

INFORME N° 035-05-GRE-GAL-OSITRAN

A: Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De: Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto: Consulta de Indecopi respecto a aspectos legales relativos a la prestación del servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (AIJCH)

Referencia: Oficio N° 063-2004/CLC-INDECOPI, de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI

Fecha: 03 de octubre de 2005

I. ANTECEDENTES:

- a. Con fecha 17 de junio de 2005, mediante la Resolución N° 029-2005-CD-OSITRAN, OSITRAN aprobó la Tarifa Máxima del servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante el uso de puentes de abordaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH). La referida tarifa se estableció en US \$68.00 (sin incluir IGV y otros tributos de ley) por los primeros 45 minutos de uso o fracción, y en US \$22.66 por cada período de 15 minutos adicionales o fracción (sin incluir IGV y otros tributos de ley).
- b. Con fecha 24 de junio de 2005, la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional (AETAI) presentó un recurso de reconsideración contra la Resolución N° 029-2005-CD-OSITRAN, presentando una tarifa alternativa de US \$38.50 (sin incluir IGV y otros tributos de ley) por los primeros 45 minutos de uso o fracción, y de US \$12.83 por cada período de 15 minutos adicionales o fracción (sin incluir IGV y otros tributos de ley).
- c. Con fecha 11 de julio de 2005, la Asociación Peruana de Empresas Aéreas (APEA) presentó un recurso de reconsideración la Resolución N° 029 -2005-CD-OSITRAN.
- d. Con fecha 11 de julio de 2005, la empresa Lima Airport Partners S R L. (LAP) presentó un recurso de reconsideración contra la Resolución N° 029 -2005-CD-OSITRAN.

- e. Con fecha 26 de agosto de 2005, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó la Resolución de Consejo Directivo N° 053-2005-CD-OSITRAN, mediante la cual se declaró fundados en parte los recursos de reconsideración interpuestos por la AETAI, APEA y por LAP, modificando la Tarifa Máxima del servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante puentes de abordaje en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”; y, en consecuencia, estableciéndola en US \$66.91 (sesenta y seis 91/100 Dólares Americanos), por los primeros 45 minutos o fracción (más los impuestos de ley) y en US \$22.29 (veintidós 29/100 Dólares Americanos), por cada período adicional de 15 minutos o fracción (más los impuestos de ley).
- f. Mediante Oficio N° 063-2004/CLC-INDECOPI, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI solicita a OSITRAN, que emita opinión absolviendo un cuestionario compuesto de nueve preguntas, relacionada a diversos aspectos legales del servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante puentes de abordaje en el AIJCH.

II. OBJETIVO:

El objetivo del presente informe es emitir opinión, absolviendo las consultas formuladas por la Comisión de Libre Competencia (CLC) de INDECOPI, con relación a diversos aspectos relativos al servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante puentes de abordaje en el AIJCH.

III. ABSOLUCIÓN DEL CUESTIONARIO DE LA CLC DE INDECOPI:

- A. ¿Cuál es la norma o instrumento legal que sustenta la obligatoriedad del servicio de embarque y desembarque de pasajeros a través de puentes de abordaje (mangas) en el AIJCH? Detallar el fundamento normativo que sustenta dicha afirmación (esto es, el contrato de concesión, la ley de aeronáutica civil, normas reglamentarias, entre otros).
 1. Un primera consideración que se debe tomar en cuenta para abordar la absolución de esta pregunta, es que el Contrato de Concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH), es el título que otorga a la empresa concesionaria, Lima Airport Partners .S.R.L. (en adelante, LAP), entre otros, los siguientes derechos:
 - a. De acuerdo a lo que establece la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión del AIJCH, referida al objeto, otorgamiento y ámbito de la concesión, el Concedente¹, en mérito del Contrato de Concesión, otorga al Concesionario, lo siguiente:
 - Derecho al Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión.
 - La responsabilidad de la operación del Aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en Concesión).

¹ Que es el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

- La responsabilidad de la asignación de slots para aterrizaje y despegue.
 - La responsabilidad de la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3, 4, 5 y 14 del contrato.
- b. El Numeral 5.1 del contrato de concesión, establece que durante la vigencia de la concesión, el concesionario tendrá la posesión, el uso y disfrute de los Bienes de la concesión, la operación del Aeropuerto, la prestación de servicios aeroportuarios, la implementación de las Mejoras y el ejercicio de los derechos necesarios para que cumpla con las obligaciones a su cargo establecidas en el contrato de concesión y las “Leyes Aplicables”².

Del mismo modo, éste numeral establece que el Concesionario será responsable frente al Concedente, por la prestación de las Operaciones Principales.

- c. El Anexo 3 del contrato de concesión señala que el servicio de “Puentes de Abordaje” (embarque y desembarque de pasajeros mediante “Mangas”), es una Operación Principal que obligatoriamente debe llevarse a cabo en el AIJCH, de acuerdo a los “Requisitos Técnicos Mínimos” y según los planes de expansión (los cuales forman parte de la Propuesta Técnica, que es el Anexo 6 del contrato de concesión).

En ese sentido, es importante tomar en cuenta que la responsabilidad de LAP frente al Estado, por la prestación de las Operaciones Principales y No Principales, está definida por el cumplimiento de los “Requisitos Técnicos Mínimos” (RTM)³ y las “Leyes Aplicables”.

Con relación a ello, cabe mencionar que la obligación de aplicar los RTM en la prestación del servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje, está estipulada (entre otros), en los numerales 1.51, el último párrafo del Numeral 5.5., el Anexo N° 3 y el punto 1.1. del Anexo N° 14 del contrato de concesión del AIJCH.

- d. El Anexo 4 (relativo a la “Seguridad Integral” en el AIJCH) del contrato de concesión, establece los lineamientos de seguridad que deberá ejecutar obligatoriamente LAP en la operación del Aeropuerto, dentro de los que está las normas y métodos recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

² De acuerdo al Numeral 1.28 del contrato de concesión, “Leyes Aplicables” significa cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.

³ De acuerdo al Numeral 1.51 del contrato de concesión del AIJCh, los “Requisitos Técnicos Mínimos” son aquellos criterios mínimos de calidad consistentes con los Estándares Básicos, que el Concesionario debe mantener para el diseño, construcción, reparación, mantenimiento y operación del Aeropuerto estipulados en la sección 1 del anexo 6 de las Bases, así como lo especificado en el Anexo 14 de este Contrato, según sean modificados o complementados periódicamente por OSITRAN, contando con la opinión del Concesionario, en el marco de las necesidades de las líneas aéreas y el transporte de pasajeros y carga, en la forma que al juicio razonable de OSITRAN sea necesario.

2. Asimismo, el otorgamiento de tales derechos está contemplado en el D.S. N° 059 – 96 – PCM (TUO)⁴, el cual establece lo siguiente:
 - a. En el Artículo 13°, señala que el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, y que éste podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.
 - b. En el Artículo 35°, que el concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje, u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. La norma establece también que el contrato de concesión establecerá, en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión. El concesionario no podrá establecer exenciones en favor de usuario alguno.
 - c. En el literal b) del Artículo 37°, que durante la etapa de explotación, el concesionario deberá prestar los servicios a su cargo en forma continua, debiendo facilitar la prestación del servicio en condiciones de absoluta normalidad, eliminando las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o riesgos excesivos, excepto cuando la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o urgente reparación, y; prestándolo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor.
3. Del mismo modo, la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, establece en el Numeral 76.1, que “en todo aeródromo público, existe un responsable quien será la máxima autoridad en lo que respecta a su dirección y régimen interno.”

De acuerdo a lo estipulado en el contrato de concesión del AIJCH, la prestación de los servicios a cargo del concesionario debe llevarse a cabo de acuerdo a las “Leyes Aplicables”, lo cual comprende la Ley N° 27261, Ley General de Aeronáutica Civil y sus normas reglamentarias y complementarias (Regulaciones Aeronáuticas del Perú – RAP’s). Todas ellas son normas de obligatorio cumplimiento para LAP.

4. Del marco legal anterior se infiere lo siguiente:
 - a. El Contrato de Concesión del AIJCH, constituye el título que confiere a LAP la autoridad necesaria para la prestación y para la ordenación de los servicios aeroportuarios y aeronáuticos a su cargo, en el AIJCH. Ese poder de ordenación del servicio debe ejercitarse conforme a las “Leyes Aplicables”.
 - b. Esa titularidad está prevista en el TUO de concesiones.

⁴ 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 de servicios públicos.

c. Esa titularidad está también expresamente contemplada en la Ley de Aeronáutica Civil del Perú.

5. En ese sentido, la respuesta sobre la “obligatoriedad del servicio de embarque y desembarque de pasajeros a través de puentes de abordaje (mangas) en el AIJCh”⁵; está dada por el poder que tiene LAP, en virtud a su calidad de concesionario del Estado, en la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”. En virtud a tal calidad, es que LAP goza de los poderes de “policía prestacional”, que son imprescindibles y necesarios para la correcta prestación del servicio y sin los cuales éste no podría prestarse debidamente. **Dichos poderes le permiten ordenar y decidir las condiciones de prestación de los servicios, de manera acorde con la legislación aplicable.**

Esos poderes de “policía prestacional”⁶ se atribuyen al concesionario en virtud al contrato de concesión, y en nuestro ordenamiento con base a lo establecido en el TULO de concesiones, así como lo expresamente establecido en el Numeral 76.1 de la Ley de Aeronáutica Civil. Están vinculados intrínsecamente a la actividad prestacional, son inseparables de ésta y no pueden calificarse como públicos porque son ejercidos por un sujeto privado.

6. En efecto, debe considerarse que la empresa concesionaria del AIJCH, realiza la gestión indirecta de servicios calificados como servicios públicos, y otros cuya prestación es de interés general y que en todos los casos están sometidos en diversos aspectos a consideraciones de interés público.

En ese sentido, aún cuando la titularidad para garantizar la prestación del servicio la conserva el Estado, que es quien detenta los poderes públicos y la facultad normativa sectorial del servicio, es decir, siendo a quien corresponde de manera exclusiva ejercer atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública; LAP como empresa concesionaria del AIJCH, goza de los poderes de “policía prestacional” que se le otorga en virtud al contrato de concesión, lo que lo convierte en una suerte de colaborador de la Administración Pública.

7. Estos poderes de “policía prestacional” se traducen en el ejercicio de <<todos los derechos necesarios para que cumpla con las obligaciones a su cargo establecidas en el contrato de concesión y las “Leyes Aplicables”>>, tal como señala expresamente el Numeral 5.1 del contrato de concesión del AIJCH.

En tal virtud, en ejercicio de tales poderes, LAP está facultada a decidir la utilización de la infraestructura aeroportuaria de uso público a su cargo, de la manera más eficiente posible y procurando también una prestación continua y eficiente de los de los servicios a su cargo.

⁵ Asumiendo que con ello se refieren a con base a qué, LAP puede obligar a las aerolíneas a tomar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje en el AIJCH, de manera preferente.

⁶ Al respecto, se puede consultar el siguiente artículo: “Los Poderes del concesionario de servicios públicos locales”, de Íñigo Sanz Rubiales (Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid), publicado en la Revista de Estudios de la Administración Local (REAL), N° 291. Especial de Homenaje a Sebastian Martin-Retortillo.

Sin embargo, tratándose de actividades y servicios aeroportuarios y aeronáuticos, la necesidad de garantizar la provisión de infraestructura y servicios que sean seguros, de acuerdo a lo establecido en las “Leyes Aplicables” y los “Requisitos Técnicos Mínimos” y “Estándares Básicos” del contrato de concesión, es una obligación legal sustancial de la empresa concesionaria.

8. Del mismo modo, se debe considerar que la infraestructura aeroportuaria de uso público es escasa, y cuya utilización está además sometida a una frondosa legislación destinada a regular de manera detallada las condiciones de seguridad obligatorias para la prestación de los servicios. En ese sentido, la utilización de la infraestructura está condicionada a la disponibilidad de espacio, y a lo establecido en las normas de seguridad, cuyo cumplimiento está a cargo del órgano sectorial competente.

De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27261, Ley General de Aeronáutica Civil, el órgano competente para velar por la aplicación y cumplimiento de las “Leyes Aplicables” relativas a la seguridad de la prestación de los servicios aeroportuarios y aeronáuticos, es la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

- B. ¿En qué casos OSITRAN regula la utilización obligatoria de una determinada infraestructura y en qué casos dicha regulación le corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones? En especial, podrían señalar el ámbito de competencia entre ambas entidades respecto de la regulación de la obligatoriedad del servicio de embarque y desembarque de pasajeros a través de puentes de abordaje (mangas) en el AIJCH?

9. Se debe señalar en primer lugar, que el marco normativo de OSITRAN relacionado a la regulación económica de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, no faculta a OSITRAN a “obligar” a un usuario a usar determinada infraestructura o a recibir determinado servicio. Son los usuarios quienes, de acuerdo a sus necesidades, deciden que infraestructura requieren y qué servicios demandan.

Sin embargo, se debe considerar que ese poder de decisión de los usuarios, está condicionado por lo establecido por el contrato de concesión y las “Leyes aplicables”.

10. El marco normativo de OSITRAN, establece lo siguiente:
 - a. El Artículo 5°-Literal d) de la Ley N° 26917- Ley de Creación de OSITRAN, establece que es objetivo de OSITRAN fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte de uso público, por parte de las Entidades Prestadoras.
 - b. El Artículo 7.1°, Literal p) de la precitada norma, señala que es función de OSITRAN cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura.
 - c. El Artículo 1° de la Ley N° 27631 (que precisa el alcance del Literal c) del Artículo 3° de la Ley N° 27332-Ley Marco de los Organismos Reguladores), señala que en ejercicio de la función normativa, OSITRAN puede emitir reglamentos de carácter general y Mandatos.

- d. El Literal f) del Artículo 24° del D.S. N° 010 – 2001 – PCM, que aprueba el Reglamento General de OSITRAN, establece que en ejercicio de su función normativa, OSITRAN puede dictar reglamentos y normas de carácter general relacionadas con el acceso a la utilización de la infraestructura.
- e. La Resolución N° 014-2003-CD /OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprueba el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.

11. En tal virtud, en cuanto a la infraestructura de transporte de uso público (lo que comprende la infraestructura aeroportuaria de uso público) calificada como Facilidad Esencial, compete a **OSITRAN normar el derecho de acceso a su utilización**. Esa competencia no pasa por obligar a un usuario a utilizar determinada infraestructura, sino por velar por que en aquellos casos en que el usuario decide que requiere de determinada infraestructura, la utilización de ésta sea otorgada de manera equitativa.

Asimismo, conviene tomar en cuenta que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 8° de la Ley N° 27261, el Ministerio de Transportes, Comunicaciones (MTC), es la única Autoridad Aeronáutica Civil y que corresponde a la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) normar los aspectos de orden técnico y operativo de las actividades aeronáuticas y aeroportuarias. Es decir, corresponde al MTC establecer la normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales, que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que deseen brindar servicios relativos a la explotación de la infraestructura aeroportuaria.

12. En ese sentido, es necesario tomar en cuenta que de acuerdo a lo establecido en el marco normativo de OSITRAN y a lo establecido en la Ley General de Aeronáutica Civil, existe una diferencia sustancial entre el ámbito de competencias de OSITRAN, y el que corresponde a la DGAC del MTC.

En efecto, corresponde a la DGAC del MTC normar los requisitos de carácter técnico, operativo, que sean necesarios para que los operadores presten servicios aeroportuarios y aeronáuticos. En cambio, corresponde al OSITRAN normar el derecho de acceso a la utilización de la infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial, por parte de los Usuarios Intermedios⁷, cuando éstos la requieran como insumo necesario para proveer sus propios servicios en el mercado.

13. En ese sentido, es claro que existe una diferencia sustancial en el alcance de las competencias correspondientes a OSITRAN de las que corresponde a la DGAC del MTC. Esa diferencia radica en esencia en lo siguiente:

⁷ Definidos por el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM, del modo siguiente:

<<a. Usuario intermedio: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad. Sin que la siguiente enumeración sea taxativa, sino meramente enunciativa, se considera usuario intermedio, a las líneas aéreas, los agentes marítimos, los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos, y en general cualquier empresa que utiliza la INFRAESTRUCTURA para brindar servicios a terceros. Este tipo de usuarios puede ser un operador secundario.>>

- a. El OSITRAN es el órgano competente para regular económicamente el derecho de acceso de los usuarios intermedios a la utilización de la infraestructura aeroportuaria de uso público, cuando ésta ha sido calificada como “Facilidad Esencial”. Se trata por tanto, de una competencia en materia regulatoria de contenido sustancialmente económico, que tiene una finalidad de interés público consistente en posibilitar la competencia en los segmentos de servicios portuarios y servicios de intercambio modal y de transporte, ahí donde sea factible, sin poner en riesgo los derechos del titular de la concesión o del Administrador Portuario público.
 - b. La DAGC del MTC es competente para normar en lo técnico y operativo, los requisitos que debe cumplirse para que los operadores puedan prestar servicios aeroportuarios y aeronáuticos, mediante, por ejemplo, el establecimiento de condiciones operativas y de seguridad.
14. En el marco de lo anteriormente expuesto, se debe señalar que el contrato de concesión del AIJCH obliga a LAP a prestar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje, en determinadas condiciones y oportunidades, lo cual constituye una obligación contractual cuyo cumplimiento corresponde a OSITRAN supervisar y en su caso fiscalizar, de acuerdo a lo establecido en el marco normativo de OSITRAN y al propio contrato de concesión. Sin embargo, en paralelo, corresponde a la DAGC, establecer las normas y condiciones técnicas para la prestación de servicios aeroportuarios, como el embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje.
 15. En ese sentido, considerando que el contrato de concesión del AIJCh obliga a LAP a prestar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje, LAP está obligada por el mismo contrato de concesión a ordenar la prestación de los servicios y la asignación de infraestructura necesaria para tal efecto, de la manera más segura y eficiente.
- C. Mediante Oficio N° 1315-2005-MTC/12.04-AVSEC, la DGAC habría aprobado el Reglamento para la Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque (en adelante, el reglamento) elaborado por Lima Airport Partners S.R.L. (en lo sucesivo LAP). En ese sentido, sírvase señalar y explicar lo siguiente:
- En opinión de ustedes, ¿cuál es la naturaleza jurídica del Reglamento elaborado por LAP y aprobado por la DGAC? ¿Se trata de un reglamento administrativo, un acto administrativo o un acto jurídico privado?
16. De conformidad con lo señalado con anterioridad, se debe señalar que el “Reglamento para la Asignación de Posiciones de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque” elaborado por LAP y aprobado por la DGAC, no constituye un acto administrativo, pues sólo los órganos de la Administración Pública gozan de poderes públicos y funciones de imperio.

En ese sentido, es claro que LAP ni puede dictar actos administrativos, ni puede aprobar reglamentos administrativos, con base a funciones normativas propias, puesto que las funciones normativas y de imperio corresponden sólo al Estado.

17. Sin embargo, dicho reglamento es una directiva que LAP en su calidad, y ostentando el título de concesionario del Estado, elabora en ejercicio de sus poderes de “policía prestacional”, otorgados por el contrato de concesión y el TUO de concesiones, con el fin de establecer las condiciones y criterios técnicos operacionales que regulan la asignación de puestos de estacionamiento de aeronaves y salas de embarque en el AIJCH, así como las coordinaciones para tal fin, que sea necesario llevar a cabo entre compañías aéreas, los Operadores del Servicio de Rampa, las Compañías Prestadoras de Servicios Especializados Aeroportuarios; para efectos de que el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje se preste de manera segura, oportuna y eficiente, de acuerdo a lo que exige el contrato de concesión del AIJCH y las “Leyes Aplicables”.
- En el supuesto que el Reglamento sea considerado un acto jurídico privado, podrían señalar la norma jurídica que le otorga tal naturaleza y, de ser el caso, el dispositivo normativo que declara su obligatorio cumplimiento a cargo de terceros que utilizan la infraestructura del AIJCH (v.g. las aerolíneas). Caso contrario, podrían confirmar si sólo se trata de un reglamento interno de LAP respecto de cómo se asignarán las posiciones de embarque y desembarque de pasajeros.
18. Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que el “Reglamento para la Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque” elaborado por LAP en ejercicio de sus poderes de “policía prestacional”, ha sido debidamente aprobado por la DGAC del MTC, lo cual es lo que reviste a dicho reglamento de la obligatoriedad necesaria para su cumplimiento por parte de las aerolíneas.

Al respecto, es necesario considerar que la DGAC del MTC, específicamente la Dirección de Seguridad Aérea del la DGAC⁸, es el órgano competente con poderes públicos necesarios, para velar por la aplicación de las “Leyes Aplicables” a la prestación del servicio desembarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje en el AIJCH.

19. En consecuencia, el referido reglamento no es un acto jurídico privado ordinario, cuya aplicación esté sometida exclusivamente al ámbito de la autonomía de la voluntad privada, sino que es uno generado en ejercicio de la calidad que ostenta LAP como concesionario del Estado (para la provisión de infraestructura aeroportuaria, y prestación de servicios públicos en el AIJCh); que cuenta con la aprobación del órgano sectorial competente, en este caso la DGAC.

Se trata en suma, de un acto jurídico privado emitido en ejercicio de los poderes de “policía prestacional” del concesionario, otorgados en virtud al contrato de concesión, TUO de concesiones y a la Ley de Aeronáutica Civil; que cuenta con la conformidad y aprobación de la DGAC del MTC como entidad del Estado competente, y que es por tanto de obligatorio cumplimiento a compañías aéreas, los Operadores del Servicio de Rampa, las Compañías Prestadoras de Servicios Especializados Aeroportuarios.

⁸ Que es la entidad del Estado que ha efectivamente aprobado el “Reglamento para la Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque”, mediante Oficio N° 1315-2005-MTC/12.04. AVSEC, de fecha 26 de abril de 2005.

- En el supuesto que el Reglamento sea considerado un reglamento administrativo, sírvase señalar la fuente jurídica que le otorgaría dicha naturaleza; de ser posible, podrían detallar cuál es el procedimiento a seguir para su aprobación y, especificar, si en el caso concreto, el Reglamento ha seguido el procedimiento. En especial, indicar si es necesario la publicación del Reglamento en el Diario Oficial El Peruano, o bastaría su comunicación a los usuarios del AIJCH.

20. Como se ha señalado con anterioridad, no se trata propiamente de un reglamento administrativo, ni de un acto administrativo, los cuales sólo pueden ser emitidos por las entidades del Estado.

D. Sírvase señalar, de ser el caso, las razones técnicas que justificarían la obligatoriedad de tomar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante puentes de abordaje (mangas) en el AIJCh. Asimismo, podrían indicar si cabe la posibilidad de que una empresa aerocomercial opte por utilizar el servicio de posiciones remotas (traslado de pasajeros a través de ómnibuses) en lugar de puentes de abordaje:

21. Lo primero que se debe señalar al respecto, es que el contrato de concesión confiere a LAP el poder de determinar la utilización preferente de los Puentes de Abordaje, con base a criterios técnicos objetivos, que son los comprendidos en el “Reglamento para la Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque”.

22. Asimismo, se debe señalar que el “Reglamento para Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque” aprobado por la DGAC, **establece que LAP es la “Autoridad Aeroportuaria” para hacer cumplir dicho reglamento en el AIJCH**, lo cual implica que el ente administrativo competente ha ratificado mediante la aprobación respectiva, los poderes de “policía prestacional” otorgados a LAP en virtud al contrato de concesión.

En tal virtud, es la empresa concesionaria la que asigna a las compañías aéreas una posición de estacionamiento, una sala de embarque y un puente de embarque si la posición es de contacto.

En efecto, el referido reglamento, aprobado por la DGAC, establece los **criterios operacionales técnicos y objetivos con base a los cuales se asigna el uso de los Puentes de Abordaje.**

23. En ese sentido, “las razones técnicas que justificarían la obligatoriedad de tomar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante puentes de abordaje (mangas) en el AIJCh”, son las que están contempladas en el propio “Reglamento para Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque”, aprobado por la DGAC.

Asimismo, se debe señalar que la verificación de la adecuación de los criterios contemplados en el precitado Reglamento, a la Ley de Aeronáutica Civil, se inscribe dentro de las competencias técnicas de la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

24. En virtud de lo anterior, no existe fundamento jurídico ni económico para sostener que existe un pretendido “derecho de opción” de las aerolíneas, entre Puentes de Embarque y Posiciones Remotas, dado que de acuerdo al Reglamento aprobado por la DGAC, esa determinación se establece de acuerdo a *criterios objetivos* como el tamaño de la aeronave, y considerando la necesidad de optimizar el uso y eficiencia de la infraestructura del AIJCH, que por lo demás es común en diversos aeropuertos en el ámbito internacional.
- E. Sírvase señalar si los puentes de abordaje (mangas) constituyen o no una facilidad esencial que determine la obligatoriedad no sólo de su uso por parte de los usuarios intermedios de dicha infraestructura de transporte sino además la obligatoriedad de su prestación por parte de LAP. De ser el caso, explicar los criterios que se han utilizado para calificar a dicha infraestructura como una facilidad esencial.
25. La obligatoriedad del uso preferente de los Puentes de Abordaje por parte de las aerolíneas, está dada por el poder de ordenación de los servicios y asignación de infraestructura de los que goza el concesionario como tal, así como sus obligaciones previstas en el contrato de concesión, no el hecho que los Puentes de Embarque sean considerados Facilidades Esenciales.

A su vez, lo que determina en cada caso la asignación de los Puentes de Embarque, es el que determinada aeronave, ostente las características y condiciones técnicas establecidas en el “Reglamento para Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque”, aprobado por la DGAC.

Al respecto, es necesario tomar en cuenta que la obligatoriedad de la utilización de los Puentes de Embarque por parte de las aerolíneas, está dada por la existencia de una relación de complementariedad entre los Puentes de Abordaje y las posiciones remotas. Según esta relación de complementariedad, sólo se asigna posiciones remotas, cuando no hay puentes de Abordaje disponibles y cuando las especificaciones técnicas de la aeronave no permiten su atención mediante Puentes de Abordaje.

26. Al respecto, se debe señalar que el embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje o mediante buses, para el caso de asignación de posiciones remotas, no son formas equiparables de provisión del servicio de embarque y desembarque de pasajeros. No se trata de dos formas sustitutas de prestación del servicio que permitan a los usuarios relevantes, es decir las aerolíneas, el “escoger” entre una y otra forma de embarque y desembarque de pasajeros. El poder de determinar tal asignación es del Concesionario, como Operador del Aeródromo, lo cual lo dota de la autoridad aeronáutica necesaria. Autoridad que por lo demás está ratificada mediante el acto de aprobación del Reglamento, por parte de la DGAC.
27. Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que efectivamente, los Puentes de Abordaje han sido calificados por OSITRAN como Facilidades Esenciales, de acuerdo al Reglamento Marco de Acceso de la infraestructura de transporte de uso público de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN, y en ejercicio de las funciones que le atribuye su ley de creación.

Al respecto, se debe considerar que el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje, es un Servicio Esencial, derivado de la explotación de infraestructura aeroportuaria de uso público; que es necesario para completar la cadena logística de transporte en una relación origen-destino.

28. Los puentes de abordaje⁹ en sí mismos, son Facilidades Esenciales por ser instalaciones que constituyen superestructura conectada al Edificio Terminal, que por razones operativas se consideran parte integrante éste, siendo que para su utilización, éstos requieren su permanente adaptación a dicho edificio.

Por tanto, los Puentes de Abordaje son Facilidades Esenciales que constituyen bienes integrantes de la infraestructura aeroportuaria, parte de “la red” que constituye el monopolio natural bajo la competencia de OSITRAN, y, por tanto, al estar afectados en su utilización de manera permanente al Edificio Terminal, siguen la condición de este bien principal¹⁰.

Desde esta perspectiva, se debe tomar en cuenta que el servicio de embarque y desembarque mediante la utilización de los Puentes de Abordaje, forma parte de los Servicios Esenciales derivados de la explotación de infraestructura aeroportuaria de uso público, que se encuentra bajo el régimen de regulación económica por parte de OSITRAN.

29. En el caso del servicio de transporte de pasajeros entre terminal y aeronave y viceversa, mediante buses, se trata también de un Servicio Esencial, que constituye una forma distinta de procesamiento de pasajeros entre terminal y aeronave en el AIJCh. La prestación de dicho servicio está comprendida dentro de los servicios que forman parte del paquete de servicios a cuya disponibilidad responde el pago de la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuertos, de conformidad con lo expresamente previsto en el contrato de concesión del AIJCH.

F. Sírvase señalar si OSITRAN tiene competencia para fijar las tarifas por el uso de los puentes de abordaje (mangas) por parte de las aerolíneas. De ser el caso, podrían explicar cómo realiza dicha función reguladora.

30. El Contrato de Concesión en el Literal d, Numeral 1.1 (Servicios Aeroportuarios Prestados Directamente por el Concesionario) del Anexo 5 (que establece la política sobre tarifas) establece expresamente lo siguiente:

<<d. Puentes de Abordaje.

Este servicio actualmente no se brinda en el Aeropuerto, pero está contemplado en los planes de expansión contar con ellos. La tarifa máxima a ser implantada por este servicio, se determinará de acuerdo a diversos factores económicos, previa autorización de OSITRAN.>>

31. Asimismo, el Literal d, del Numeral 1.1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión, ha previsto expresamente que dicho servicio estará sujeto a la regulación tarifaria por parte de OSITRAN.

⁹ Código Civil: Artículo 887º: “Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien del bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”.

¹⁰ Código Civil: Artículo 889º: “Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste...”

32. En tal sentido, en atención a que el servicio de puentes de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje, constituye la provisión de un servicio derivado de la explotación de la infraestructura aeroportuaria de uso público por parte de una Entidad Prestadora, y que de acuerdo a lo expresamente establecido en el Contrato de Concesión, que no tiene sustitutos adecuados, y a que está sujeto a la regulación tarifaria por parte de OSITRAN de acuerdo al contrato de concesión, la solicitud de fijación tarifaria por el servicio de puentes de embarque (mangas) formulada por LAP se declaró procedente y OSITRAN procedió a realizar la fijación tarifaria correspondiente.
33. La función reguladora de OSITRAN se ejerce previa comprobación de que no existen de condiciones de competencia en determinado mercado, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, así como lo establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN.
- G. En el supuesto que LAP discriminara en el cobro de tarifas por el uso de los puentes de abordaje (mangas) – habiendo sido dichas tarifas fijadas por OSITRAN – de manera tal que favorezca a una aerolínea en perjuicio de otra, ocasionándole a esta última una desventaja competitiva, en opinión de ustedes, ¿OSITRAN sería competente para sancionar y corregir dicha práctica?
34. Efectivamente, la conducta descrita en la pregunta es una infracción que corresponde al ámbito de competencias de OSITRAN, y al ejercicio de su función reguladora y fiscalizadora-sancionadora, otorgadas mediante Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores y normas complementarias y reglamentarias.
- Dicha conducta sería sancionada por OSITRAN con base a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN y lo establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN.
- H. Sírvase señalar si la utilización de los servicios de posiciones remotas (traslado de pasajeros a través de omnibuses) es (o podría ser) una actividad complementaria o sustituta a la utilización de los puentes de abordaje (mangas) para el servicio de embarque y desembarque de pasajeros en el AIJCh.
35. La utilización de Puentes de Abordaje y posiciones remotas no tiene una relación de sustitución, pues ello significaría que la misma aeronave podría utilizar, a su elección, cualquiera de las dos modalidades. Ello no es posible, de acuerdo a lo establecido por el “Reglamento para Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque”, que ha sido aprobado por la DGAC.
36. Se trata de formas distintas, no equiparables de prestación del servicio de embarque y desembarque de pasajeros, que no pueden ser considerados sustitutos relevantes, simplemente son dos formas distintas de prestar el servicio.

Como se ha señalado dichas formas de embarque y desembarque de pasajeros **guardan entre sí una relación de complementariedad**, según la cual sólo se asigna posiciones remotas en los casos que no hay Puentes de Abordaje disponibles o cuando las especificaciones técnicas de la aeronave no permitan su atención mediante Puentes de Abordaje.

Como consecuencia de ello, sólo en caso de que no exista Puentes de Abordaje disponibles, se asignará a una aeronave una posición remota, o en el caso que se trate de una aeronave cuyas características no permitan el embarque y desembarque de sus pasajeros, mediante la utilización de Puentes de Abordaje.

I. ¿Podría LAP exigir a los usuarios intermedios de su infraestructura tomar servicios que no se encuentren previstos en su Contrato de Concesión o alguna norma legal que disponga su obligatoriedad? En otras palabras, ¿LAP es libre de imponer la utilización de servicios que considere convenientes, o sólo puede exigir la obligatoriedad de servicios que se encuentran debidamente previstos en el Contrato de Concesión o en alguna norma determinada?

37. El contrato de concesión del AIJCh obliga a LAP a prestar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje. El “Reglamento para Asignación de Posición de Estacionamiento de Aeronaves y Salas de Embarque” elaborado por LAP y aprobado por la DGAC, es el que determina, con base a criterios operacionales objetivos, que las aerolíneas deban obligatoriamente usar los Puentes de Embarque de manera preferente a las posiciones remotas.

38. El contrato de concesión del AIJCh otorga a LAP el derecho a explotar económicamente la infraestructura aeroportuaria a su cargo. En ese sentido, el contrato de concesión ha establecido los servicios denominados “Operaciones Principales”, que sólo pueden ser llevados a cabo por el concesionario.

39. Sin perjuicio de ello, LAP es libre de implementar y prestar en el AIJCH los servicios que decida, en ejercicio de su libertad empresarial, siempre que lo haga de acuerdo a los “Requisitos Técnicos Mínimos” y “Estándares Básicos” del contrato.

Evidentemente, no podrá prestar de manera exclusiva servicios que el contrato de concesión y las “Leyes Aplicables” establecen que se prestan en condiciones de competencia. Lo cual no es el caso del servicio de embarque y desembarque de pasajeros mediante Puentes de Abordaje, que en virtud al contrato de concesión corresponde a LAP prestar de manera exclusiva.

J. En el caso de que LAP exigiera servicios que no se encuentren previstos en el Contrato de Concesión o en alguna norma jurídica, qué entidad sería, en opinión de ustedes, la competente para fiscalizar y eventualmente sancionar dicha conducta?

40. Tratándose de servicios que se prestan en condiciones de libre competencia, LAP no podría imponer a los usuarios que reciban el servicio de parte de ésta, ya sea que se trate o no de servicios contemplados en el contrato de concesión. Ello constituiría una conducta que correspondería INDECOPI investigar y eventualmente sancionar.

41. Tratándose de servicios que sólo puede prestar LAP de acuerdo al contrato de concesión, o de Servicios Esenciales nuevos que LAP pudiera prestar, utilizando necesariamente infraestructura aeroportuaria de uso público (calificada como Facilidad Esencial), la obligatoriedad de su prestación estaría dada no por la voluntad de LAP, sino por la naturaleza misma de tales Facilidades Esenciales aeroportuarias, las cuales por naturaleza son provistas por un único o un limitado número de proveedores y no son factibles de ser sustituidas técnica o económicamente para proveer un Servicio Esencial.
42. En cualquier caso, las prácticas discriminatorias que LAP pudiera llevar a cabo en contra de los Usuarios Intermedios, en el caso que se trate de Servicios Esenciales para cuya prestación se utiliza necesariamente Facilidades Esenciales aeroportuarias, están sometidas al ámbito de competencias de OSITRAN.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DÍAZ
Gerente de Regulación

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal