

En efecto, de la interpretación literal, sistemática y funcional del Numeral 1.55, Anexo 5 y Apéndice 1 del Anexo 5, se desprende que el hecho generador del derecho de cobro de la TUUA, se da cuando un pasajero embarcado, tiene la disponibilidad de la integridad de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5. Es esa disponibilidad de todos los servicios listados en el Apéndice 1 del Anexo 5 lo que genera el derecho de cobro.

98. También se ha señalado anteriormente, que de acuerdo al marco normativo vigente (TUO de concesiones) y a lo establecido en el contrato de concesión, las Tarifas son contraprestaciones a favor del concesionario, que a su vez se consideran sistemas de recuperación de inversiones, que constituyen fuentes de financiamiento que posibilitan al concesionario recuperar las inversiones realizadas.

En ese sentido, es necesario señalar que LAP afirma acertadamente que el contrato de concesión únicamente ha contemplado dos fuentes de financiamiento para la puesta a disposición de del paquete de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, y son la TUUA nacional y la internacional.

99. Pues bien, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN no señala en modo alguno, como equivocadamente señala LAP, que deba modificarse el contrato de concesión, lo que hace es señalar cuál es al ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA de acuerdo a lo que expresamente contempla el contrato, con el fin de enfatizar que el contrato de concesión no permite el cobro de la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia, pues éstos pasajeros embarcados no tiene a la disposición del paquete de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5.

En efecto, no es posible establecer “TUUA’s específicas” al interior del contrato de concesión, pues como se ha visto anteriormente, son sólo dos las fuentes de financiamiento del paquete de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5 y porque los servicios que se presta a los pasajeros internacionales en transferencia ya están financiados con el pago de la TUUA nacional e internacional.

100. En ese sentido, se debe señalar que OSITRAN no pretende sustentar ni nunca lo hizo, que deba modificarse el contrato o peor aún, que deba iniciarse un procedimiento de fijación tarifaria de oficio para fijar una “TUUA específica” para pasajeros internacionales en transferencia, pues en este caso se trataría de un doble cobro, lo cual no está permitido de acuerdo al marco normativo regulatorio.

101. La voluntad declarada del Estado en el contrato de concesión fue establecer únicamente dos fuentes de financiamiento para la puesta a disposición del paquete de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5. Es por ello que la Propuesta Técnica (Anexo 6) de LAP, que como ya señalamos está condicionada a lo establecido en las Bases, no contiene proyecciones de ingresos por el cobro de la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia. Las proyecciones de pasajeros que LAP ha presentado, tenían como fin únicamente tomar en cuenta las dimensiones de la infraestructura nueva que se iba a ofertar al Estado en dicha Propuesta Técnica. Esas proyecciones de pasajeros lo único que sustentan es una determinada dimensión de la infraestructura. En ese sentido, las proyecciones de pasajeros no pueden en modo alguno modificar las Tarifas (y menos su ámbito subjetivo de aplicación) establecido en las Bases de la Licitación por el Estado.
102. En consecuencia, se debe desvirtuar las afirmaciones de la empresa concesionaria en este extremo, porque el Consejo Directivo ni ha sugerido una modificación contractual, ni pretender fijar una tarifa por un servicio que ya está financiado por el pago de la TUUA, por parte de los pasajeros embarcados que tiene a su disposición la integridad de los servicios del Apéndice 1 del Anexo 5.

G. DEL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL COBRO DE LA TUUA A LOS PASAJEROS EN TRANSFERENCIA:

103. En su escrito de fecha 21 de enero de 2005, LAP señala que del Principio de No Discriminación establecido en el Contrato de concesión no se desprende una prohibición absoluta, al establecimiento por parte del Concesionario, de tratamientos diferenciados entre usuarios de los servicios e infraestructura aeroportuaria. En efecto, LAP señala que el referido Principio busca imponer límites al comportamiento no regulado del Concesionario, no impedir la ejecución del propio Contrato. En tal sentido, el principio recogido en la Cláusula 7.1. del Contrato no debe ser interpretado o aplicado de forma que haga devenir en ineficaz otras partes del Contrato.
104. En tal sentido, LAP afirma que si ciertas tarifas han sido diseñadas o estructuradas sobre la base de un tratamiento diferenciado entre ciertas categorías de usuarios, la interpretación y aplicación de dicho principio no debería llevar a eliminar la aplicación de dichas tarifas. Según LAP, ello sería contrario al principio de interpretación, según el cual, se debe buscar aquella interpretación que tienda a la conservación y aplicación de la integridad de las disposiciones del Contrato, respecto de aquella que haga inaplicable alguna parte del mismo.
105. Sobre el particular, el Informe N° 017-04-GRE-GAL/OSITRAN señala que el Contrato de Concesión otorga al Concesionario un conjunto de derechos (por ejemplo, la posibilidad de cobrar por determinados servicios que efectivamente presta). Sin embargo, también le impone un conjunto de restricciones al ejercicio de tales derechos. Una de estas restricciones es la constituida por la obligación de no establecer tratos discriminatorios entre usuarios que hacen igual uso de la infraestructura.

Al respecto, el Numeral 7.1 del contrato de concesión señala lo siguiente:

<<7.1 Principio de No-Discriminación. En las relaciones comerciales del Concesionario y/o los Operadores está prohibida la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que creen situaciones desventajosas entre competidores.

El Concesionario deberá garantizar que los Servicios Aeroportuarios y las áreas y locales del Terminal, sean prestados y puestos a disposición de todos los Usuarios sin ningún tipo de discriminación. Además, el Concesionario y el Operador Principal deberán cumplir con todas las Leyes Aplicables relacionadas con la disponibilidad equitativa e igualdad de precios y tarifas de bienes y/o servicios y el acceso razonable, no discriminatorio, al Aeropuerto en igualdad de circunstancias.>>

106. De la lectura de dicho artículo, el Informe N° 017-04-GRE-GAL/OSITRAN señala que se desprende en primer lugar, que el Principio de no-discriminación se aplica claramente a usuarios intermedios como a usuarios finales. En efecto, si bien el primer párrafo hace referencia a la aplicación de condiciones de desiguales para prestaciones equivalentes que genera desventajas entre competidores, el segundo párrafo se refiere expresamente y en términos generales a “todos los usuarios sin ningún tipo de discriminación”.
107. Como se señaló en el citado informe, lo anterior no impide que el Concesionario (en aplicación de sus políticas comerciales) otorgue a ciertos segmentos específicos de usuarios, con determinadas características económicas, descuentos o promociones que impliquen un trato diferenciado del resto de usuarios. Por ejemplo, el Contrato permite que en aquellos casos en los que se haya determinado una tarifa tope por la prestación de un servicio, el Concesionario en uso de sus prerrogativas y estrategias comerciales otorgue tarifas preferenciales (por ejemplo, tarifas no lineales) a determinados segmentos de usuarios, sobre la base de fundamentos o criterios objetivos.

En tal sentido, el Contrato no prohíbe la diferenciación de precios, siempre que ésta se encuentre justificada objetivamente por razones de índole económica relacionadas con las características particulares de los usuarios o de los servicios que consumen.

108. En segundo término, del Numeral 7.1 del contrato de concesión se desprende que el Principio de No Discriminación se aplica sólo a usuarios que se encuentran en igualdad de circunstancias. Es decir, el Concesionario se encuentra impedido de hacer una diferenciación en el trato que otorgue a usuarios de similar naturaleza. En aquellos casos en que se establezca algún tipo de diferenciación entre usuarios, corresponde al Concesionario establecer la justificación de índole económica en la que se sustente dicha diferenciación.
109. En virtud de lo anterior, aplicando el Numeral 7.1 al caso del usuario final de infraestructura, el Concesionario se encuentra impedido de aplicar a usuarios que tienen acceso al mismo conjunto de servicios de infraestructura *un trato diferenciado*.

Cabe mencionar que esta interpretación del Contrato no lo desvirtúa ni lo hace inaplicable como pretende afirmar LAP. Señalar esto último, implicaría indicar que en la medida que no se ha efectuado un cobro a los pasajeros en transferencia, el Contrato hasta la fecha no se ha venido aplicando. Por el contrario, consideramos que el Contrato hasta la fecha se ha venido aplicando de acuerdo a lo que éste establece como ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA (LAP no pone a disposición de los pasajeros internacionales en transferencia el paquete de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5) y que el

hecho que LAP no haya cobrado la TUUA a los pasajeros en transferencia, se ha venido efectuando en aplicación correcta de lo que establece el contrato en cuanto los únicos obligados al pago, lo cual está en concordancia con lo establecido en el Numeral 7.1.

110. Es importante tener en cuenta que aún en el supuesto negado que el Contrato de Concesión permitiese cobrar el TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia, la aplicación de condiciones discriminatorias entre usuarios que se encuentran en circunstancias similares (pasajeros en tránsito que bajan de la aeronave y pasajeros en transferencia) no estaría justificada. Ello implicaría que el contrato tendría una contradicción de fondo. En efecto, si LAP en aplicación de sus políticas comerciales desea, a partir de la fecha, comenzar a establecer un trato más favorable a ciertos usuarios frente a otros, debería justificar bajo qué criterios podría aplicar una tarifa a un usuario (pasajero en transferencia) que tiene a su disposición el mismo conjunto de servicios que el que tiene otro idéntico (pasajero en tránsito).
111. De hecho, si al no cobrar a los pasajeros en transferencia, LAP hubiese estado haciendo uso de sus políticas comerciales, correspondería en éste caso, justificar por qué ha decidido aplicar un trato diferenciado a éste tipo de pasajeros y qué diferencias con los pasajeros en tránsito desde un punto de vista comercial justificarían tal tratamiento. En tal sentido, no es cierto que la aplicación de la cláusula 7.1. restringiría la aplicación del Contrato, en tanto no cobrar a los pasajeros en transferencia constituiría -tal como lo afirma LAP- una restricción impuesta a comportamientos no regulados. De hecho, según LAP, como parte de sus políticas comerciales “renunció” a cobrar a los pasajeros en transferencia.
112. LAP señala, como ejemplos de trato discriminatorios contemplados en el Contrato, a los pasajeros que embarcan y desembarcan y que la aplicación del principio de no-discriminación no debería conducirnos a que no se cobre a los primeros. En este caso, debemos reiterar que el principio de no-discriminación es aplicable a usuarios de similar naturaleza o que tiene a su disposición los mismos servicios. Claramente éste no es el caso de los pasajeros embarcados y desembarcados.
113. Cabe mencionar que desde el inicio de la Concesión, LAP en ninguna oportunidad hizo explícito que, como parte de su política comercial, no cobraría el TUUA a los pasajeros en transferencia. Dicha actuación contrasta con la observada en el caso de los pasajeros menores de dos años, en que mediante Carta CR-ODG-AE-021/03, se hizo explícita la solicitud a OSITRAN de la exoneración del pago de la TUUA Nacional e Internacional a los niños menores de dos años.
114. Por otro lado, LAP señala que existe un error en la lógica de razonamiento contenida en el Informe N° 017-04-GRE-GAL/OSITRAN, en el sentido que de la existencia de dos categorías de usuarios, unos que usan y no pagan y otros que usan y pagan, y de la existencia de los primeros, se estaría infiriendo la no-existencia de los segundos. Sobre el particular, debemos señalar que, para efectos regulatorios, sólo cabe distinguir entre categorías de usuarios que se encuentran en circunstancias diferentes respecto del acceso a los servicios. En este caso específico, no se infiere en modo alguno que los pasajeros en transferencia no deberían existir, sino que la aplicación coherente e integral del Contrato, no le permitiría al Concesionario cobrarles a éstos la TUUA.

115. Por otro lado, LAP señala que el propio Contrato de Concesión establece una serie de tratos discriminatorios, y que de seguir el razonamiento planteado en el Informe N° 017-04-GRE-GAL/OSITRAN, los pasajeros de TUUA no deberían pagar, debido a que los pasajeros desembarcados tienen acceso al mismo paquete de servicios. Según LAP *“lo absurdo de sus consecuencias debería bastar para descartar tal argumentación”*.
116. Sobre el particular, además de reiterar el hecho de que los pasajeros desembarcados no efectúan en modo alguno un uso similar de la infraestructura al que realizan los pasajeros embarcados, debe mencionarse que en el caso específico de los pasajeros en transferencia, hasta la fecha, LAP ha venido aplicando el Contrato, dando un trato similar a estos pasajeros y a los pasajeros en tránsito. Ello no resulta incoherente ni absurdo. Es precisamente LAP, quien formulando su pretensión de aplicar la TUUA a pasajeros en transferencia busca ahora establecer un tratamiento distinto a éste grupo de pasajeros, apartándose de lo establecido en el Contrato.

Consideramos que la actuación que ha venido teniendo LAP durante los primeros cuatro años de la Concesión, con relación a no cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia, sí se ajusta plenamente a las restricciones que impone el Contrato: tanto las relacionadas con la necesidad de que quien está dentro del ámbito subjetivo aplicación de la TUUA sea un pasajero embarcado que tenga a su disposición la integridad de los servicios del apéndice 1 del Anexo 5, como a la necesidad de evitar un trato discriminatorio respecto de usuarios de características idénticas.

117. Finalmente, no puede dejar de mencionarse que, si se asumiera como correcta la interpretación de LAP, y en el supuesto negado que ésta tuviese derecho a cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia, habría que concluir que LAP habría estado incurriendo (durante toda la vigencia de la concesión hasta la fecha), en una práctica discriminatoria, consistente en no cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia pero sí a los pasajeros de origen. Ello, porque si es que LAP propugna el principio de no-discriminación, y se trata de una empresa que supuestamente no discrimina entre pasajeros, cabría preguntarse entonces cómo es que sobre la base de una decisión comercial LAP, habría decidido no cobrarle la TUUA a los pasajeros en transferencia, pese a considerar que tenía derecho a hacerlo. ¿No sería eso un supuesto de discriminación? Consideramos que sí, y sería contradictorio que LAP incurriese en prácticas discriminatorias durante estos cuatro años, cuando lo que supuestamente busca es evitar que se dé un trato discriminatorio.

H. DEL CRECIMIENTO DEL VOLUMEN DE PASAJEROS EN TRANSFERENCIA:

118. Otro de los argumentos utilizados por LAP para tratar de sostener la posibilidad de cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia es que estos pasajeros implicarían determinados costos para LAP que tendrían que ser asumidos por ella, y que el Contrato de Concesión no determinó expresamente que los pasajeros en transferencia no estuvieran incluidos dentro del ámbito de aplicación de la TUUA.

119. Sobre este particular, debe señalarse que en todo Contrato de Concesión los derechos de las partes, y más aún los derechos para cobrar tarifas a los usuarios deben estar explícitamente especificados, por lo que carece de sustento el argumento de LAP referido a que la no exclusión expresa de los pasajeros en transferencia del ámbito de aplicación de la TUUA hace permisible su cobro.
120. No se requiere que los pasajeros en transferencia hayan sido expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la TUUA para no ser sujetos pasivos del cobro de la tarifa, sino que basta con que no hayan sido expresamente incluidos para estar fuera de dicho ámbito de aplicación.

Efectivamente, los pasajeros en transferencia no califican como pasajeros embarcados obligados al pago de la TUUA, ya que pese a ser pasajeros que realizan un acto de embarque no tienen a su disposición todos los servicios relacionados a dicha tarifa (del Apéndice 1 del Anexo 5), salvo en algunos casos excepcionales en los que se abandonen las instalaciones aeroportuarias.

121. De lo contrario, tendríamos que concluir que cualquier usuario del AIJCH no expresamente excluido del ámbito de aplicación de la TUUA o de otra tarifa, podría ser sujeto pasivo de cobro, lo cual evidentemente no reflejaría el real sentido de la voluntad del Estado, ya que el Concesionario se vería facultado a cobrar la TUUA a cualquier usuario del AIJCH, independientemente de los servicios que tenga a su disposición.
122. Entre otros de los elementos que dan a conocer el sentido de la real voluntad de las partes al suscribir el Contrato de Concesión, se encuentra la Propuesta Técnica presentada por el Concesionario (Anexo 6), en la cual se hace referencia en repetidas oportunidades a la intención y el ofrecimiento al Estado de convertir el AIJCH en un *hub* aeroportuario, que se caracterizaría por contar con servicios accesibles y económicos para los pasajeros.
123. Este ofrecimiento por parte del Concesionario se da pese a conocer que el AIJCH no era considerado un aeropuerto para pasajeros en transferencia, tal y como se indica expresamente en el Anexo 6 de las Bases, según el cual, *“El Aeropuerto de Lima es principalmente un aeropuerto de origen-destino para el tráfico internacional, con alrededor del 10 por ciento de pasajeros en tránsito. Actualmente, no se considera como un futuro aeropuerto internacional de transferencia.”*
124. No obstante, el Concesionario conocía la realidad del AIJCH respecto de la poca acogida de pasajeros en transferencia, en el Anexo 6 (fojas 0745) de su Propuesta Técnica se señala lo siguiente:

“4.1.2.1.1 Estrategia de Corto Plazo – El Centro de Interconexión (Hub) del Sistema Aéreo Peruano

Teniendo en consideración los obstáculos actuales y los desafíos de mediano plazo, tanto técnicos como financieros, así como la geografía del Perú, pensamos que un sistema de transporte aéreo peruano adecuadamente diseñado e implementado puede convertirse en un modo de transporte rápido, económico y confiable tanto para pasajeros como para carga.”

Adicionalmente, en la misma Propuesta Técnica a fojas 747 señala:

“Travel lite

El concepto denominado “Travel lite” apoyará a las aerolíneas a mantener precios asequibles proporcionando servicios adecuados y facilitando viajes económicos (...). Los tres elementos principales son:

(...)

- Pasajeros: proporcionándoles la posibilidad de hacer viajes fáciles y al alcance de su bolsillo, reduciendo por ejemplo servicios aeroportuarios innecesarios y costosos, concentrándose en aquellos que el pasajero realmente necesita y esté dispuesto a pagar”

125. En este orden de ideas, desarrollando su intención de convertir el AIJCH en un *hub*, el Concesionario señala como parte de su estrategia comercial de mediano plazo, a fojas 0750 del Anexo 6, lo siguiente:

“4.1.2.1.2. Estrategia de Mediano Plazo – Aeropuerto Hub de la Región Andina

La estrategia de mediano plazo consiste en desarrollar al Aeropuerto para convertirlo en la puerta de entrada/salida hacia y desde la Región Andina, el MERCOSUR, Norte y Centro América y, en general, en el vínculo principal con el resto del mundo, de manera que sea uno de los elementos motores más activos para el desarrollo de la Región.

(...)

Adicionalmente, el Consorcio implementará una estrategia orientada a brindar servicios y la infraestructura óptimos para la promoción del tráfico, del turismo y la atracción de un hub carrier. Factores elementales son:

(...)

Se deben dar a las aerolíneas condiciones económicas favorables en elementos tales como derechos de aterrizaje, alquileres de mostradores y oficinas y el precio de combustible.

La gerencia del aeropuerto estará dispuesta a atender los deseos y preocupaciones de sus clientes principales brindando servicios seguros, eficaces y de calidad, factor indispensable para un verdadero “hub” de importancia. Esta política gerencial incluye la capacidad de desarrollar el negocio no aeronáutico generando así ingresos adicionales significativos y flujo de caja para las inversiones necesarias para el desarrollo de la infraestructura sin repercusión automática a las tarifas.”

126. Pese a conocer que el AIJCH no era considerado como un aeropuerto para pasajeros en transferencia, la Propuesta Técnica del Concesionario evidencia que su intención en un mediano plazo era la de convertir el AIJCH en un *hub* a nivel nacional y regional, para lo cual el mismo Concesionario había previsto *“...desarrollar el negocio no aeronáutico generando así ingresos adicionales significativos ... sin repercusión automática a las tarifas...”*.
127. Siendo claro que el AIJCH no era un aeropuerto destinado a recibir pasajeros en transferencia al momento de su privatización, los ingresos por los servicios aeroportuarios no dependían de dichos pasajeros, ya que los costos de todos los servicios aeroportuarios eran asumidos directamente por los pasajeros que realizaban embarques teniendo a su disposición todos los servicios relacionados a la TUUA (pasajeros de origen), los cuales representaban la inmensa mayoría de los pasajeros que se embarcaban haciendo uso de las instalaciones del AIJCH, y que son los únicos que fueron tenidos en consideración para el cálculo tarifario, atendiendo al reducido número que el flujo de los pasajeros en transferencia representaba para el AIJCH al momento de su privatización.
128. Es ante esta realidad comercial que el Concesionario propone al Estado en su Propuesta Técnica (Anexo 6), convertir a mediano plazo el AIJHC en un *hub*, previendo para ello la generación de ingresos mediante servicios no

aeronáuticos (servicios comerciales) a fin de evitar que el incremento del flujo de dichos pasajeros repercuta automáticamente en las tarifas.

129. Por tanto, el hecho que el Concesionario pretenda hacer extensivo el cobro de la TUUA a los pasajeros en transferencia ante un incremento del flujo de dichos pasajeros, no sólo es contrario al Contrato de Concesión, sino que además no resulta acorde con el objetivo establecido en su Propuesta Técnica, en la cual se previó incrementar el flujo de dichos pasajeros sin que ello tenga una repercusión tarifaria para los usuarios.
130. En consecuencia, no sólo resulta cuestionable que el Concesionario pretenda aplicar la TUUA a los pasajeros en transferencia, sino que además dicha pretensión no se condice con su propuesta de convertir el AIJCH en un *hub* internacional mediante la aplicación del concepto denominado por el propio Concesionario “*Travel Lite*”, el cual consiste en proporcionar a los pasajeros “...la posibilidad de hacer viajes fáciles y al alcance de su bolsillo, reduciendo por ejemplo servicios aeroportuarios innecesarios y costosos, concentrándose en aquellos que el pasajero realmente necesita y esté dispuesto a pagar”.
131. Precisamente, la aplicación de la TUUA no sólo supondría aplicar a los pasajeros en transferencia el cobro de una tarifa sumamente alta por servicios que en su gran mayoría no tienen a su disposición, sino que además es evidente que la aplicación de la TUUA desincentivaría el flujo de pasajeros en transferencia, dado el excesivo costo que podrían verse obligados a pagar dichos pasajeros, alejando al AIJCH de la posibilidad de convertirse efectivamente en un *hub* internacional conforme a lo ofertado por el Concesionario al Estado en su Propuesta Técnica.

I. DE LAS CONSIDERACIONES TOMADAS EN CUENTA POR LAP AL PRESENTAR SU PROPUESTA TECNICA:

132. Como se mencionó anteriormente, mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2005, LAP presentó argumentos adicionales, relacionados con la información incluida en la Propuesta Técnica presentada en el marco del proceso licitatorio para la entrega en Concesión del AIJCH. En dicha propuesta se presentó una estimación de la demanda esperada así como de los ingresos proyectados para el período de Concesión.
133. Según LAP, tanto el “Plan de Negocios” como el “Plan Maestro” presentado, luego de ser evaluados y calificados por la entidad encargada del proceso de concesión (COPRI, hoy PROINVERSION), quedaron incluidos como parte integrante del Contrato de Concesión y, por tanto, debe ser considerado en cualquier interpretación del Contrato de Concesión.
134. En su escrito, LAP adjunta la “*Tabla de Ingresos y Egresos. Presupuesto Anual de Ingresos y Egresos par el Período de la Concesión*”, incluido en el Capítulo 4 de su Propuesta Técnica. Dichos ingresos, según la misma propuesta, se obtienen de multiplicar el volumen de tráfico de pasajeros por el arancel específico correspondiente. En tal sentido, LAP incluyó en su Propuesta Técnica proyecciones de demanda desde el año 2000, las que se consignan en la Tabla A-1 de la sección 2-A.1. (Folio 0054) del Anexo 6. En éste Cuadro, los pasajeros se dividen en Internacionales y Nacionales, los que a su vez se desagregan en el rubro de “salidas” y “llegadas”. Adicionalmente, en la sección 2.2.1.-E de la Propuesta Técnica de LAP (Fojas 0251), LAP

presentó la Tabla 12 en la que se establecen los supuestos de demanda, según su Proyección Base. En este Cuadro se desagrega el número de abordos, en “abordos internacionales”, “salida de tránsito Internacional” y “abordos nacionales”.

135. Con relación a la Tabla 12 que incluye la Proyección de Demanda realizada por LAP, la inclusión de la categoría Salida de Tránsito Internacional, evidencia que ésta *“no fue considerada por LAP en sus cálculos y estimaciones como una categoría diferente, sino como una categoría cuyos volúmenes de tráfico ya se encuentran comprendidos dentro del total de pasajeros proyectados (salidas + llegadas)”*.
136. Sobre el particular, conviene recordar que tal como se concluyera en el Informe N° 017-04- GRE-GAL-OSITRAN el concepto de pasajeros en tránsito difiere claramente del de pasajero en transferencia, materia de discusión en el presente informe.

En efecto, de acuerdo a las definiciones presentadas por el propio Concesionario en anteriores oportunidades, mientras el pasajero en tránsito es uno que continua en el mismo vuelo directo, el segundo es uno que embarca o “hace transbordo” en otro vuelo. En tal sentido, según la terminología internacionalmente aceptada, un pasajero en tránsito no puede considerarse como embarcado y, por lo tanto, incumple con uno de los requisitos para estar considerado dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA, de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 017-04- GRE-GAL-OSITRAN

137. Aún cuando la inclusión de los pasajeros en tránsito dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA, no ha sido ni es materia de la pretensión planteada por LAP, resulta importante considerar los criterios de interpretación establecidos en el propio Contrato de Concesión.
138. El Numeral 24.12 del Contrato de Concesión establece que éste deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus cláusulas de manera independiente. Asimismo, señala que en caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:

- 1° El presente Contrato que incluye sus anexos
- 2° Las circulares
- 3° Las Bases
- 4° Los anexos a las Bases.

139. De acuerdo a lo anterior, la Propuesta Técnica (Anexo N° 6 del contrato), constituye la oferta del concesionario y expresa la voluntad de éste, voluntad que necesariamente está determinada por el contenido de las Bases, la cual comprende el proyecto de contrato de concesión y sus Anexos. En ese sentido, la Propuesta Técnica se basa y está condicionada a lo establecido en el proyecto de contrato de concesión, que constituye la expresión de voluntad del Estado. Asimismo, se debe considerar que la Propuesta Técnica se elabora y presenta en el tiempo, antes del nacimiento propiamente dicho del contrato de concesión, en el acto de su suscripción. Cuando se presenta la Propuesta Técnica el postor no sabe si ganará a no, la voluntad común de las partes de formaliza con el acto de suscripción.

140. En ese sentido, es claro que si existiera alguna discrepancia entre lo dispuesto en el contrato de concesión y la propuesta técnica (eventualidad que no se puede negar), primará lo establecido en el contrato de concesión, dado que el contrato constituye la voluntad del Estado, la cual tratándose de un contrato de concesión de obra pública de infraestructura y servicio público; es determinante en la generación, formación y presentación de la propuesta del postor (más adelante concesionario), así como en el acuerdo de voluntades constituido por el contrato de concesión en su conjunto. En ese sentido, si bien la Propuesta Técnica forma parte del contrato de concesión, en caso que ésta se oponga a una estipulación del contrato de concesión, prima lo establecido en éste sobre la Propuesta Técnica.
141. De acuerdo a lo anterior y en uso del principio de integración contractual y de las reglas integración instrumental del Contrato, se debe considerar que el hecho de que los flujos de ingreso presentados por el Concesionario en su Propuesta Técnica, incluyan ingresos provenientes de la aplicación de una tasa de embarque a los pasajeros en tránsito; no implica en modo alguno que la voluntad del Estado así lo establezca, o que el Concesionario pueda aplicar la TUUA a una categoría de pasajeros distinta a la de pasajeros embarcados, que tienen la disponibilidad de la integridad de los servicios contenidos en la TUUA, tal como expresamente lo requiere el contrato.
142. Adicionalmente, LAP ha presentado información contenida en el Capítulo 2 de su Propuesta Técnica, asociada con la Tabla B-6. En dicha Tabla, LAP clasifica a los pasajeros internacionales en dos categorías: “Pasajeros Internacionales de Salida” y “Pasajeros Internacionales de Llegada”. Dentro de cada subcategoría los pasajeros se dividen en pasajeros origen o destino y en pasajeros de conexión (o transferencia) y pasajeros en tránsito. Cabe mencionar que esta constituye la única referencia presentada en el escrito de LAP del uso del término “pasajero en transferencia”, en las proyecciones de pasajeros presentadas como parte de su Propuesta Técnica.
143. Las proyecciones de pasajeros de salida internacional antes mencionadas, multiplicadas por el valor máximo de la TUUA (descontado IGV), dan como resultado un número cercano a las proyecciones de ingresos efectuada por LAP. Según LAP, el hecho de que estas proyecciones de ingreso, se hayan efectuado incorporando dentro de las proyecciones de demanda a los pasajeros en tránsito y transferencia, evidenciaría que sí contempló en su Propuesta Técnica a este tipo de pasajeros. Asimismo, LAP presenta estimados relativos a cuál sería la diferencia de ingresos resultante de no considerar los pasajeros de salida de tránsito internacional, dentro de los pasajeros de salida internacional a quienes se debería aplicar la TUUA.
144. Según LAP, el hecho de que los cálculos y estimaciones fueron evaluados y calificados por la COPRI como parte del proceso de Concesión y el hecho de haber recibido las mayores calificaciones por los postores, ratifica su posición, en el sentido de que de acuerdo al texto del Contrato de Concesión, LAP tiene derecho de aplicar la TUUA a los pasajeros internacionales de transferencia.
145. Con relación a la mención que hace la Tabla B-6 titulada “*Volúmenes Importantes de Diseño de Tráfico (Pasajeros u Operaciones /Hora Punta)*”, que presenta proyecciones estadísticas quinquenales desde el año 2000 hasta el 2030, de los pasajeros en conexión o transferencia, resulta importante

considerar el contexto en el cual dicho Cuadro es incorporado a la Propuesta Técnica (Anexo 6).

Efectivamente, dicho Cuadro se encuentra consignado en la sección 2-B Base del Diseño del AIJC y, más específicamente en la Sub-sección 2-B.1. “*Normas de Planificación y Requisitos de Instalaciones*”. El realizar proyecciones de tráfico en horas punta, resulta indispensable a fin de dimensionar las obras a realizar. Asimismo, el conocer de manera referencial la estructura del tipo de pasajero que transite por las instalaciones del AIJCH, resulta importante pues estos supuestos deben ser utilizados a fin de diseñar las obras e instalaciones aeroportuarias. Lo anterior, sin embargo, no implica que los pasajeros en tránsito y transferencia deban ser incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA. En efecto, el hecho de que en la Propuesta Técnica se establezcan supuestos relativos a distintos tipos de pasajeros que transitan por el AIJCH durante las horas punta, no demuestra ni implica en modo alguno que todos ellos deban estar incorporados al ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA.

146. Cabe mencionar que en el marco del proceso de licitación para la concesión del AIJCH, se otorgó a todos los postores información relativa a proyecciones de tráfico y flujos financieros asociados a la concesión. Este es el caso del modelo preparado por Ernst & Young, que tampoco consideró a los pasajeros en tránsito para el cálculo de los ingresos provenientes del cobro del TUUA internacional. El asesor financiero del Comité Especial para la Licitación del AIJCH calculó los ingresos por TUUA, con base a pasajeros embarcados trasladados por las empresas de transporte aéreo comercial nacional (Air Carrier – Domestic) e internacional (Air Carrier – Internacional), aviación general nacional (General Aviation – Domestic) y a los pasajeros trasladados por aeronaves militares (Military).

La siguiente tabla muestra un extracto¹¹ de los pronósticos de pasajeros embarcados presentados en la versión electrónica del modelo¹² preparado por Ernst & Young y que sirve como base para el cálculo de los ingresos mostrados en la Tabla 2.

Tabla 1¹³

Passenger Enplanements	1997	1998	2000	2001
Air Carrier – Domestic	993,691	1,087,005	1,156,654	1,229,364
Air Carrier – International	835,109	905,887	966,863	1,030,518
Air Carrier - International in Transit	101,674	110,370	117,799	125,554
Air Cargo	na	na	na	Na
General Aviation – Domestic	89,778	8,000	8,000	8,000
General Aviation – International	na	na	na	na
Military	18,852	6,000	6,000	6,000
Total Passenger Enplanements	2,039,104	2,117,261	2,255,315	2,399,436

¹¹ El modelo considera los 30 años de concesión.

¹² La versión electrónica del modelo permite establecer la causalidad de las variables; es decir, conocer como se calcularon los ingresos provenientes del TUUA internacional.

¹³ Número de pasajeros.

147. Como lo muestra la tabla anterior, la proyección de pasajeros identifica a los mismos, considerando a los pasajeros en transferencia o en tránsito como un segmento diferente dentro de la población total. Las proyecciones anteriores se emplean para calcular los ingresos correspondientes por uso de aerostación, como se aprecia en la Tabla 2, no se contabiliza los ingresos por pasajeros internacionales en tránsito en el total de ingresos percibidos por uso de aerostación (TUUA), deduciendo la transferencia a CORPAC.

Tabla 2

Aeronautical Revenues	1998	2000	2001
<i>Passenger Fees</i>			
Air Carrier - Domestic	3,476,190	3,675,807	4,167,335
Air Carrier – Internacional	15,354,017	16,387,506	17,466,412
Air Carrier – Internacional in Transit	na	na	na
Air Cargo - International	na	na	na
General Aviation - Domestic	25,584	25,424	27,119
General Aviation - International	na	na	na
Military	19,188	19,068	20,339
Total Passenger Fee	18,874,978	20,107,804	21,681,205

148. El modelo elaborado por Ernst & Young en 1998, muestra claramente que los pasajeros en tránsito y/o transferencia no son un segmento considerado como fuente de ingresos para el AIJCH. Ello constituye un indicio adicional que demuestra que durante el proceso de Licitación del AIJCH, los pasajeros en tránsito y/o transferencia no fueron considerados como sujetos pasivos de la aplicación de la TUUA.

J. CONDUCTA Y ACTUACIÓN DE LAP:

149. Según lo expuesto por LAP, su decisión de no cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia durante los años que lleva de vigente la relación concesional, se habría debido a una decisión comercial, pese a tener derecho a cobrarla conforme a los términos del Contrato de Concesión. De ser ello así, ello constituiría una práctica discriminatoria contraria al principio de no-discriminación previsto en el numeral 7.1 del Contrato, el cual paradójicamente habría sido invocado repetidas veces por LAP para efectos de sostener el derecho cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia, sin discriminar a los pasajeros de origen.
150. No sería posible sustentar ni entender las razones comerciales que podrían haber llevado a LAP a dejar de cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia (en el supuesto negado que tuviese derecho a cobrarla), no sólo sabiendo que ello constituiría una práctica discriminatoria conforme a los términos del Contrato de Concesión, sino que supondría la negativa a percibir un ingreso al que supuestamente tendrían un legítimo derecho.

151. Sin embargo, no podemos dejar de notar que la decisión de LAP de cobrar la TUUA a los pasajeros en transferencia aparece recién cuando el flujo de pasajeros en transferencia se incrementa de una manera no prevista por las partes al suscribir el Contrato de Concesión, lo cual induce a pensar que la decisión de LAP de hacer extensivo el cobro de la TUUA a los pasajeros en transferencia obedece más bien a una situación coyuntural y de conveniencia económica que a la existencia de un real derecho.

K. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN DE OSITRAN:

152. LAP afirma que el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN contraviene lo “expresamente pactado” por las partes, y que implica una modificación ilegal de las Tarifas Máximas establecidas en el contrato, las cuales no pueden modificarse los primeros ocho años de vigencia de la concesión.

Al respecto, considerando lo anteriormente expuesto, se debe señalar que el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN ni contraviene lo dispuesto en el contrato de concesión, ni modifica, ni pretende modificar tarifa alguna, ni mucho menos aún sugiere que se lleva a cabo una modificación contractual.

153. En efecto, el contrato de concesión sí ha previsto de manera expresa la disponibilidad de la integridad de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5 por parte de los pasajeros embarcados como hecho generador del derecho de cobrar la TUUA. Es así como el Estado estableció la TUUA y por ende los únicos obligados al pago. Esa voluntad declarada del Estado determina la Propuesta Técnica del concesionario, en la que se ofreció al Estado convertir al AIJCH en un hub.

154. Esa voluntad declarada del Estado, es la que LAP modificaría ilegalmente si cobrara la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia, pues como se ha visto éstos no están en el ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA y porque los costos de atender a esta categoría de pasajeros ya están financiados con las dos únicas fuentes de financiamiento que sí ha previsto el contrato la TUUA nacional y la internacional.

155. En consecuencia, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, ni contraviene lo expresamente contemplado en el contrato de concesión, ni modifica ni sugiere una modificación de la voluntad declarada del Estado en el contrato de concesión.

VI. CONCLUSIONES:

1. De acuerdo al Numeral 1.55 del Contrato de Concesión y el marco normativo vigente, la Tarifa Unificada por Uso de Aeropuertos es una contraprestación, por la puesta a disposición de servicios e infraestructura, que tiene como fin posibilitar que el concesionario recupere las inversiones realizadas. En la aplicación y cobro de dicha tarifa, LAP debe respetar en primer lugar lo establecido en el contrato de concesión y adicionalmente, lo establecido en el marco normativo regulatorio.

2. La determinación de una tarifa respecto de un determinado servicio, considera tanto los costos del operador para la prestación del servicio como la ganancia justa a la que éste debe tener derecho. En este cálculo no sólo se tiene en consideración aspectos económicos, sino también promedios estadísticos y proyecciones comerciales en función de los cuales se hace posible estimar el nivel de ingresos que tendría el concesionario en un determinado número de años.
3. Compete al Consejo Directivo determinar la procedencia o improcedencia del cobro de la TUUA en los términos pretendidos por LAP, pretensión que está claramente condicionada al previo ejercicio de la función del Consejo Directivo de OSITRAN a qué se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley de creación. Por tanto, LAP no tiene el derecho ni la discrecionalidad para, en vía de interpretación, asumir de manera unilateral un ámbito subjetivo de aplicación de las tarifas, que es precisamente aquella materia que está en discusión y que es la razón por la que OSITRAN ha iniciado el presente procedimiento de interpretación contractual de oficio.
4. No existe en el contrato de concesión disposición alguna que establezca explícita o implícitamente qué destino obligatorio debe dar LAP a los montos provenientes del cobro de la TUUA. Lo que queda claro en el contrato de concesión es que la TUUA es la única contraprestación que percibirá el concesionario por la puesta a disposición de los servicios a que alude el Apéndice 1 del Anexo 5. De acuerdo a la referencia expresa que hace el contrato de concesión en el Anexo 5 "Política de Tarifas", respecto a la disponibilidad de la totalidad de los servicios del Apéndice 1 del Anexo 5 y conforme a una interpretación literal (relativa a la voluntad declarada del Estado), sistemática (que atiende a la unicidad del contrato) y funcional (que considera la finalidad del acto) de lo establecido en el Numeral 1.55, Anexo 5 y Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión; se deriva claramente que el Anexo 5 se refiere de manera expresa a la disponibilidad de la integridad de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, y que ello es determinante respecto del ámbito de aplicación de la TUUA, porque dicho paquete de servicios es precisamente aquel que define la *prestación* con relación al cual la TUUA actúa como la *contraprestación* correspondiente.
5. Son incorrectos los argumentos de la empresa concesionaria relativos a que el "sistema de entrega de equipajes" y las "salas oficiales de autoridades", no están a disposición de los pasajeros internacionales embarcados de origen. En primer caso, la utilización del servicio depende de la decisión del pasajero, lo cual es precisamente aquello de lo que trata la "puesta a disposición", y en el segundo caso; de lo que se trata es poner a disposición de los pasajeros áreas adecuadas para que éstos puedan esperar en condiciones cómodas el momento de abordar su vuelo, por lo que si en el caso de los pasajeros que son autoridades, dicha área se denomina "salas oficiales de autoridades", ello no implica en modo alguno que se trate de un servicio de diferente naturaleza al denominado "Área de embarque".
6. Señalar que la pretensión de aplicar la TUUA a los pasajeros de transferencia contraviene lo estipulado en el Numeral 7.1. del Contrato no desvirtúa ni hace inaplicable el Contrato de Concesión. El Contrato de Concesión se ha venido aplicando hasta la fecha, de acuerdo a lo que éste establece como ámbito

subjetivo de aplicación de la TUUA y que el hecho que LAP no haya cobrado la TUUA a los pasajeros en transferencia, se ha venido efectuando en aplicación correcta de lo que establece el contrato en cuanto los únicos obligados al pago, lo cual está en concordancia con lo establecido en el Numeral 7.1.

7. En todo Contrato de Concesión los derechos de las partes, y más aún los derechos para cobrar taifas a los usuarios deben estar explícitamente especificados, por lo que carece de sustento el argumento de LAP referido a que la no exclusión expresa de los pasajeros en transferencia del ámbito de aplicación de la TUUA hace permisible su cobro.
8. De acuerdo a lo establecido expresamente en el Anexo 6 de las Bases de la Licitación del AIJCH, es claro que para calcular el valor de la TUUA establecido en el Contrato de Concesión, el Estado sólo tuvo en consideración el flujo de pasajeros de origen, ya que la TUUA nunca fue aplicada en el Perú a pasajeros en transferencia y porque el número estimado de dichos pasajeros al momento de la determinación de la TUUA no fue un valor relevante, ni en el proceso de concesión del aeropuerto, y mucho menos para la determinación de la TUUA. Ello demuestra que las partes conocían que los ingresos obtenidos por el pago de la TUUA cubrirían todos los servicios prestados a los pasajeros que se embarcan en el AIJCH, pero que al no ser aplicable a pasajeros que sólo utilizan algunos de esos servicios para embarcarse (pasajeros en transferencia), ésta sólo sería asumida por aquellos pasajeros que tienen a su disposición todos los servicios relacionados a la TUUA (pasajeros de origen).
9. El hecho de que los flujos de ingreso presentados por el Concesionario en su Propuesta Técnica, incluyan ingresos provenientes de la aplicación de una tasa de embarque *a los pasajeros en tránsito*; no implica en modo alguno que la voluntad del Estado así lo establezca, o que el Concesionario pueda aplicar la TUUA a una categoría de pasajeros distinta a la de pasajeros embarcados, que tienen la disponibilidad de la integridad de los servicios contenidos en la TUUA, tal como expresamente lo requiere el contrato. Las proyecciones de pasajeros que LAP presentó, tenían como fin únicamente tomar en cuenta las dimensiones de la infraestructura nueva que se iba a ofertar al Estado en la Propuesta Técnica (Anexo 6). En ese sentido, las proyecciones de pasajeros no pueden en modo alguno modificar las Tarifas (y menos su ámbito subjetivo de aplicación) establecido en las Bases de la Licitación por el Estado.
10. De acuerdo a las Leyes Aplicables, un pasajero en tránsito no puede considerarse como embarcado y, por lo tanto, no puede estar considerado dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la TUUA. En tal sentido, carece de sustento plantear como evidencia de la voluntad del Concesionario proyecciones de ingreso basadas en cobros que se realizarían a pasajeros en tránsito.
11. El Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, ni contraviene lo expresamente contemplado en el contrato de concesión, ni modifica ni sugiere una modificación de la voluntad declarada del Estado en el contrato de concesión.

VII. RECOMENDACIONES

En base a los argumentos expuesto con anterioridad, recomendamos declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por LAP contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN, que declara que la empresa concesionaria no puede aplicar la TUUA a los pasajeros internacionales en transferencia.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

GONZALO RUIZ DÍAZ
Gerente de Regulación

PBD-AOCH/gsg
REG.SAL-GRE-05-2260
TD: 684-1669