

INFORME N° 047-06-GRE-GAL-OSITRAN

Para: Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

De: Gonzalo Ruiz Días
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto: Competencia de OSITRAN con relación al acuerdo comercial que eventualmente suscribirían Lima Airport Partners S.R.L. e Inmobiliaria Koricancha S.A.

Referencia Solicitud de Inmobiliaria Koricancha S.A. de fecha 27 de octubre

Fecha: 11 de diciembre del 2006

I. ANTECEDENTES

1. Mediante comunicación s/n de fecha 27 de octubre de 2006, Inmobiliaria Koricancha S.A. (IKSA) solicitó a OSITRAN que confirme su entendimiento de que el acuerdo a que pudiera llegar dicha empresa con Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), no se estaría sometido a la aprobación de OSITRAN.
2. Mediante correo electrónico de fecha 24 de noviembre de 2006, IKSA remite a OSITRAN consideraciones adicionales con relación al planteamiento efectuado el 27 de octubre de 2006.
3. IKSA señala que el proyecto comercial al que eventualmente arribaría con LAP, no está sometido a la aprobación de OSITRAN. Al respecto, sostiene su posición en base a los siguientes argumentos:
 - a. IKSA es una empresa inmobiliaria que ostenta la propiedad de un terreno adyacente al Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCh), en el cual planea desarrollar un proyecto inmobiliario de infraestructura, dedicado a empresas relacionadas al transporte aéreo de carga y servicios conexos. Este proyecto inmobiliario constituirá un centro de facilitación de carga (“*cargo center*”).
 - b. En dicho proyecto IKSA no prestará servicios aeroportuarios, sino que desarrollará infraestructura con el fin de arrendarla a los operadores aeroportuarios.
 - c. Serán dichos operadores aeroportuarios quienes prestarán sus propios servicios, pagando las tarifas o cargos que corresponda, según la actividad que desarrollen.
 - d. Actualmente, IKSA está negociando con LAP con el fin de concretar la habilitación de una puerta de ingreso al AIJCh, que permita una

integración física y funcional del inmueble de propiedad de IKSA con el AIJCh.

e. Esta integración física y operativa constituye el medio a través del cual se conseguiría los siguientes objetivos fundamentales:

- Liberar espacios dentro del AIJCh para que los procesos de carga se desarrollen eficiente y adecuadamente, mediante la coordinación con los procesos de dicho aeropuerto.
 - Otorgar mayor valor comercial al proyecto de IKSA (mediante la posibilidad de requerir mayores alquileres, pues una infraestructura integrada al aeropuerto es más atractiva para los potenciales inquilinos), que le permita tener la estabilidad suficiente como para obtener financiamiento bajo la modalidad de project finance.
 - Otorgar a LAP el pago de una contraprestación que reconozca el mayor valor otorgado al proyecto inmobiliario de IKSA, que se constituya en una renta (un monto de participación calculada sobre los ingresos generados por el alquiler de los locales dentro de la infraestructura de IKSA).
4. De acuerdo a lo anterior, IKSA solicita a OSITRAN que confirme su posición respecto a que su acuerdo comercial con LAP no estaría sometido a la aplicación del marco regulatorio y normativo de OSITRAN.
5. El 06 de diciembre, en la Sesión del Consejo Directivo N° 225-2006-CD-OSITRAN, se solicitó una ampliación del Informe 044-06-GRE-GAL-OSITRAN.

II. OBJETIVO

6. Analizar si el acuerdo comercial que IKSA y LAP están negociando, para la apertura de una puerta de ingreso que conecte física y operativamente el inmueble de propiedad de IKSA con el AIJCh, está sometido a la competencia de OSITRAN, es decir, si se trata de una relación jurídica pasible de la aplicación del marco normativo-regulatorio de OSITRAN. Cabe mencionar que, dado que estas Gerencias no conocen los términos específicos de dicha negociación, el presente informe se ha elaborado en base a la información que sobre a misma ha proporcionado el solicitante.

III. ANALISIS

7. De acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, hay que sentar ante todo, que el principio de libre empresa no es sólo un “principio” informador del modelo de economía social de mercado, sino que constituye un verdadero derecho subjetivo que no puede ser desconocido ni negado a ningún agente económico.

Sin embargo, en el caso de las relaciones que establece una empresa que tiene el título de empresa concesionaria de obra pública y servicio público, este derecho de libre empresa tiene ciertamente determinadas limitaciones.

8. En ese sentido, existen limitaciones de tal libertad o lo que es igual, intervenciones del poder público - la Administración titular de la garantía de

prestación del servicio público – que son compatibles con el ejercicio del derecho de libre empresa.

9. El marco legal vigente, aplicable a los contratos de concesión de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, es decir, el 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 (TUO), aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM; establece lo siguiente con relación al contrato de concesión:

<<Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, **el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.** En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como única responsabilidad frente al Estado.>>

10. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento del TUO, aprobado mediante D.S. N° 060-96-PCM, señala lo siguiente con relación a las relaciones de las empresas concesionarias del estado con terceros:

<<Primera.- **En lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, el concesionario se regirá por las normas de derecho privado;** y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del organismo o entidad correspondiente del Estado **con las solas excepciones que regula expresamente el TUO, este Reglamento y las que se estipulen en el contrato de concesión.** Así, entre otras, el concesionario podrá dar en prenda sus ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión y/o ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Estado que conste en el contrato, sin necesidad de autorización previa de dicho organismo o entidad.>>

11. De acuerdo a lo anterior y en términos generales, se puede decir que las limitaciones al ejercicio de derecho de la empresa en el caso de una empresa concesionaria del Estado, se refieren *básicamente a dos aspectos*:

- a. Los derivados de la ordenación discrecional del servicio por la Administración¹;
- b. **Los que se plantean como consecuencia de las potestades inherentes a la regulación económica a la que están sometidas las actividades.**

12. Para efectos de la absolución de la consulta planteada por IKSA, en el presente informe nos remitiremos estrictamente al segundo de los mencionados aspectos.

¹ Es necesario considerar que no es sencillo dar repuestas genéricas, y que mayormente, cada servicio deberá ser estudiado y analizado en su propia realidad para determinar, de acuerdo a sus características, el alcance que corresponde al ejercicio de los poderes públicos.

En efecto, como consecuencia del sometimiento de las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, al régimen de regulación económica (de conformidad con la Ley N° 26917, Ley de creación de OSITRAN y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los servicios Públicos); existen dos aspectos fundamentales de las actividades de las empresas concesionarias sometidos al ámbito de competencia de OSITRAN.

13. El primero de ellos, se refiere a la aplicación del régimen tarifario correspondiente a los servicios que presta la empresa concesionaria, cuando éstos no se prestan en condiciones de competencia en el mercado, de conformidad con lo establecido en el contrato de concesión, la Ley N° 26917 y el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA).
14. El segundo de dichos aspectos, se refiere a la aplicación del régimen de acceso a la infraestructura de transporte de uso público calificada como Facilidad Esencial, de acuerdo a lo que establece el contrato de concesión y el Reglamento Marco de Acceso a la infraestructura de transporte de uso público (REMA).
15. De acuerdo a lo anterior, una empresa concesionaria del Estado puede, en su caso:
 - a. Cobrar tarifas, cuando presta un servicio en condiciones en las que no enfrenta competencia;
 - b. Cobrar un cargo de acceso; cuando ofrece la utilización de infraestructura calificada como Facilidad Esencial;
 - c. Cobrar un precio, por servicios que presta en libre competencia o por ofrecer la utilización de infraestructura que no constituye una Facilidad Esencial.
16. En ese orden de ideas, debemos determinar si el eventual acuerdo comercial al que llegarían IKSA y LAP, involucraría dentro del objeto del contrato la prestación por parte de LAP, de un servicio sometido a regulación tarifaria o el ofrecimiento, por parte de ésta, de la utilización de infraestructura aeroportuaria calificada como Facilidad Esencial.
17. En tal virtud, en base a la información contenida en la solicitud de IKSA, se debe señalar que el uso de las instalaciones para la carga aérea dentro del AIJCh² estaría fuera del acuerdo comercial que IKSA estaría negociando con LAP. Dicha utilización dentro del AIJCh, continuaría sometida a la aplicación del marco regulatorio de OSITRAN (RETA o en su caso REMA).
18. En ese sentido, aquellas empresas que actualmente utilicen las instalaciones de carga aérea dentro del AIJCh (lo que incluiría a los arrendatarios de IKSA), pagarían lo establecido mediante Resolución N° 073-2005-CD-OSITRAN, y a partir del 1° de enero de 2007, la tarifa máxima por el uso de instalaciones de carga aérea que establece la Resolución N° 060-2006-CD-OSITRAN.

² Ambientes destinados para facilitar el movimiento de la carga nacional de importación y exportación, y su correspondiente traslado dentro del AIJCh – aeropuerto/calle, calle/aeropuerto y dentro del mismo aeropuerto

19. De acuerdo a la información presentada por IKSA, se debe considerar en primer lugar, que la prestación a cargo de LAP en el referido acuerdo comercial, estaría constituida por una puerta de ingreso, que comunicaría el inmueble de propiedad de IKSA (contiguo al AIJCh), con dicho aeropuerto.

Asimismo, el proyecto requeriría que LAP garantice una conexión no sólo física, sino operacional entre los arrendatarios del inmueble de IKSA y las operaciones del AIJCh.

20. Por su lado, IKSA ofrecería a LAP un área conectada al AIJCh, que le permitiría a la empresa concesionaria contar con mayor espacio para realizar de manera más eficiente y adecuada las operaciones de carga dentro del AIJCh.

21. De acuerdo a ello, la contraprestación que IKSA pagaría a LAP sería una renta, que se sustentaría en el otorgamiento por parte de LAP, de lo siguiente:

- a. Una puerta de ingreso especial que comunicaría al inmueble de IKSA con el AIJCh;
- b. Garantía de coordinación operacional entre las actividades correspondientes a los arrendatarios de IKSA, con las operaciones de carga que se realizan dentro del AIJCh.

22. Con relación a la puerta de ingreso, se debe considerar que ésta se limitaría exclusivamente a un punto de ingreso a las instalaciones del AIJCh para los arrendatarios de IKSA.

Ello, porque es claro que la utilización de la infraestructura del AIJCh calificada como Facilidad Esencial, y la prestación de los servicios monopólicos por parte de LAP, están sometidos a la aplicación de los cobros que corresponden a la empresa concesionaria de acuerdo al contrato de concesión y el marco regulatorio aplicable de OSITRAN (RETA y REMA, respectivamente).

23. En ese sentido, se debe analizar qué naturaleza tiene el ofrecimiento de una “puerta de ingreso” por parte de LAP en el presente caso. Al respecto, con el fin de determinar si dicha puerta de ingreso podría constituir o no una Facilidad Esencial, es necesario tomar en cuenta lo que establece el Artículo 9º del REMA:

<<Artículo 9º.- Facilidad Esencial.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, **se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:**

- a) Es provista por un único o un limitado número de proveedores, y su utilización es indispensable para la prestación de los servicios esenciales.
- b) **No es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.**

La calificación de una Facilidad Esencial por parte de OSITRAN, ya sea de oficio o a pedido de parte, se sustenta en los principios establecidos en el presente Título.

El Anexo N° 1 del presente Reglamento establece la lista de las Facilidades Esenciales.>>

24. En ese sentido, en principio, los usuarios intermedios del AIJCh pueden tener distintas vías de ingreso al Aeropuerto, por lo que una puerta de ingreso es una instalación que puede ser sustituida, técnica y económicamente por los usuarios en función a su localización o conveniencia.

En efecto, aquellos operadores de carga aérea que no sean arrendatarios de IKSA, tienen a su disposición la puerta de ingreso que actualmente se utiliza en la Av. Faucett, al constado de la puerta principal.

25. Asimismo, se debe considerar que esa puerta de ingreso no ostentaría la calidad de instalación o infraestructura “de uso público”, pues sólo podría ser utilizada por los arrendatarios de IKSA, considerando que sólo para éstos sería necesaria la utilización de dicha puerta de ingreso, en la medida que ésta no conecta al AIJCh con las vías públicas, sino con el inmueble de propiedad privada de IKSA, *al que, en principio, según la información con que contamos, solo los arrendatarios de IKSA tendrían la facultad legal de acceder.*
26. En consecuencia, en la medida que dicha puerta de ingreso no es infraestructura, ni instalación de uso público y es técnica y económicamente sustituible por los usuarios intermedios correspondientes (operadores de carga); hay que concluir que no se trata de una Facilidad Esencial, por lo que el ofrecimiento de ésta por parte de LAP a IKSA, y a través de ella a sus arrendatarios, no otorga a LAP el derecho de cobrar un cargo de acceso.
27. Asimismo, con relación al ofrecimiento de integración operacional, esta sería en todo caso una actividad de coordinación que LAP ofrece a todos aquellos prestadores de servicios dentro de AIJCH, pero que no necesariamente es prestada exclusivamente por LAP. En tal sentido, lo que LAP cobre por dicho concepto constituiría un precio, no una tarifa.
28. En consecuencia, ninguno de los dos aspectos que IKSA ha señalado que estarían involucrados en el objeto del acuerdo comercial a que arribaría con LAP, estaría sometido a la aplicación del REMA o del RETA, sino que tendría que someterse a las normas de Derecho Privado.
29. Sin perjuicio de ello, se debe señalar que en la medida que cualquier operador de carga preste Servicios Aeroportuarios *dentro del AIJCh*, las relaciones de éstos con LAP están sometidas a la aplicación de la Cláusula Séptima del contrato de concesión, por lo que LAP debería cumplir con la aplicación del Principio de No Discriminación.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis realizado en las secciones precedentes, estas Gerencias extraen las siguientes conclusiones:

- La puerta de ingreso que LAP ofrecería a IKSA no es infraestructura ni instalación “de uso público”, y es técnica y económicamente sustituible por los

usuarios intermedios correspondientes (operadores de carga), por lo que por tal prestación, lo que corresponde a LAP percibir no es un cargo de acceso.

- La coordinación operacional es una actividad que LAP brinda a todos aquellos prestadores de servicios dentro de AIJCH, pero que no necesariamente es brindada exclusivamente por LAP, por lo que lo que, en tal caso, correspondería que LAP cobre un precio, no una tarifa.
- En tal sentido, de acuerdo a la información proporcionada por IKSA, el acuerdo comercial que ésta y LAP están negociando, estaría fuera del ámbito de la regulación económica a cargo de OSITRAN.

V. RECOMENDACIONES

Someter el presente informe a consideración del Consejo Directivo de OSITRAN, con el fin de que éste se remita a IKSA en respuesta a su consulta de la referencia y se notifique a LAP para su conocimiento.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DÍAZ
Gerente de Regulación

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

PB-MC/jb
REG.SAL.GRE-GAL-13178-06
MP: