

INFORME N° 022-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Para : Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

De : Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Asunto : Cobros y condiciones exigidas por Lima Airport Partners S.R.L.
(LAP) a las empresas que operan el servicio de suministro de
agua, bebidas y alimentos (catering)

Referencia : Recurso de Reconsideración al Informe N° 009-06-GS-GRE-
GAL, presentado por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP)

Fecha : 31 de julio de 2006

I. ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 024-2006-CD-OSITRAN del 20 de abril de 2006, se resuelve que el Servicio de Suministro de Agua, Bebidas y Alimentos (Catering), es un servicio aeroportuario sujeto a la aplicación de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión. Del mismo modo, se instruye a la Administración de OSITRAN, para que proceda a verificar el cumplimiento de los principios a que se refiere la mencionada Cláusula Séptima, en la prestación del referido servicio.
2. El 26 de mayo de 2006, se emite el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN, el cual concluye que la fijación de cobros basados en un bono y/o un pago mínimo mensual y/o un porcentaje de las ventas de las empresas de Catering, por concepto de uso de la Plataforma para la prestación de dicho servicio, constituyen modalidades de cobro que resultan discriminatorias. Asimismo, dicho Informe recomienda requerir a LAP que no aplique cobros discriminatorios a las empresas prestadoras del servicio de Catering, por concepto de uso de la Plataforma.

3. Mediante Oficio Circular N° 024-06-GG-OSITRAN remitido a LAP el 29 de mayo de 2006, se notifica el mencionado Informe a dicha Entidad Prestadora.
4. El 19 de junio del presente, LAP presenta un Recurso de Reconsideración en contra del Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN.
5. A través del Oficio Circular N° 748-06-GS-OSITRAN de fecha 05 de julio de 2006, se solicita a las empresas operadoras de catering, Gate Gourmet Perú S.R.L., Docampo S.A.C. y Aerocondor S.A.C., que remitan su opinión con respecto a la solicitud de reconsideración presentada por LAP.
6. Mediante Oficio Circular N° 749-06-GS-OSITRAN de fecha 05 de julio de 2006, se solicita a la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional (AETAI) y a la Asociación Peruana de Empresas Aéreas (APEA), que remitan su opinión con respecto a la solicitud de reconsideración presentada por LAP.
7. El 11 de julio de 2006, se emite el Oficio N° 773-06-GS-OSITRAN, solicitando a LAP que remita información sobre los cobros a los operadores de catering, en los aeropuertos administrados por FRAPORT AG, Operador Principal del AIJCh.
8. El 17 de julio de 2006, se reciben las cartas AEROCONDOR-GGEN-N° 0101/06 y N° 0054-2006-P/AETAI que contienen las opiniones de Aerocondor S.A.C. y AETAI, ésta última también suscrita por la Internacional Air Transport Association (IATA), así como los escritos s/n mediante los cuales remiten su opinión las empresas Docampo y Gate Gourmet.
9. El 19 de julio de 2006, se remite a OSITRAN la carta LAP-GCC-01401-2006-C, que adjunta la información solicitada sobre las condiciones económicas aplicadas a los operadores de catering, en los aeropuertos administrados por FRAPORT AG.
10. Con fecha 25 de julio de 2006, LAP presenta ante OSITRAN la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00097, en la que solicita que se le conceda un plazo no menor de ocho meses, con la finalidad de poder adecuar sus relaciones con los operadores del servicio de catering, al pronunciamiento final de OSITRAN. No se presenta una justificación con relación a la racionalidad del plazo de adecuación solicitado.

II. OBJETO:

11. Evaluar la procedencia y argumentos del Recurso de Reconsideración presentado por LAP en contra del Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN, con el fin de elevar el presente informe a consideración del Gerente General, de conformidad con lo establecido en el Artículo 31° del Reglamento General de OSITRAN.

III. ANALISIS:

12. En un primer orden de consideraciones, es necesario tomar en cuenta que el Artículo 31¹ del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante D.S. N° 010-2001-PCM, establece lo siguiente:

<< Artículo 31.- Discrepancias sobre la Interpretación.

En caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que los ORGANOS DEL OSITRAN realicen de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la ENTIDAD PRESTADORA correspondiente, ésta podrá cuestionar dicha interpretación o aplicación ante la Gerencia General. Lo resuelto por la Gerencia General podrá ser apelado ante el Consejo Directivo. Por esta vía no es posible cuestionar el contenido mismo de la regulación y/o disposición normativa, sino sólo su aplicación o interpretación. >>

13. El Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN contiene los términos en que los órganos funcionales de OSITRAN aplicaron la Resolución N° 024-2006-CD-OSITRAN, que es la que establece la interpretación del Consejo Directivo sobre el alcances de la Cláusula Séptima del contrato de concesión del AIJCh.

En tal virtud, de acuerdo al REGO (que en este caso es la norma especial aplicable), como LAP discrepa de la aplicación efectuada por la Administración de OSITRAN mediante Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN; la impugnación presentada por dicha empresa debe ser elevada ante la Gerencia General, por lo que el presente informe debe ser sometido a la consideración de dicho órgano.

14. En segundo lugar, se debe señalar que con el fin de evaluar los argumentos del recurso de reconsideración presentada por LAP, se desarrollarán los siguientes temas:

- El servicio que LAP presta a los operadores de catering
- El Principio de No Discriminación
- La condiciones económicas exigibles por el alquiler de áreas y por el ingreso de los vehículos al aeropuerto.
- La discriminación resultante de cobros basados en un porcentaje de ventas
- La discriminación resultante de cobros basados en un Bono
- La discriminación resultante de cobros basados en un Monto Mínimo Garantizado
- La condiciones económicas exigibles a las aerolíneas que se brindan el servicio de catering
- La factibilidad de aplicar mecanismos alternativos evaluados por LAP
- Aspectos complementarios vinculados a la aplicación de la cláusula séptima del contrato por parte de LAP

¹ El cual es el que corresponde aplicar al presente caso, de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Única del Reglamento General de OSITRAN (aprobado mediante D.S. N° 044-2006, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" y vigente desde el 28 de julio de 2006):

<<Las normas procesales contenidas en el presente REGLAMENTO, serán de aplicación a los procedimientos iniciados luego de la entrada en vigencia del mismo>>

▪ **El servicio que LAP presta a los operadores de catering**²

15. En el recurso de reconsideración presentado, LAP afirma desconocer las razones por las cuales OSITRAN ha considerado que un cobro basado en un porcentaje de ventas resulta discriminatorio, por lo que se ampliará las justificaciones contenidas en el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE.
16. Para tal fin, es importante precisar cuál es el servicio que LAP presta a todos los operadores del servicio de catering, el cual consiste en permitirles el ingreso y tránsito de sus vehículos a las instalaciones del aeropuerto, inclusive a la plataforma, con el fin de que los mismos puedan acercarse hasta las aeronaves, para embarcar los alimentos que son transportados en los mencionados vehículos.
17. Resulta obvio que para realizar el servicio de catering, los operadores necesitan que LAP autorice este ingreso al AIJCh.
18. De acuerdo a lo anterior, fuera de la definición de lo que propiamente es el servicio de Catering, se encuentra el otorgamiento del alquiler de áreas, por parte de LAP, con el fin de que dichos operadores instalen una Cocina de Vuelo, donde se elaboren los alimentos a embarcar. Sin embargo, no es indispensable que el operador de catering instale su Cocina de Vuelo dentro las instalaciones aeroportuarias. De las tres empresas que la autoridad competente, la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), ha certificado para que operen como empresas de catering, solamente Gate Gourmet ha alquilado un área dentro del aeropuerto, mientras que Docampo ha ubicado su Cocina de Vuelo en las afueras del mismo, y Aerocondor no contaría con una, debido a que adquiere alimentos envasados.

Por tales motivos, para efectos de la presente evaluación, solamente se considerará como parte del servicio que LAP presta a los operadores de catering, el otorgamiento del ingreso a las instalaciones del aeropuerto.

▪ **El Principio de No Discriminación**

19. Luego de haber precisado el servicio que presta LAP para el caso evaluado en el presente informe, y siempre en atención a la afirmación de LAP respecto a desconocer las razones por las que OSITRAN considera que el cobro basado en un porcentaje las ventas es discriminatorio³; a continuación se describe las implicancias del Principio de No Discriminación en el presente caso.
20. Al respecto, la Cláusula Séptima del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCh), establece lo siguiente:

² La siguiente descripción del servicio es un resumen de la contenida en el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN.

³ Para una revisión de la teoría económica correspondiente a la discriminación de precios, se puede revisar el texto Análisis Macroeconómico - 3° Edición (1992) de Hal Varian, o el texto Microeconomía Intermedia - 4ta Edición (1996), del mismo autor.

<<CLAUSULA SETIMA

*PRINCIPIOS APLICABLES A LA PRESTACION DE SERVICIOS AEROPORTUARIOS*⁴

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 (INDECOPÍ).

.....

OSITRAN supervisará que el contenido de los Contratos de Operación⁵ no contravenga las disposiciones establecidas en el presente Contrato ni las Leyes Aplicables, ..., pudiendo instruir al Concesionario que deje sin efecto aquellas disposiciones que los vulnere.

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. ...>>⁶

La prestación que brinda LAP, a todos los operadores de catering (que prestan servicios equivalentes), es permitir que los vehículos de éstos últimos, ingresen y transiten por las instalaciones del aeropuerto.

21. En consecuencia, LAP no puede aplicar “condiciones desiguales” a estos operadores que realizan el mismo servicio (cuya prestación requiere que LAP permita el ingreso de sus vehículos al AIJCh). En ese sentido, LAP no puede requerir cobros distintos a estos operadores, porque para efectos de la prestación del servicio de Catering, les ofrece a todos operadores exactamente la misma prestación: la utilización de la infraestructura a su cargo.

▪ **La condiciones económicas exigibles por el alquiler de áreas (para Cocina de Vuelo) y por el ingreso de los vehículos al aeropuerto (para prestar el servicio de catering)**⁷

22. Las condiciones económicas contenidas en el Contrato vigente entre LAP y Gate Gourmet, corresponden tanto al alquiler de áreas para la instalación de la Cocina de Vuelo de éste último, como a la autorización por el ingreso de sus vehículos al aeropuerto, para efectos de la prestación del servicio de catering, sin especificar claramente cuáles se requieren por el referido alquiler, y cuáles por el mencionado ingreso de los vehículos al aeropuerto.

⁴ Mediante Resolución N° 024-2006-CD-OSITRAN se interpretó que el servicio de suministro de agua, bebidas y alimentos (catering) es un Servicio Aeroportuario sujeto a lo dispuesto en la citada Cláusula Séptima del Contrato de Concesión.

⁵ Se refiere a los Contratos entre LAP y las empresas que operen el Servicio Aeroportuario de Catering.

⁶ La Cláusula Séptima también menciona los principios de neutralidad y prohibición de subsidios cruzados, los cuales no son relevantes para los efectos de la presente evaluación.

⁷ Este aspecto no ha sido materia de la reconsideración presentada por LAP, sin embargo se desarrolla en atención a los comentarios recibidos por parte de Gate Gourmet.

23. Al respecto, Gate Gourmet manifiesta en su escrito s/n recibido el 17 de julio del presente, lo siguiente:

“(...) resulta primordial que las condiciones de cobranza a aplicarse sean exactamente iguales entre todas las empresas que presten el servicio de catering, con independencia del hecho que se trate de autoabastecimiento o de la ubicación de las respectivas cocinas. (...) todas las empresas (...) utilizan la misma infraestructura del aeropuerto para el embarque y desembarque de los alimentos, siendo indiferente (...) la ubicación de las eventuales cocinas, ya que el hecho de utilizar una cocina dentro del Aeropuerto simplemente genera una relación contractual (alquiler) distinta y diferenciada del uso de la infraestructura (...) para el embarque y desembarque de alimentos (...)”

24. En consecuencia, tal como se mencionó en el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN, con el fin de verificar que LAP no aplicará condiciones económicas discriminatorias a los operadores del servicio de Catering, por el otorgamiento de la autorización al ingreso y tránsito de sus vehículos al AIJCh; es imprescindible que en los contratos que celebre LAP con todos los operadores del servicio de catering y cuando corresponda, se especifique de manera diferenciada, las fuentes de ingreso de LAP provenientes del otorgamiento del tránsito de vehículos de los operadores de catering al AIJCh, del otorgamiento del alquiler de áreas para la instalación de Cocinas de Vuelo.

Se debe considerar que en cada caso, los ingresos se sustentan en prestaciones diferentes a cargo de LAP, a favor de los operadores del servicio de Catering, por lo que la diferenciación de fuentes de ingreso debe ser especificada y sustentada en el contrato respectivo.

▪ **La discriminación resultante de cobros basados en un porcentaje de ventas**

25. A modo de ampliación del contenido del Informe N° 009-06-GS-GRE-GAL, a continuación se explica por qué un cobro basado en un porcentaje del valor de venta (facturación), resulta en una práctica discriminatoria:

- a) Partimos del hecho antes explicado, que el servicio prestado por LAP a los operadores de catering, es permitirles el ingreso y tránsito de sus vehículos al AIJCh, para que puedan embarcar – desembarcar los alimentos correspondientes,
- b) Entonces, LAP debe establecer condiciones económicas iguales ante la prestación del servicio mencionado,
- c) Sin embargo, si dos operadores de catering ingresan cada uno sus vehículos, con alimentos cuyo valor de venta difieren, y LAP cobra un porcentaje de dicho valor de venta, resulta cobrando montos distintos, *a operadores que hacen el mismo servicio*. En un extremo, esta situación ocurriría aun cuando se hubiera tratado del mismo tipo de vehículo, que va a atender al mismo tipo de aeronave, y que transporta alimentos por el mismo peso.

26. Sin embargo, según LAP, esta modalidad de cobro no es discriminatoria por las siguientes razones:

- a) Es una práctica comercial común en la región, y por lo tanto constituiría un estándar en la actividad aeroportuaria,
- b) No es una modalidad nueva implementada por LAP en el país, sino un mecanismo que también aplicaba CORPAC desde antes del año 2001,
- c) El Numeral 2.2.2 del Anexo 5 integrante del Acta N° 059-99 del 03 de junio de 1999, parte del Libro Blanco de la Concesión del AIJCh, considera el Servicio de Cocina de Vuelo como un “Servicio Comercial de Renta Variable”.

27. Sobre este tema, IATA y AETA opinan lo siguiente:

“(...) no es lo más adecuado fundamentar el sistema de cobro propuesto por LAP a los proveedores de catering, en que éste es uno comúnmente utilizado en la región, ya que tenemos países como Colombia y Costa Rica, que no aplican cargo alguno por este concepto y, en el caso del Brasil tenemos entendido que sí se cobra una suerte de peaje por el uso de la plataforma.

Demás está indicar que el hecho que eventualmente una determinada práctica pueda ser utilizada en mayor o menor medida en la región, no significa, en ningún caso, que deba hacerse exactamente lo mismo en el país, ya que las situaciones particulares de cada aeropuerto y las relaciones que puedan tener los concesionarios (de ser el caso) con los proveedores, son completamente distintas a las nuestras.

(...) el AIJCH no brinda un servicio determinado que explique esta forma de cobro (...) y no es razonable aplicar un porcentaje sobre las ventas (...) que haría que por un mismo servicio se obtengan cobros diferentes.”

(...)

En consecuencia, creemos que las condiciones exigidas por LAP son discriminatorias (...)

28. Por su parte DOCAMPO afirma:

“(...) el cobro por dicho acceso no puede ser dado en función al valor de los productos que se ingresa, como pretende hacer LAP, ya que ante accesos similares (...) si aplicamos porcentaje de ventas como mecanismo de cobro por el acceso a rampa (...) es evidente que se producirían situaciones de discriminación en perjuicio de una de las empresas, ya que no hay relación entre el número de veces que los vehículos ingresan a la plataforma o el peso que se ingresa con el valor de la factura por el servicio de catering.”

29. AEROCONDOR, en su calidad aerolínea certificada también como operadora de catering con el fin de autoabastecerse del servicio, opina que:

“(...) En virtud de este Principio, proponemos lo siguiente:

(...)

- b. *En virtud de lo antes expuesto, fijar a AEROCONDOR S.A.C. una tarifa única por uso de Plataforma en el abastecimiento de sus aeronaves, en donde al no haber facturación, no podrá aplicarse ningún cobro basado en porcentajes de ventas como sí podría existir en las empresas de catering que ofrecen servicios a terceros.”*

30. El comentario de AEROCONDOR evidencia que un cobro basado en un porcentaje de ventas, además de ser discriminatorio, es *impracticable en el caso de una aerolínea que, a su vez es operador de catering y se autoabastece de este servicio.*

31. A continuación se analiza cada uno de los argumentos presentados por LAP:

a) Sobre que el cobro basado en un porcentaje de las ventas es una práctica comercial común

De acuerdo a lo informado por LAP, este tipo de cobro se aplica en los siguientes aeropuertos:

- a. Argentina: Aeropuertos de Ezeiza, Aeroparque y Córdoba,
- b. Ecuador: Aeropuerto de Quito,
- c. México: Aeropuerto de Ciudad de México y Cancún,
- d. Chile: Aeropuerto “Arturo Merino Benítez” de Santiago de Chile.

Por otro lado, IATA y AETAI informan de los siguientes casos en los que se cobra de manera distinta:

- a. Colombia: no aplica ningún cobro,
- b. Costa Rica: no aplica ningún cobro,
- c. Brasil: cobra en forma de peaje.⁸

Asimismo, con relación a los aeropuertos operados por FRAPORT AG (Operador principal del AIJCh), LAP informa lo siguiente:

- a. Turquía, Aeropuerto de Antalya, se cobra un porcentaje de las ventas,
- b. Egipto, Aeropuerto de El Cairo, se cobra un porcentaje de las ventas,
- c. Alemania, Aeropuertos de Frankfurt, Hahn, Saarbruecken y Hannover, se cobraba un porcentaje de las ventas, pero a partir del 2006, será en función al uso de la infraestructura, más el alquiler correspondiente en el caso de renta de áreas, más el cobro por Licencia de Conducción en Plataforma y Licencia de Vehículos en Plataforma.

A partir de los casos mencionados, se puede afirmar que si bien el cobro basado en un porcentaje de las ventas es una práctica comercial utilizada, no se trata de una práctica comercial universal. Adicionalmente, más allá de citar los casos en los que ocurre esta práctica, LAP no menciona en sus argumentos cuál sería el tema de fondo, la explicación, o la justificación de la misma, de manera que aplicar este tipo de cobro no implique una violación del Principio de No Discriminación establecido en la cláusula séptima del contrato de concesión.

Por otro lado, es importante mencionar que en el caso de algunos de los aeropuertos referidos por LAP, el operador de catering ha implementado su cocina de vuelo (área de preparación de los alimentos) dentro de las instalaciones aeroportuarias, y sería esta situación la que justificaría que el cobro se realice a través de un porcentaje sobre el valor de las ventas del operador de catering.

⁸ Esta sería la práctica en los 67 aeropuertos operados por INFRAERO – Aeroportos Brasileiros, por los que transita aproximadamente el 95% del tráfico del país.

Un ejemplo de este caso, según la información brindada por la propia empresa concesionaria, ocurriría en el Aeropuerto de Santiago de Chile, en el cual operan dos empresas de catering, uno con sus instalaciones de cocina de vuelo dentro del aeropuerto (Sky Chefs) y el otro con su cocina de vuelo fuera del aeropuerto (La Marmite). Si bien a ambos se le cobra un porcentaje de las ventas, en el caso del operador con su cocina de vuelo fuera del aeropuerto, se ha establecido que el pago tiene un tope máximo de US\$ 34,000.

En consecuencia, por los motivos expuestos, se considera que el solo hecho de que en algunos aeropuertos, el cobro a los operadores de catering se realiza con base en un porcentaje de las ventas de los mismos, no es argumento suficiente para afirmar que ésta práctica no sea discriminatoria.

b) Sobre que es una modalidad empleada antes por CORPAC

Al respecto, LAP hace referencia a que ésta práctica (el cobro a los operadores de catering según un porcentaje de las ventas de los mismos), venía siendo empleada desde antes del otorgamiento de la concesión por la empresa CORPAC.

En este aspecto, se debe diferenciar que en la época de CORPAC y hasta el año 2004, los operadores de catering Docampo y Gate Gourmet contaban con sus cocinas de vuelo dentro de las instalaciones del aeropuerto, situación que no es equivalente a la actual.

Por lo tanto, no se puede hacer referencia a una situación anterior diferente, para concluir que la actual no es discriminatoria.

c) Sobre que en un Acta del Libro Blanco de la Concesión del AIJCh, se considera el Servicio de Cocina de Vuelo como un “Servicio Comercial de Renta Variable”.

Al respecto, se debe señalar que de conformidad con lo establecido en el Numeral 24.12 del contrato de concesión, la prelación al interpretar el contrato de concesión es la siguiente:

- 1° El contrato de concesión, lo que incluye sus anexos
- 2° Las Circulares
- 3° Las Bases
- 4° Los Anexos de las Bases

En ese sentido, no se puede pretender la preponderancia de lo establecido en una sección del Libro Blanco, en contra del principio de No Discriminación *expresamente contemplado en la Cláusula Séptima* del contrato de concesión, la que obviamente es la que prima en el presente caso.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que el hecho que el Libro Blanco se pueda haber referido al servicio de Catering como un “Servicio Comercial de Renta variable”, no implica que el cobro correspondiente deba hacerse por porcentaje de ventas, esa variabilidad de la renta podría referirse al número de horas, al número de vehículos, etc.

Por un lado, cabe recordar que solamente se debe acudir a documentos complementarios al Contrato de Concesión, como las Bases, las Circulares, el Libro Blanco, etc., en los casos que el mismo Contrato de Concesión no contenga estipulación alguna sobre la materia en evaluación. Obviamente, en el caso que en el Contrato haya estipulado expresamente sobre la materia, no es necesario recurrir a dichas fuentes, y menos aún en el caso que hubiera una contradicción, situación en la que es claro que lo establecido en el Contrato de Concesión prima sobre las fuentes complementarias.

En el presente caso, el Contrato de Concesión ha establecido que el Principio de No Discriminación debe ser respetado para el caso de todos los servicios aeroportuarios, como lo es el de catering, y un Acta del Libro Blanco no podría disponer lo contrario.

Por otro lado, cabe resaltar que dicha Acta hace referencia a las “cocinas de vuelo”, que son las instalaciones donde el operador de catering elabora los alimentos, y que al momento de la emisión de dicha Acta, ambos operadores de catering tenían sus cocinas de vuelo dentro de las instalaciones del aeropuerto. Entonces, se entiende que el Acta precitada se refiere a la relación comercial entre LAP y los operadores de catering que instalen sus cocinas de vuelo dentro del Aeropuerto, por el hecho de arrendarle un área para tal fin.

Por lo tanto, la existencia de la mencionada Acta no es un argumento para concluir que el cobro basado en un porcentaje de las ventas, por el ingreso de los vehículos de los operadores de catering, no es un mecanismo discriminatorio.

Por lo expuesto, se ratifica que establecer cobros basados en un porcentaje de las ventas resulta discriminatorio.

▪ **La discriminación resultante de cobros basados en un Bono**

32. Tal como ya se señaló en el Informe N° 009-06-GS-GRE-GAL, es obvio que este bono resulta discriminatorio por los motivos descritos a continuación.
33. En el presente caso, LAP ha requerido un bono de US\$ 150,000 a Gate Gourmet, uno de US\$ 300,000 a Docampo, y ninguno a Aerocondor. Más aun, si consideramos que para el caso de Gate Gourmet el menor bono correspondía a un mayor plazo de quince años, y para Docampo el mayor bono correspondía a un menor plazo de diez años, es decir que por este concepto Docampo debía pagar un promedio anual de US\$ 30,000; Gate Gourmet un promedio anual de US\$ 10,000; y Aerocondor ningún pago.

34. En el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE, materia del recurso de reconsideración presentado por LAP, se mencionó sobre este cobro, que establecer un bono a las empresas prestadoras del servicio de catering, resultaba discriminatorio debido a que este pago no tomaba en consideración el uso que realizaría la empresa de catering de las instalaciones brindadas por LAP.
35. Es decir que, aún cuando se cobrara el mismo bono a dos empresas de catering; ello resultaría discriminatorio debido a que dichas empresas no necesariamente realizan el mismo uso de la infraestructura de LAP. Por lo tanto, una de las empresas podría terminar pagando un mismo monto con relación a otra empresa, por realizar un menor uso de la infraestructura, o lo que es lo mismo, terminaría efectuando un pago mayor por operación realizada.
36. Es importante mencionar que, según la información brindada por LAP, en ninguno de los aeropuertos que realizan cobros basados en un porcentaje de las ventas, se realiza adicionalmente el cobro de un bono.
37. Sobre este punto, LAP justifica la aplicación del bono de la manera siguiente:
- LAP decidió cobrar a los operadores de catering, un 8,6% del valor de las ventas de éstos últimos,
 - De dicho porcentaje, el correspondiente al 8% se aplicaría al momento que las empresas facturen sus ventas,
 - El cobro del 0,6% se realizaría por adelantado, en forma de un Bono calculado como el valor presente de los pagos futuros por este 0,6%.
38. En nuestra opinión, para que el cálculo mencionado corresponda a un cobro adelantado, LAP tendría que contar no sólo con la información sobre la evolución futura del mercado de catering, sino con las proyecciones de la participación de mercado de los operadores de este servicio, y además contar con las proyecciones de los precios y productos. Estos cálculos no han sido demostrados por LAP, lo cual sería relevante, dado que el promedio anual del bono de un operador de catering (US\$ 30 mil a Docampo), es el triple del requerido a otro operador (US\$ 10 mil a Gate Gourmet), y es cero en el caso del tercero (Aerocondor).
39. Sin embargo, aún cuando se justificaran los cálculos mencionados de valor presente, el cobro del bono no sería procedente debido a que el mismo se sustentaría en una modalidad de cobro basado en un porcentaje de las ventas, el cual se ha concluido con anterioridad, que es discriminatorio.
- **La discriminación resultante de cobros basados en un Monto Mínimo Garantizado**
40. La fijación de un pago mínimo garantizado a los operadores de catering, resulta una modalidad de cobro discriminatoria, por los mismos motivos expuestos para el caso del pago de un bono. Es decir, que aún cuando el pago mínimo exigido fuera el mismo monto a todos los operadores de catering, aquel que realizara menor uso de la infraestructura terminaría pagando en promedio, un monto mayor por cada operación.

41. En el caso actual, esta discriminación es más evidente debido a que LAP ha requerido a Gate Gourmet un pago mínimo mensual de US\$ 25 mil, a Docampo un pago mínimo mensual de US\$ 20,000, y a Aerocondor ningún monto mínimo.
42. En su reconsideración, LAP ha manifestado que este cobro se justifica a partir de la propia existencia del esquema de cobro basado en un porcentaje de las ventas de las empresas operadoras de catering, las cuales suelen operar en diversos países conjuntamente con sus clientes (las aerolíneas), por lo que es factible que algunas ventas ejecutadas en Lima sean facturadas en otro país del mundo por sus empresas vinculadas, caso en que LAP se vería impedida de efectuar cobro alguno.
43. Al respecto, basta con reiterar que el cobro basado en un porcentaje de las ventas es discriminatorio, y si exigir un monto mínimo es consecuencia de dicha modalidad de cobro, entonces dicho monto mínimo tampoco es procedente.
- **La condiciones económicas exigibles a las aerolíneas que se brindan el servicio de catering**⁹
44. Sobre este punto, la aerolínea Aerocondor en su calidad de operador de catering que se auto abastece, opina lo siguiente:
- Aerocondor no tiene una facturación, para que LAP pueda tomar dicho valor como base de cobro,
 - Aerocondor viene pagando el concepto de cargo de acceso por brindarse el servicio de asistencia en tierra (rampa), el cual incluye el pago por prestarse el servicio de catering, por lo que se produciría un ilegal doble cobro,
 - Aerocondor es una empresa que se brinda a sí misma el servicio catering, a diferencia de las otras dos (Gate Gourmet y Docampo), que abastecen a terceros.
45. Con respecto a que Aerocondor no emite facturas (por lo que LAP no puede cobrarse por el ingreso de sus vehículos a la plataforma, un porcentaje de sus ventas), se considera que dicho inconveniente no existirá debido justamente a que dicha modalidad de cobranza es observada en el presente Informe.
46. Con relación a que el pago que hace Aerocondor por el acceso al aeropuerto para prestarse el servicio de asistencia en tierra (rampa), también incluye el derecho a prestarse el servicio de catering, debe mencionarse que si bien algún reporte considera al servicio de catering como parte del servicio de rampa¹⁰, para efectos del presente caso debe considerarse lo establecido en las leyes aplicables y en el Contrato de Concesión.

⁹ Este aspecto no ha sido materia de la reconsideración presentada por LAP. Sin embargo, se desarrolla en atención a los comentarios recibidos por parte de Aerocondor, en su calidad de operador de catering.

¹⁰ Aerocondor hace referencia al Reporte Final a la Comisión Europea preparado por SHSE Limited, citado en el Informe N° 040-04-GRE-OSITRAN, y en el Informe N° 030-05-GRE-OSITRAN.

47. En tal sentido, debe considerarse la definición establecida para el servicio de rampa, en la Resolución N° 041-2005-CD-OSITRAN que aprueba el Mandato de Acceso a favor de Aerocondor, la cual no considera las operaciones de catering como parte del servicio de rampa. En consecuencia, el pago del mencionado cargo de acceso que efectúa Aerocondor, no incluye el derecho de realizar operaciones de catering en el AIJCh.
48. Adicionalmente, debe mencionarse que la definición del servicio de catering se efectuó tomando en consideración lo establecido en el Contrato de Concesión y en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado por Resolución N° 014-2003-CD/OSITRAN.
49. Por otro lado, Aerocondor hace mención a que ella solamente se brinda a sí misma el servicio, mientras que Gate Gourmet y Docampo brindan este servicio a terceros.
50. Sobre ese punto, se reitera lo mencionado en el Informe N° 009-06-GS-GAL-GRE-OSITRAN, en el cual se menciona que si bien Aerocondor no compite en el mercado de catering, en el caso que LAP estableciera requisitos, cobros o exigencias a los operadores de Catering a terceros (Gate Gourmet y Docampo), que difieran de aquellos que le requiera a una aerolínea que se brinde a sí misma este servicio, sí se podría afectar este mercado.
51. Es decir, tratos diferenciados injustificados podrían constituir cierta modalidad (ya sea el auto – catering o el catering a terceros), desventajosa con respecto a la otra, de forma tal, que se influya en las decisiones de las aerolíneas al respecto.
52. Al respecto, se debe mencionar que si bien el Principio de No Discriminación contenido en la Cláusula Séptima del contrato de concesión menciona que: *“está prohibida la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que creen situaciones desventajosas entre competidores”*, el mismo principio añade que el Concesionario debe garantizar que *“las áreas y locales del Terminal, sean prestados y puestos a disposición de todos los Usuarios sin ningún tipo de discriminación...”*
53. En ese sentido, tanto la aerolínea que decida brindarse a sí misma el servicio de Catering, como la empresa que brinda el servicio de Catering a terceros; son usuarios de la Plataforma y en consecuencia LAP no debiera practicar una discriminación injustificada entre ellos. El propio Contrato de Concesión define que “Usuario” es cualquier persona natural o jurídica que utilice la infraestructura aeroportuaria.
54. A modo de precedente, es importante mencionar que para el caso del servicio de asistencia en tierra (Rampa), existen también empresas que brindan dicho servicio a terceros y otras empresas (aerolíneas), que se brindan tal servicio a sí mismas.
55. En tal caso, OSITRAN ha determinado que tanto las empresas operadoras de servicios prestados a terceros, como las empresas que se brindan el servicio a sí mismas (“auto – servicio”); deben pagar por el uso de la infraestructura.

Adicionalmente, el Reglamento de Acceso de LAP prevé que los requisitos a exigir en tal caso (fianzas, pólizas, etc.), son equivalentes también para ambas modalidades de operación.

56. Por lo tanto, los cobros y condiciones que LAP exija para el uso de la plataforma, deben ser equivalentes para todas las empresas operadoras del servicio de Catering, es decir, tanto para Gate Gourmet como para Docampo y Aerocondor.

▪ **La factibilidad de aplicar mecanismos alternativos evaluados por LAP**

57. LAP afirma que el cobro basado en un porcentaje de las ventas minimiza los costos de transacción, contribuye a la minimización de riesgos por parte de las empresas de catering, y además genera el menor grado de distorsión a la competencia en dicho mercado.

58. Para dicha afirmación, LAP menciona haber evaluado las siguientes modalidades de cobro:

Modalidad de cobro	Desventaja según LAP	Comentario de OSITRAN
Por cada entrada de camión o tipo de camión a la plataforma	<ul style="list-style-type: none"> • Puede que no todos los camiones tengan el mismo nivel de ocupación (nivel de carga de alimentos) • Ante un nuevo tipo de camión, se debe reelaborar tablas de equivalencias entre camiones • Se incrementa el costo de supervisión, ya que LAP debe controlar el número y tipo de camiones, y los operadores pueden ingresar los alimentos en vehículos distintos a los de catering 	<p>LAP pone la plataforma disposición de los vehículos de los operadores de catering, y es gestión de estos últimos y de sus clientes (las aerolíneas), el grado de ocupación de dichos vehículos.</p> <p>Los tipos de vehículos (o sus pesos de fábrica), no varían en forma constante.</p> <p>La supervisión de las operaciones en plataforma es inherente a la actividad, y LAP con su Operador Principal (FRAPORT) deben establecer un sistema práctico y que minimice el costo del mismo.</p> <p>Esta modalidad no se considera discriminatoria.</p>
Por tiempo de permanencia de los camiones en la plataforma	<ul style="list-style-type: none"> • Se incentiva a acelerar las operaciones, perjudicando la seguridad aeroportuaria • Mayor costo de supervisión, al controlar el ingreso y tiempo de permanencia de los camiones, y los operadores pueden ingresar los alimentos en vehículos distintos a los de catering 	<p>LAP es responsable de hacer respetar las normas de seguridad en el aeropuerto.</p> <p>Este mecanismo de cobranza parece poco práctico y de alto costo de supervisión.</p> <p>Falta información para determinar si es discriminatorio.</p>
Por tipo de avión atendido, según número de asientos y tipo de vuelo	<ul style="list-style-type: none"> • La comida ofrecida no reúne las mismas características en todos los vuelos • Se requiere supervisión por que no en todo los vuelos se ofrece comida 	<p>Por un lado, al referirse a tipo de avión atendido, no necesariamente debe vincularse con el número de asientos; existen otras modalidades al hablar de tipo de avión, como por ejemplo según el Peso Máximo de Despegue (PMD) de las aeronaves, modalidad que es utilizada para la determinación de algunos cobros por servicios aeroportuarios, y que ha sido inclusive utilizada por OSITRAN, al considerarse como una variable proxy del uso de la infraestructura, y por</p>

		<p>ende, no discriminatoria.</p> <p>Con respecto a esta alternativa evaluada por LAP, se debe mencionar que el servicio prestado por esta Entidad Prestadora, (la infraestructura), no tiene por qué vincularse con el tipo (o valor) de la comida.</p> <p>Estas modalidades de cobranza parecen poco prácticas y de alto costo de supervisión.</p> <p>Sin embargo, falta información para determinar si esta modalidad es discriminatoria.</p>
Por cada pasajero embarcado	<ul style="list-style-type: none"> No en todos los vuelos se ofrece comida No todos los vuelos ofrecen el mismo tipo de comida 	<p>El uso de la infraestructura asociado al servicio de catering, no necesariamente se vincula con el número de pasajeros que se embarcan en un avión.</p> <p>Es obvio que en aquellos casos que no se presta el servicio (vuelos en los que no se sirve comida), no se puede cobrar por el mismo.</p> <p>Adicionalmente, se reitera que no tiene por qué existir vinculación entre el cobro de LAP y el tipo de comida.</p> <p>Sin embargo, falta información para determinar si esta modalidad es discriminatoria.</p>
Por bandeja de comida puesta a bordo	<ul style="list-style-type: none"> Alto costo de supervisión para controlar número y/o tipo de bandeja 	<p>Esta modalidad pareciera no discriminatoria, pero poco práctica y de alto costo de supervisión.</p>

59. Si bien puede existir más de un modalidad de cobranza a los operadores de catering, que resulte no discriminatoria, LAP debe tener presente que aquella que decida implementar debiera contar con una forma práctica de supervisión, de forma tal que los costos de supervisión o gestión se minimicen.

▪ **Aspectos complementarios vinculados a la aplicación de la cláusula séptima del contrato por parte de LAP**

60. En atención a lo expuesto, LAP debe determinar los pagos que efectuarán los operadores de catering; considerando los criterios que contiene el presente informe, con relación a las modalidades de cobro que resultan discriminatorias, las que no podrán ser aplicadas por LAP, a efectos de no incurrir en un incumplimiento sancionable del contrato de concesión.

61. Asimismo, se debe considerar que de conformidad con lo establecido mediante Resolución N° 024-2006-CD-OSITRAN del 20 de abril de 2006, sean cuales fueren finalmente los cobros que establezca LAP a los operadores del servicio de Catering; corresponde a OSITRAN únicamente, velar por la correcta aplicación del Principio de No Discriminación a las relaciones entre dichas empresas.

62. Sin embargo, debe quedar claramente establecido, **que no forma parte de las competencias de OSITRAN el fijar el pago que corresponde pagar a los operadores del servicio de Catering a favor de LAP**, pues como ya se ha sustentado, **no estamos ante un caso del acceso a Facilidades Esenciales aeroportuaria requeridas para prestar un Servicio Esencial, cuyo cargo de acceso deba ser fijado**; pues el servicio de Catering no es un Servicio Esencial sometido a la aplicación del REMA.
63. Al respecto, es necesario considerar que el ejercicio de las funciones públicas requiere un otorgamiento expreso de funciones, las cuales no pueden ser aplicadas extensivamente, tal como establece el Principio de Legalidad consagrado en el Numeral 1.1. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
64. Finalmente, con relación a la solicitud de LAP para que OSITRAN le conceda un plazo de adecuación de ocho meses, se debe señalar lo siguiente:
- a. En el presente informe se confirma que las modalidades de pago que LAP ha estado aplicando a los operadores del servicio de catering en el AIJCH son discriminatorias.
 - b. En su oportunidad (28 de junio de 2006), mediante Oficio Circular N° 028-06-GG-OSITRAN, OSITRAN concedió un régimen transitorio aplicable a la prestación del servicio de Catering, hasta que OSITRAN emitiera el pronunciamiento correspondiente con relación al recurso de reconsideración interpuesto por LAP.
 - c. El plazo de adecuación que otorgue OSITRAN debe considerar no sólo un período razonable para tal fin, sino la necesidad de no afectar los intereses de los prestadores del servicio de catering.
 - d. En consecuencia, al no contar con mayor sustento al plazo de ocho meses solicitado por LAP, se considera razonable establecer que el plazo de adecuación, corresponda a un máximo de sesenta días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del presente informe a LAP y a los operadores del servicio de catering en el AIJCh.
 - e. Vencido el plazo señalado en el párrafo precedente, LAP deberá haber culminado la adecuación de sus relaciones con los operadores del servicio de catering en el AIJCh, lo cual será materia de supervisión y en su caso fiscalización por parte de OSITRAN, con el fin de velar por el cabal cumplimiento de la cláusula séptima del contrato de concesión.

IV. CONCLUSIONES

1. Las empresas operadoras del servicio de Catering, requieren que LAP les brinde el ingreso a las vías de acceso y plataforma del aeropuerto, con el fin de que puedan brindar dicho servicio.

2. Al otorgar el uso de la infraestructura a su cargo y determinar el pago correspondiente por su uso, LAP no podrá establecer condiciones discriminatorias entre las distintas empresas prestadoras del servicio de Catering.
3. Establecer cobros basados en un porcentaje de las ventas de las empresas de catering, y/o un bono y/o un pago mínimo mensual, por concepto de uso de la plataforma para la prestación de dicho servicio, constituyen modalidades de cobro que resultan discriminatorias.
4. Corresponde a OSITRAN velar por la aplicación del principio de No Discriminación a las relaciones entre LAP y los operadores del servicio de catering, mas no fijar el pago correspondiente, por lo que la negociación entre éstos debe ser bilateral y conforme a los criterios vertidos en el presente informe.

V. RECOMENDACIONES

1. Ordenar a LAP que no aplique cobros discriminatorios a las empresas prestadoras del servicio de Catering, por concepto de uso de las vías de acceso a la plataforma y uso de ésta, considerando los criterios sustentados en el presente informe.
2. Requerir a LAP que en el plazo máximo de sesenta días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del presente informe a LAP y a los operadores del servicio de catering en el AIJCh; cese la aplicación de la actual modalidad de cobro, y en consecuencia aplique nuevas condiciones a los operadores de catering, que no resulten discriminatorias.
3. Notificar el presente Informe a LAP y a los operadores de catering en el AIJCh, Gate Gourmet, Docampo y Aerocondor.

Atentamente,

VICTOR CARLOS ESTRELLA
Gerente de Supervisión

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

GONZALO RUIZ DÍAZ
Gerente de Regulación