



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE Nº 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN Nº 003

EXPEDIENTE Nº : 001-2012-CCO-OSITRAN

RECURRENTE : SOCIETE AIR FRANCE SUCURSAL EN EL PERÚ

EMPRESA PRESTADORA : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.

RESOLUCIÓN Nº 003

Lima, 15 de mayo del 2013

VISTO:

El Expediente Nº 001-2012-CCO-OSITRAN referido a la controversia iniciada por SOCIETE AIR FRANCE SUCURSAL EN EL PERÚ (en adelante, AIR FRANCE) en contra de LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en adelante, LAP o la entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- El 05 de diciembre de 2012, AIR FRANCE interpuso reclamación contra LAP, ante el Cuerpo Colegiado de OSITRAN (en adelante, el CCO), solicitando:
 - a) Ordenar a LAP el restablecimiento del descuento del 100% en la Tarifa de Aterrizaje y Despegue de los vuelos de AIR FRANCE en la ruta París – Lima – París hasta el 04 de julio de 2012, respecto de lo cual además solicito una medida cautelar.
 - b) Ordenar a LAP reembolse a AIR FRANCE el importe de los cargos facturados a partir del 28 de octubre de 2012 por el cobro de la Tarifa de Aterrizaje y Despegue de los vuelos de AIR FRANCE en la ruta París – Lima – París.
 - c) Disponer que LAP pague a AIR FRANCE el interés comercial más alto existente en la plaza financiera de Lima sobre los importes facturados indebidamente a AIR FRANCE a partir del 28 de octubre de 2012 por concepto de Tarifa de Aterrizaje y Despegue de los vuelos de AIR FRANCE en la ruta París – Lima – París.
 - d) Disponer que LAP asuma las costas y costos del presente procedimiento.
- 2.- AIR FRANCE sustenta su solicitud en las siguientes consideraciones:
 - i.- El 02 de noviembre de 2010, la Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo (en lo sucesivo, PROMPERÚ), la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (en adelante, CORPAC) y LAP celebraron un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional (en lo sucesivo, CONVENIO MARCO) cuyo objeto fue contribuir al desarrollo de la actividad

Página 1 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- turística en el país, generando una mayor oferta de servicios aerocomerciales, mediante la promoción y el fomento de la operación de un mayor número de rutas y frecuencias internacionales.
- ii.- En el mencionado convenio, las partes se comprometieron a ofrecer beneficios económicos con relación a las tarifas aplicables en los servicios aeroportuarios a las diferentes líneas aéreas que operen rutas nuevas y frecuencias internacionales adicionales hacia el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.
 - iii.- El 09 de julio de 2011, AIR FRANCE celebró con PROMPERÚ el Convenio N° 032-2011-PROMPERÚ-COI, en el cual se establecieron como obligaciones de AIR FRANCE, el implementar una nueva ruta internacional con destino directo Lima - París- Lima con cinco frecuencias semanales. Asimismo, la frecuencia semanal de la nueva ruta internacional debía operar por lo menos tres veces por semana y durante seis meses en forma consecutiva y sin interrupciones, caso contrario, AIR FRANCE asumiría el total de los costos de la tarifa de aterrizaje y despegue.
 - iv.- Conforme a los términos del Convenio Marco, además de PROMPERU correspondía que LAP y CORPAC emitieran opinión favorable; habiéndose emitido la última de estas el día 28 de junio de 2011, siendo que el plazo de dos (2) años del régimen promocional de AIR FRANCE se comenzó a computar a partir del día 04 de julio de 2011.
 - v.- Por estacionalidad y atendiendo a los términos del régimen promocional del Convenio Marco, AIR FRANCE decidió reducir de cinco a tres sus vuelos semanales en la ruta París – Lima –París, a partir del 28 de octubre de 2012. Ante tal hecho, LAP ha procedido a facturar a AIR FRANCE el 100% de la tarifa de aterrizaje y despegue.
 - vi.- En opinión de AIR FRANCE, el requisito de operar en forma ininterrumpida los cinco vuelos semanales tuvo una vigencia de seis meses, que concluyeron el 04 de enero del 2012.
- 3.- El CCO, con fecha 06 de marzo de 2013, admitió la reclamación formulada por AIR FRANCE y corrió traslado a LAP, mediante Oficio Circular N° 002-13-STCCO-OSITRAN.
- 4.- LAP absolvió el traslado el 22 de marzo de 2013, solicitando que el CCO desestime el pedido de AIR FRANCE, sobre la base de los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo a lo estipulado en el artículo 43° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, RARSC) el procedimiento de solución de controversias entre entidades prestadoras y sus usuarios intermedios tiene como objeto la solución de controversias referidas a las condiciones de acceso, uso o explotación de las facilidades esenciales. Además, conforme a lo establecido en el artículo 44° del RARSC se establecen las materias sobre las que pueden versar las controversias.
 - ii.- AIR FRANCE cuestiona la aplicación de los términos y condiciones del Convenio Marco a su favor. Sin embargo, dichos cuestionamientos no se enmarcan dentro de los supuestos establecidos en el RARSC.
 - iii.- Los beneficios económicos derivados de la aplicación del convenio marco a favor de alguna aerolínea, sólo eran aplicables siempre que la aerolínea solicitante cumpla con todas y cada una de las condiciones recogidas en el convenio

Página 2 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

marco. En ese sentido, la aplicación de un régimen promocional (beneficio) como consecuencia del cumplimiento de un convenio o política comercial de una entidad prestadora, escapa del ámbito de aplicación del RARSC y por ende, de OSITRAN. Siendo ello así, corresponde declarar improcedente la reclamación de AIR FRANCE

- iv.- Respecto del fondo, alegan que en el Convenio Marco se estipuló que las aerolíneas mantendrían los beneficios del paquete a que se acogieron, siempre y cuando mantengan en todo momento las condiciones previstas en el anexo N° 4:
- a) Debe existir al menos una FIA;
 - b) Para obtener la promoción de nuevo destino, el vuelo debe operar por lo menos tres veces por semana;
 - c) La nueva frecuencia deberá volar por lo menos seis meses en forma consecutiva e ininterrumpida. De no ser así, la aerolínea estaría obligada a asumir el total de los costos que corresponden a las operaciones como si no hubiese habido promoción.
- 5.- El 10 de abril de 2013, se emitió la Resolución N° 002, citándose a las partes para la realización de la Vista de la Causa, la cual tuvo lugar el 17 de abril de 2013 y a la que asistieron los representantes de AIR FRANCE y LAP, quienes informaron oralmente; quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 6.- Son cuestiones en discusión:
- i.- Determinar la procedencia de la controversia interpuesta por AIR FRANCE.
 - ii.- Establecer si corresponde amparar las pretensiones de AIR FRANCE, lo que implica determinar si corresponde ordenar a LAP restablecer el beneficio tarifario del que gozaba AIR FRANCE, entre otros.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LA CONTROVERSIA.

- 7.- Un primer aspecto a evaluar respecto de la procedencia de la controversia es el relativo al concepto mismo de competencia administrativa, el cual se encuentra recogido en el numeral 1) del artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, de aplicación supletoria al presente caso, según el cual es requisito esencial de validez del acto administrativo que sea emitido por el órgano competente. En efecto:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión”.

Página 3 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 8.- La competencia es un concepto propio de la teoría de la organización administrativa. En ese sentido, el principio de competencia es uno de los principios que sirve para ordenar las funciones y asignar las potestades o facultades necesarias para la consecución de los fines que corresponden a cada uno de los órganos de una entidad. Así, la competencia es definida como la aptitud legal de un órgano administrativo para actuar en sus relaciones con otros organismos públicos y con los administrados.
- 9.- Asimismo, se ha señalado que la competencia es la medida de la potestad conferida a un ente. Así, en tanto la potestad es un poder de actuación amplio sobre determinada área de la actividad administrativa, la competencia es la habilitación concreta requerida para que la potestad sea ejecutada en sus diversas manifestaciones¹. Asimismo, se advierte que la competencia es la aptitud de obrar de las personas que actúan en el campo del derecho público y, particularmente, de los sujetos de derecho administrativo; la competencia, en esta forma, determina los límites entre los cuales pueden movilizarse los órganos de la Administración Pública.²
- 10.- En esa misma línea, se ha entendido que la competencia es, desde la perspectiva global de la organización, la medida en que las potestades atribuidas a ésta en cuanto tal se asignan a cada uno de los órganos de la misma, de modo que éstos quedan legitimados para actuar –por cuenta de la organización, vinculándola- las correspondientes potestades precisamente en la medida en que éstas les hayan sido conferidas; medida que coincide, pues, con la competencia³.
- 11.- Como se puede advertir, el principio de competencia resulta fundamental en la organización administrativa por distintas razones. Sin embargo, consideramos que la razón principal de su trascendencia radica en el hecho de que un órgano solo puede actuar allí donde una norma le atribuya expresamente competencia para hacerlo. En otras palabras, a diferencia del Derecho Privado en el que la capacidad para actuar de los sujetos se constituye en la regla general y la incapacidad en la excepción, en el Derecho Administrativo, la incompetencia es la regla general y la competencia para actuar es la excepción.
- 12.- Considerando lo antes expuesto, corresponde analizar a continuación las disposiciones legales que regulan la actuación de este Cuerpo Colegiado, a fin de determinar si el mismo resulta competente para resolver la controversia materia del presente expediente.

Respecto al ámbito de la competencia del Cuerpo Colegiado

- 13.- El Reglamento General del OSITRAN (en adelante, REGO) establece en su artículo 47 que:

¹ FRAGA PITTALUGA, Luis. "La incompetencia en el Derecho Administrativo", Editorial Torino, Caracas, 2000, p. 21.

² BREWER-CARÍAS, Allan R. "El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 150.

³ PAREJO ALFONSO, Luciano. "Apuntes de Derecho Administrativo. La organización administrativa en general", Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1982, p. 53.

Página 4 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

“Los Cuerpos Colegiados son competentes en primera instancia para la solución de las controversias que se presenten entre dos ENTIDADES PRESTADORAS. Del mismo modo, son competentes para resolver las controversias que se presenten entre una ENTIDAD PRESTADORA y un usuario intermedio, con relación al cumplimiento e interpretación de los CONTRATOS DE ACCESO y Mandatos de acceso”.

[el subrayado es nuestro]

14.- Asimismo, el artículo 49 del REGO establece lo siguiente:

“Artículo 49.- Controversias entre dos ENTIDADES PRESTADORAS que quedan Sujetas a la Función de Solución de Controversias del OSITRAN. Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 47, quedan sujetas a la Función de Solución de Controversias del OSITRAN las siguientes materias controvertidas:

a) Las relacionadas con el libre acceso a los servicios que conforman las actividades de explotación de INFRAESTRUCTURA en los casos que exista más de una ENTIDAD PRESTADORA operando en un solo tipo de INFRAESTRUCTURA.

b) Las relacionadas con tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o compensación derivado de los acuerdos entre ENTIDADES PRESTADORAS, en tanto se afecte el mercado regulado.

c) Las relacionadas con los aspectos técnicos de los servicios públicos materia de su competencia.

d) Los conflictos en materia ambiental en aquellas actividades dentro del ámbito de su competencia.

f) Otras que se contemplen en el reglamento correspondiente que dicte el Consejo Directivo”.

15.- Por su parte, el artículo 61° del REGO establece la competencia del Cuerpo Colegiado en los siguientes términos:

“Artículo 61.- Los Cuerpos Colegiados.

Los Cuerpos Colegiados son los órganos encargados de resolver en primera instancia las controversias a las que se refiere el Artículo 49 del presente REGLAMENTO.

(...)”.

16.- De lo antes expuesto, se puede establecer que, en los términos establecidos por el REGO, el Cuerpo Colegiado tiene competencia para resolver dos tipos de controversias: (i) las existentes entre dos Entidades Prestadoras respecto de cualquier asunto que se presente entre ellas, y en particular las previstas en el artículo 49 del REGO; y (ii) las existentes entre una o más Entidades Prestadoras y un usuario intermedio, respecto al cumplimiento e interpretación de los Contratos de Acceso y Mandatos de acceso, conforme lo establece el artículo 47 del REGO.

17.- Por otro lado, en cuanto a la competencia del Cuerpo Colegiado, resulta aplicable además el RARSC, en cuyo artículo 8 se establece que los Cuerpos Colegiados constituyen la primera instancia en los procedimientos de solución de controversias entre entidades prestadoras y entre éstas y sus usuarios intermedios.

Página 5 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

18.- Asimismo, el artículo 43 del RARSC establece el objeto del procedimiento administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 43.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de las controversias que se presenten entre Entidades Prestadoras y entre éstas y sus usuarios intermedios, referidos en los literales c) y d) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento.

La controversia deberá estar referida a las condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales en el caso del literal c).

En el caso del literal d) la controversia deberá estar referida a asuntos de competencia resolutoria exclusiva de OSITRAN no incluidos en los literales a), b) y c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento”.

[el subrayado es nuestro]

19.- Al respecto, el numeral 1 del artículo 2 del RARSC establece lo siguiente:

“Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:

(...)

c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;

d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

(...)

[el subrayado es nuestro]

20.- Nótese que el artículo 43 del RARSC y el literal c) del numeral 1 del artículo 2 de dicho Reglamento se limitan solamente a señalar, en términos generales, que los Cuerpos Colegiados resultan competentes para resolver controversias entre Entidades Prestadoras y entre éstas y usuarios intermedios. Asimismo, el segundo párrafo del artículo 43 señala que la controversia deberá estar referida a las condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales en el caso del referido literal c), siendo que dicha norma no aclara si estas materias son aplicables exclusivamente a las controversias entre Entidades Prestadoras o a las controversias entre éstas y los usuarios intermedios.

21.- No obstante, a fin de guardar coherencia entre las disposiciones del RARSC y del REGO, el segundo párrafo del artículo 43 antes citado debe entenderse aplicable en función de los supuestos previstos en el artículo 49 del REGO (aplicable a las entidades

Página 6 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

prestadoras) y su artículo 47 (en cuanto define la competencia de la controversia entre una entidad prestadora y un usuario intermedio, que está referida básicamente al cumplimiento e interpretación de los Contratos de Acceso y Mandatos de acceso).

22.- Justamente para evitar cualquier conflicto de interpretación entre el RARSC y el REGO, en los artículos 44 y 45 del RARSC se precisan las materias que están contenidas en el literal c) y d) del numeral 1 del artículo 2, de acuerdo con lo siguiente:

“Artículo 44.- Materia de las controversias previstas en el literal c) del numeral 1 del artículo 2

En el marco del literal c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento y del artículo precedente, están comprendidas las controversias que versen sobre:

a) El libre acceso a los servicios que conforman las actividades de explotación de infraestructura, en los casos en que exista más de una Entidad Prestadora operando en un tipo de infraestructura.

b) Tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o retribución derivado de los acuerdos entre Entidades Prestadoras, en tanto se afecte el mercado regulado.

c) El aspecto técnico de los servicios públicos materia de competencia del OSITRAN.

d) Cualquier desacuerdo relativo al contrato o al mandato de acceso, incluidas su aplicación e interpretación, que no hubiere podido ser resuelta por las partes”.

“Artículo 45.- Materia de las controversias previstas en el literal d) del numeral 1 del artículo 2

En el marco del literal d) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento están comprendidas las controversias que versen sobre:

a) El cumplimiento de disposiciones legales relativas a obligaciones ambientales, de salud o seguridad u otras vinculadas a la prestación de servicios esenciales o al funcionamiento del mercado de infraestructura bajo la supervisión del OSITRAN.

b) Otras que a juicio del órgano resolutorio correspondan ser vistas bajo este procedimiento;

La competencia del OSITRAN para el abordaje de las materias consideradas en este artículo procede sin perjuicio de que detectada alguna infracción, el órgano resolutorio ponga el asunto en conocimiento de la autoridad competente a efecto de que tome las acciones pertinentes”.

[el subrayado y resaltado es nuestro]

23.- Como se puede advertir, las materias precisadas en los literales a), b) y c) del artículo 44 del RARSC, respecto de lo establecido en el literal c) del numeral 1 del artículo 2 del

Página 7 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE Nº 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN Nº 003

RARSC, son exactamente iguales a las establecidas en los literales a), b) y c) del artículo 49 del REGO (aplicable a las controversias entre Entidades Prestadoras), mientras que el literal d) del citado artículo 44 concuerda con la materia establecida en el artículo 47 del REGO (en lo relativo a las controversias entre Entidades Prestadoras y Usuarios Intermedios). A continuación se grafica esta coincidencia para un mejor entendimiento.

REGO	RARSC
<p>Artículo 49.- Controversias entre dos ENTIDADES PRESTADORAS:</p> <p>a) Las relacionadas con el libre acceso a los servicios que conforman las actividades de explotación de INFRAESTRUCTURA en los casos que exista más de una ENTIDAD PRESTADORA operando en un solo tipo de INFRAESTRUCTURA.</p> <p>b) Las relacionadas con tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o compensación derivado de los acuerdos entre ENTIDADES PRESTADORAS, en tanto se afecte el mercado regulado.</p> <p>c) Las relacionadas con los aspectos técnicos de los servicios públicos materia de su competencia.</p>	<p>Artículo 44.- Materia de las controversias previstas en el literal c) del numeral 1 del artículo 2</p> <p>En el marco del literal c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento y del artículo precedente, están comprendidas las controversias que versen sobre:</p> <p>a) El libre acceso a los servicios que conforman las actividades de explotación de infraestructura, en los casos en que exista más de una Entidad Prestadora operando en un tipo de infraestructura.</p> <p>b) Tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o retribución derivado de los acuerdos entre Entidades Prestadoras, en tanto se afecte el mercado regulado.</p> <p>c) El aspecto técnico de los servicios públicos materia de competencia del OSITRAN.</p>
<p>Artículo 47.- Órganos Competentes para el Ejercicio de las Funciones de Solución de Controversias y de Reclamos.</p> <p>“Los Cuerpos Colegiados son competentes en primera instancia para la solución de las controversias que se presenten entre dos ENTIDADES PRESTADORAS. Del mismo modo, son competentes para resolver las controversias que <u>se presenten entre una ENTIDAD PRESTADORA y un usuario intermedio</u>, con relación al cumplimiento e interpretación de los CONTRATOS DE ACCESO y Mandatos de acceso”.</p>	<p>Artículo 44.- Materia de las controversias previstas en el literal c) del numeral 1 del artículo 2</p> <p>En el marco del literal c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento y del artículo precedente, están comprendidas las controversias que versen sobre</p> <p>d) Cualquier desacuerdo relativo al contrato o al mandato de acceso, incluidas su aplicación e interpretación, que no hubiere podido ser resuelta por las partes”.</p>

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 24.- En consecuencia, de una interpretación conjunta y sistemática entre las disposiciones contempladas en el REGO y el RARSC antes señaladas, se coligue que el Cuerpo Colegiado, en lo que respecta a las controversias existentes entre Entidades Prestadoras y Usuarios Intermedios, es competente solamente respecto de conflictos suscitados con relación a contratos de acceso y mandatos de acceso, incluidos su cumplimiento, aplicación e interpretación.
- 25.- Siendo ello así, lo que corresponde a continuación es analizar qué se entiende por contrato de acceso y mandato de acceso, y cuales es su incidencia respecto del acceso a la infraestructura de transporte de uso público, conforme a la normatividad vigente en el ámbito de actuación de OSITRAN.

Acerca del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público

- 26.- Para entender el concepto de contrato de acceso y mandato de acceso, resulta importante referirse al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del OSITRAN (en lo sucesivo, REMA), el cual establece el derecho que tienen los usuarios intermedios a utilizar las facilidades esenciales para brindar servicios esenciales que se integran a la cadena logística.
- 27.- El artículo 4° del REMA señala que esta norma establece las reglas y procedimientos aplicables al derecho de acceso a las facilidades esenciales, y establece los criterios técnicos, económicos y legales, así como los procedimientos a los cuales deberán sujetarse: a) los Contrato de Acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración; y b) los Mandatos de Acceso y demás pronunciamientos que emite OSITRAN sobre el Acceso a la Facilidad Esencial.
- 28.- Por su parte, el artículo 6° del REMA señala el alcance de la norma, indicando lo siguiente:

“Artículo 6°.- Alcance

El presente Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y a los Usuarios Intermedios que presten o soliciten prestar servicios esenciales.

No constituye objeto de este Reglamento lo siguiente:

- El ingreso a la Infraestructura por parte de los Usuarios Finales.*
- El acceso a la Infraestructura por parte de Usuarios Intermedios y de otros proveedores, con fines distintos a la prestación de servicios no calificados como esenciales.*
- Servicios que se brinden de manera ocasional o por situación de emergencia, aún cuando utilicen una facilidad esencial.*
- La normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales que deben cumplir las personas naturales o jurídicas que deseen*

Página 9 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

brindar servicios relativos a la explotación de infraestructura de transporte; establecidos por el órgano sectorial competente.

- e. *El servicio de transporte por carretera (carga y pasajeros). La regulación tarifaria de dicho servicio está sometida a la aplicación del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN."*

29.- Asimismo, el REMA define el concepto de acceso, en los siguientes términos:

"Artículo 7.- Concepto de Acceso.

Se entiende por Acceso, el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística. En tal virtud, el presente Reglamento regula el fenómeno económico relativo a la insustituible utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios".

30.- Siendo ello así, sólo aquello que implique la utilización de una facilidad esencial para brindar un servicio esencial que se integre a la cadena logística será considerado acceso o un tema de acceso, en los términos del REMA.

31.- Vinculado a la explotación de una infraestructura calificada como facilidad esencial se encuentra el concepto de cargo de acceso, el cual es definido por el REMA como "(...) *la contraprestación monetaria que cualquier operador de servicios competitivos está obligado a pagar por utilizar las facilidades esenciales, sin importar la denominación que se le otorgue, de acuerdo a la forma o modalidad que corresponda al tipo contractual que haya adoptado el contrato de acceso*".

32.- En ese sentido, el artículo 25 del REMA establece que el Contrato de Acceso especificará el pago de un cargo de acceso, el cual adoptará la forma o modalidad que corresponda según el tipo contractual que haya adoptado el Contrato de Acceso, sea éste un precio, una renta, una tarifa, o cualquier otra modalidad, o combinación de modalidades. Se agrega además que *"No se consideran Cargos de Acceso aquellos pagos que un usuario efectúa por la prestación de servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público"*.

33.- De esto se deriva, entonces, que los conceptos de acceso y cargo de acceso se relacionan con lo que el REMA denomina como Contrato de Acceso, el cual es definido en los siguientes términos:

"Artículo 34.- Finalidad del Contrato de Acceso

El Contrato de Acceso tiene la finalidad de establecer la relación jurídica entre la Entidad Prestadora y un usuario intermedio que requiere la utilización de la Facilidad Esencial, con el objeto de prestar Servicios Esenciales. En tal virtud, el usuario intermedio deberá suscribir o tener con la Entidad Prestadora un Contrato de Acceso, el mismo que se sujeta a la aplicación de las reglas y principios que contiene el presente Reglamento".

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Página 10 de 15

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 34.- No obstante, el REMA también contempla la posibilidad de que el Contrato de Acceso no se llegue a celebrar por la Entidad Prestadora y el Usuario Intermedio. Así, a falta de acuerdo entre las partes, se regula la figura del Mandato de Acceso por parte del regulador, en los siguientes términos:

“Artículo 43. - Objeto del Mandato de Acceso.

OSITRAN podrá emitir Mandatos de Acceso en los supuestos previstos en el presente

Reglamento, en virtud de las facultades que le confiere el literal c) del Artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores, y el Artículo 1 de la Ley N° 27631.

Por el Mandato de Acceso, OSITRAN determina a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso o la manifestación de voluntad para celebrarlo por parte de la Entidad Prestadora. Los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes.

En el caso que el Contrato de Acceso se haya celebrado como consecuencia de la emisión de un Mandato, no se excluye la aplicación de las normas de Derecho privado a la relación jurídica resultante”.

- 35.- A la luz de lo expuesto, se puede colegir que el Contrato de Acceso o, en su defecto, el Mandato de Acceso son instrumentos utilizados para permitir el acceso a una infraestructura de transporte de uso público calificada como esencial a efecto de prestar un servicio esencial, y respecto de la cual se requiere fijar un cargo que no es otra cosa que el “precio” pagado por el usuario intermedio para acceder a dicha facilidad esencial. Este cargo, a su vez, debe distinguirse de los precios o tarifas que resultan aplicables a los servicios prestados por la Entidad Prestadora, es decir, servicios que surgen por el uso o explotación de la facilidad esencial, lo cuales no se encuentran regulados por el REMA sino por el Reglamento General de Tarifas (RETA) de OSITRAN.

- 36.- De esta forma, para que pueda hablarse de Contrato de Acceso o Mandato de Acceso tiene que verificarse (i) la existencia de una facilidad esencial cuyo acceso se requiere para prestar un servicio esencial que se integra a la cadena logística; (i) y la existencia de una contraprestación a título de cargo por el acceso a esa facilidad esencial. La concurrencia de estos dos elementos es de suma importancia para determinar la competencia de este Cuerpo Colegiado, pues como hemos señalado anteriormente, este último es competente solamente en caso se presente una controversia entre una Entidad Prestadora y un Usuario Intermedio relacionada con un Contrato de Acceso o Mandato de Acceso.

- 37.- De no configurarse cualquiera de estas dos condiciones, no podrá surgir un contrato o mandato en los términos antes señalados y, por tanto, cualquier controversia que se genere fuera de ese ámbito, no será de competencia del Cuerpo Colegiado, en aplicación del REGO y el RARSC.

Página 11 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

Evaluación del caso concreto

- 38.- La presente controversia está referida a la solicitud formulada por AIR FRANCE para que se ordene a LAP le reconozca el descuento del 100% en la Tarifa de Aterrizaje y Despegue.
- 39.- Conforme a lo señalado en el acápite anterior, debe determinarse, en primer lugar, si la pista de aterrizaje y despegue respecto del cual se aplica la tarifa en mención califica como facilidad esencial en los términos del REMA. Al respecto, cabe tener presente que, conforme al Anexo 1 del REMA, según la modificación introducida por la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2009-CD-OSITRAN, publicada el 11 de febrero del 2009, las facilidades esenciales en materia de aeropuertos no comprende la pista de aterrizaje y despegue. Solamente son consideradas como facilidades esenciales (i) la rampa; (ii) áreas de parqueo de equipos; (iii) áreas de maniobra en tierra; (iv) vías y áreas de tránsito interno; (v) áreas de procesamiento de pasajeros y equipajes; y (vi) planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.
- 40.- Asimismo, el Anexo 2 del REMA, según la modificación introducida por la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2009-CD-OSITRAN, califica como servicios esenciales, en el caso de aeropuertos, a la (i) rampa o asistencia en tierra; (ii) abastecimiento de combustible; (iii) atención de tráfico de pasajeros y equipaje y (iv) mantenimiento de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas.
- 41.- A la luz de lo expuesto, se concluye que al no constituir la pista de aterrizaje y despegue una facilidad esencial, la Tarifa de Aterrizaje y Despegue no puede constituirse como un cargo de acceso, en los términos del REMA. Por el contrario, esta tarifa es la contraprestación monetaria que las aerolíneas deben pagar por la prestación del servicio de aterrizaje y despegue derivado de la explotación de la infraestructura por parte de LAP, el cual según se advierte de lo actuado en el expediente, califica como una Tarifa Máxima, razón por la cual la misma está sujeta al RETA.
- 42.- En efecto, la tarifa de aterrizaje y despegue fue fijada en el Apéndice 2 del Anexo 5 del Contrato de Concesión. En dicho apéndice además, se establece que a partir del noveno año de vigencia de la concesión, se reajustaría la tarifa de aterrizaje/despegue nacional e internacional para lo cual se aplicará la fórmula RPI - X, mediante el cual las tarifas se reajustarían periódicamente por la variación del índice de precios al consumidor de los EEUU, representado por el RPI, menos un porcentaje estimado de los incrementos anuales de productividad, representado por X. Este último porcentaje será calculado por OSITRAN y permanecerá fijo por un período de cinco años.
- 43.- En ese sentido, en el año 2009 el Consejo Directivo de OSITRAN mediante Resolución de Consejo Directivo N° 047-2009-CD-OSITRAN ajustó la mencionada tarifa para el período 2009 – 2013.
- 44.- Sobre el particular, conforme lo establece el artículo 4 del RETA, este es aplicable al procedimiento de fijación, revisión y desregulación de las tarifas máximas de las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ya sea en virtud a título legal o contractual.

Página 12 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 45.- Asimismo, el capítulo 3 del RETA regula lo relacionado a la política comercial de las Entidades Prestadoras, estableciendo que éstas están permitidas de aplicar ofertas, descuentos y promociones en general respecto de las tarifas tope fijadas por OSITRAN, con la condición de que se sujeten a las normas sobre libre y leal competencia, conforme al artículo 7 del RETA.
- 46.- Por tanto, y conforme a lo antes señalado, al no existir una facilidad esencial preexistente y tampoco un cargo de acceso, no se puede configurar la existencia de un Contrato de Acceso o, en su defecto, de un Mandato de Acceso y, por tanto, este Cuerpo Colegiado no tiene competencia para resolver la controversia suscitada entre AIR FRANCE y LAP, máxime si el Convenio de Cooperación suscrito entre LAP, PROMPERÚ y CORPAC y el Convenio Específico firmado por PROMPERÚ y AIR FRANCE no tenían como objeto propiamente el acceso a una facilidad esencial, sino más bien sentar bases interinstitucionales a fin de contribuir, en el marco de sus competencias, al desarrollo de la actividad turística en nuestro país, para lo cual se ofrecieron descuentos a las tarifas máximas fijadas por el regulador.
- 47.- Habiéndose determinado la incompetencia del Cuerpo Colegiado para conocer la controversia materia del presente expediente, carece de objeto pronunciarse sobre las pretensiones de fondo invocadas por AIR FRANCE.

Encausamiento del procedimiento de oficio

- 48.- Sin perjuicio de lo antes expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que si bien no resulta competente para conocer la solicitud planteada por AIR FRANCE por no calificar como una controversia en los términos del REGO y RARSC, cabe indicar que dicha solicitud sí puede calificar como un reclamo ya que está directamente vinculado a la prestación del servicio de aterrizaje y despegue por parte de LAP.
- 49.- Al respecto, el artículo 1 inciso b) del RARSC establece que:

"b) RECLAMO: La solicitud, distinta a una controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una entidad prestadora que se encuentre bajo la competencia de OSITRAN"

- 50.- Asimismo, el artículo 33 del RARSC define el objeto del procedimiento de solución de reclamos de usuarios ante las entidades prestadoras en los siguientes términos:

"Artículo 33.- Objeto del Procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de los reclamos que presenten los usuarios intermedios o finales ante las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios, referidos en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 de este reglamento.

El reclamo podrá recaer respecto de servicios regulados o, servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, que son

Página 13 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

responsabilidad de la Entidad Prestadora siempre que se encuentren bajo la supervisión de OSITRAN.

En el marco de lo previsto en los párrafos precedentes de este artículo, están comprendidos, entre otros, los reclamos que versen sobre:

- a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora.
- b) El condicionamiento por parte del sujeto reclamado de la atención de los reclamos formulados por los usuarios, al pago previo de la retribución facturada.
- c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- d) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios, de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes.
- e) Cualquier reclamo que surja de la aplicación del REMA.
- f) Las relacionadas con el acceso a la infraestructura o que limitan el acceso individual a los servicios responsabilidad de las Entidades Prestadoras.
- g) Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas, o condiciones del servicio; o, información defectuosa".

51.- Siendo así, y en aplicación supletoria del Principio de Informalismo regulado en el Artículo IV de la Ley N° 27444, según el cual las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento; y a fin de no afectar el derecho al debido procedimiento de AIR FRANCE, corresponde encausar de oficio el procedimiento y, por tanto, disponer que la solicitud presentada por AIR FRANCE sea calificada como un reclamo y, en ese sentido, se remita a la entidad prestadora a efectos de que, en ejercicio de sus funciones, prosiga el trámite de un procedimiento de reclamo de usuario establecido en la Sección I del Capítulo II del RARSC denominado "Del procedimiento de Solución de Reclamos de Usuarios ante las Entidades Prestadoras".

52.- Cabe tener presente que, de conformidad con el artículo 7 del RARSC⁴, las entidades prestadoras constituyen primera instancia administrativa en los procedimientos de solución de reclamos de usuarios. Siendo ello así, corresponde que la entidad

⁴ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 7.- Las entidades prestadoras como Primera Instancia Administrativa en los procedimientos de Reclamos de Usuarios

Las entidades prestadoras constituyen la primera instancia administrativa en los procedimientos de solución de reclamos de usuarios a que se refieren los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento, los cuales están obligadas a tramitar de conformidad con este reglamento.

A los efectos de este reglamento, las entidades prestadoras tienen carácter de "entidad de la administración pública" conforme al artículo I numeral 8 del Título Preliminar de la LPAG. En tal sentido les son aplicables las disposiciones de este reglamento y en lo no previsto, las de la LPAG".

Página 14 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

CUERPO COLEGIADO

EXPEDIENTE N° 001-2012-CCO-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

prestadora se pronuncie sobre el reclamo de AIR FRANCE observando para tal efecto los plazos previstos en el RARSC.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la solicitud planteada por SOCIETE AIR FRANCE SUCURSAL EN EL PERÚ contra LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., y en consecuencia, la medida cautelar solicitada.

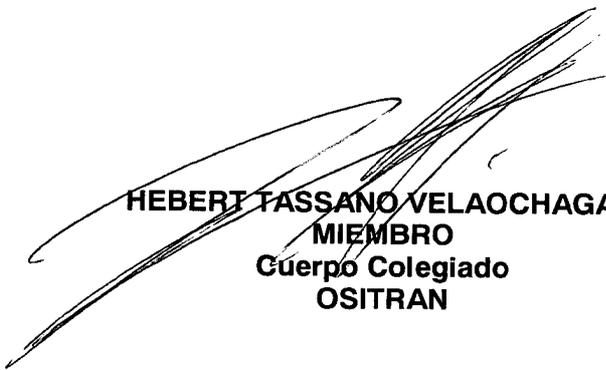
SEGUNDO: ENCAUSAR DE OFICIO el procedimiento y, en tal sentido, CALIFICAR la solicitud de SOCIETE AIR FRANCE SUCURSAL EN EL PERÚ como un reclamo en contra de LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.

TERCERO: DISPONER que el reclamo planteado por SOCIETE AIR FRANCE SUCURSAL EN EL PERÚ sea derivado a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., a fin de que siga el procedimiento de reclamo de usuario establecido en el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, y emita un pronunciamiento en el plazo legal.

CUARTO: Encargar a la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado de OSITRAN notificar la presente Resolución a las partes.

QUINTO: Disponer la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional del OSITRAN (www.ositran.gob.pe)


ENA GARLAND HILBCK
MIEMBRO
Cuerpo Colegiado
OSITRAN


HEBERT TASSANO VELAUCHAGA
MIEMBRO
Cuerpo Colegiado
OSITRAN


ALFREDO DAMMERT LIRA
PRESIDENTE
Cuerpo Colegiado
OSITRAN

Página 15 de 15

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

