

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**La intervención del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público sobre las facilidades esenciales aeroportuarias**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Administrativo**

AUTORA:

Gabriela Negrete Tuesta

ASESOR:

Alejandro Martín Moscol Salinas

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20111658

2019

RESUMEN

El presente trabajo se divide en 3 ejes principales. El primer eje desarrolla el rol y las funciones centrales propias de los Organismos Reguladores, especialmente, del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Además, se ilustra sobre la contribución que reciben estos Organismos: el aporte por regulación. El segundo punto que se desarrolla es acerca de la institución llamada Facilidades Esenciales. Asimismo, el trabajo hace especial énfasis a lo referido a las facilidades esenciales en el sector de transporte aéreo, tratando de explicar en qué consisten todas éstas. Y, por último, como tercer eje del trabajo, se aborda los conceptos relativos al acceso a la infraestructura esencial. Todo ello con la finalidad de exponer a lo largo del presente trabajo el análisis del grado de intervención que tiene el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público respecto a las facilidades esenciales aeroportuarias y el acceso a éstas. No obstante, dando un pequeño adelanto de lo que se podrá advertir luego, se puede indicar que la intervención por parte del Organismo Regulador encargado de la regulación, supervisión, fiscalización de las Facilidades Esenciales y acceso a éstas mismas es alta; pero que, en muchos casos, es lo más óptimo para asegurar la buena explotación de la infraestructura esencial y asegurar un mercado en competencia.

ÍNDICE

A. Introducción	4
B. Definiciones	5
C. Organismo Reguladores	8
C.1 OSITRAN	9
C.2 Funciones del OSITRAN	11
C.3 Aporte por regulación	13
D. Facilidades Esenciales	15
D.1 Concepto	15
D.2 Características	16
D.3 Facilidades Esenciales aeroportuarias	18
E. Incidencia del OSITRAN en las facilidades esenciales	21
E.1 Cargo de Acceso	21
E.2 Mandato de Acceso	23
F. Conclusiones	25
G. Bibliografía	27

La intervención del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público sobre las facilidades esenciales aeroportuarias

INTRODUCCIÓN

Los Organismos Reguladores han ido creciendo organizativa y competencialmente en el tiempo en el Perú; y de esa manera, estos organismos tienen cada vez más mayor injerencia en las actividades de los Administrados con el fin de proteger el interés público y beneficiar a la sociedad.

Uno de los cuatro organismos reguladores en el Perú es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (En adelante, OSITRAN), quien se encarga de supervisar y fiscalizar la calidad de los servicios brindados a los usuarios de carreteras, aeropuertos, puertos, vías férreas y una vía navegable. Para el presente trabajo, abordaremos la injerencia que tiene este Organismo Regulador en cuanto a lo que respecta a las facilidades esenciales que podemos encontrar dentro de un aeropuerto. Ello con el fin de saber cuándo el OSITRAN puede intervenir, como lo debe hacer, la justificación para ello, entre otros aspectos al momento de decidir aspectos relativos a las facilidades esenciales aeroportuarias.

Asimismo, se intentará acercar al lector al concepto de facilidades esenciales, explicando el rol que tienen en nuestro ordenamiento jurídico y la conexión que tienen éstas con el OSITRAN.

En ese sentido, en el presente trabajo se abordarán las formas de intervención y el grado de intervención que tiene el OSITRAN respecto a las facilidades esenciales que se pueden encontrar en materia aeronáutica principalmente. Además, se explicarán las funciones que tiene el organismo regulador mencionado, se detallará el contenido de las Facilidades Esenciales y se abordará el tema en cuestión respecto a legislación extranjera.

DEFINICIONES

Conceptos

- a. **CARGO DE ACCESO:** Es la contraprestación monetaria que cualquiera operador de servicios competitivos está obligado a pagar por utilizar las Facilidades Esenciales, sin importar la denominación que se le otorgue.
- b. **CONSEJO DIRECTIVO DEL OSITRAN:** Máximo órgano de dirección encargado de aprobar la política general del OSITRAN, ejercer función normativa y reguladora respecto de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, entre otros.
- c. **ENTIDAD PRESTADORA:** Son las empresas privadas o públicas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.
- d. **FACILIDAD ESENCIAL:** Se denomina así a la instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, administrada por una o un número limitado de Entidades Prestadoras, cuyo acceso es indispensable para las actividades necesarias de los Usuarios Intermedios.
- e. **INFRAESTRUCTURA:** Sistema compuesto por obras civiles e instalaciones que permiten brindar un servicio de transporte o intercambio modal, por el cual se cobra una prestación.
- f. **MANDATO DE ACCESO:** Acto mediante el cual se otorgan las facilidades esenciales.
- g. **OSITRAN:** Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público encargado de regular, normar, supervisar y fiscalizar los mercados en los que actúan las entidades prestadoras.
- h. **RAP:** Regulaciones Aeronáuticas del Perú.

- i. **REMA OSITRAN:** Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.
- j. **SERVICIO ESENCIAL:** Son aquellos servicios necesarios para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino y que, para ser provistos, se requiere utilizar necesariamente una Facilidad Esencial.
- k. **TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:** Órgano del OSITRAN que resuelve reclamos en segunda y última instancia administrativa, las controversias que se presenten entre dos entidades prestadoras, o entre una entidad prestadora y un usuario intermedio.
- l. **USUARIO INTERMEDIO:** Persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura de transporte de uso público para brindar servicios de transporte o vinculados a esta actividad.
- m. **USUARIO FINAL:** Persona natural o jurídica que utiliza de manera final los servicios brindados por una Entidad Prestadora o usuario intermedio. Se considera usuario final a los pasajeros o dueños de la carga que utilizan los distintos servicios de transporte utilizando la infraestructura de transporte de uso público.

Principios

- **Libertad Acceso:**

El Acceso a la Facilidad Esencial sólo debe quedar sujeto al cumplimiento de los principios, requisitos y reglas establecidas en las normas y documentos referidos en el presente Reglamento.
- **No discriminación:**

Bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.

- Neutralidad:

La Entidad Prestadora debe tratar a los usuarios intermedios no vinculados a ella, de la misma manera que trata a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, o como se trata a sí misma en condiciones iguales o equivalentes.

- Libre competencia:

El Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso, así como la obtención de retornos adecuados a la inversión.



ORGANISMOS REGULADORES

Los Organismos Reguladores de los servicios públicos y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte surgieron como parte de un proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del Siglo XX. Este proceso determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de varias empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura. De esta manera, se reorientó el papel del Estado en la economía y se crearon estos organismos con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas como servicios públicos, que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras¹.

En otras palabras, el Estado, ante cambios en el mercado y la economía y bajo el fin de controlar a los Administrados para preservar el orden público y proteger el interés público; nacieron los Organismos Públicos. El Estado reconoció que no puede controlar todas las actividades que desarrollan los Administrados porque no alcanzarían los recursos que tiene. Es así como el Estado aceptó que existía otra vía idónea para llevar a cabo su función de velar por el interés público: ceder el control de ciertas actividades a los Organismos Reguladores.

Se debe tomar en cuenta que, en una economía con existencia de fallas de mercado, la posibilidad de ejercicio de poder de mercado y comportamiento de la economía puede ser ineficiente. Es así como en este escenario surgen los Organismos Reguladores; surgen para establecer reglas que permitan obtener resultados similares a los que se obtienen en un escenario de competencia².

Siguiendo esta línea, José Antonio Arévalo señala que *“los organismos reguladores, amparados por una ley marco, cumplen un rol importante en los que haces del Estado y en*

¹ DANOS, Jorge. Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. Pp. 2

<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>

² GARCÍA, Víctor. Organismos reguladores. Universidad de Lima. Pp.1.

[http://fresno.ulima.edu.pe/wu/wuie_bd001.nsf/Temas/2FE6A8E620BFDECF052574AB005A87CA/\\$file/ORGANISMOS%20REGULADORES.doc](http://fresno.ulima.edu.pe/wu/wuie_bd001.nsf/Temas/2FE6A8E620BFDECF052574AB005A87CA/$file/ORGANISMOS%20REGULADORES.doc)

el ordenamiento de la vida diaria de todo un pueblo como motor esencial en la producción, desarrollo, consumo, entre otros”. Además, señala que las funciones de los Organismos Públicos son importantes e indispensables en relación con las competencias del Estado; competencias que tienen injerencia en la actividad económica materia de regulación y que sirven para mantener el equilibrio que debe existir entre empresas y usuarios³.

OSITRAN

Los Organismos Públicos, en el ordenamiento jurídico peruano, son cuatro. La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone lo siguiente:

“Artículo 1.- *Ámbito de aplicación y denominación*

La presente Ley es de aplicación a los siguientes Organismos a los que en adelante y para efectos de la presente Ley se denominará Organismos Reguladores:

- a) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)
- b) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERGMIN)
- c) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)
- d) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)”

Para efectos del presente trabajo, nos abocaremos solo a un Organismo Regulador: El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN. Este organismo público, descentralizado y adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros fue creado en enero de 1998 con la finalidad de regular los mercados, supervisar los contratos de concesión y las entidades prestadoras en la infraestructura de transporte de uso público, generando confianza al inversor nacional o extranjero, competitividad al país y consolidando mejoras en la calidad de vida del usuario⁴.

³ ARÉVALO, José. Organismos reguladores y sociedad.

<http://www.elperuano.pe/noticia-organismos-reguladores-y-sociedad-63984.aspx>

⁴ OSITRAN. Quiénes somos, nuestra misión, nuestros valores.

<https://www.ositran.gob.pe/nosotros/quienes-somos/>

Del mismo modo, en el artículo 4 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, se dispone el ámbito de competencia que tiene este Organismo Regulador; se estipula que *“el OSITRAN es competente para normar, regular, supervisar, fiscalizar y sancionar; así como solucionar controversias y reclamos de los usuarios respecto de actividades o servicios que involucran explotación de Infraestructura, comportamiento de los mercados en que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, Inversionistas y Usuarios en el marco de las políticas y normas correspondientes”*.

Por otro lado, el mismo Reglamento advierte que el OSITRAN debe cumplir con los siguientes objetivos:

- Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios vinculados a la explotación de la Infraestructura.
- Preservar la libre competencia en la utilización de la Infraestructura por parte de las Entidades Prestadoras.
- Garantizar el acceso al uso de la Infraestructura y el acceso universal a la prestación de los servicios vinculados a ésta.
- Garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos relativos a la explotación de la Infraestructura.
- Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura.
- Velar por el cumplimiento de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura de transporte de uso público.
- Velar por el cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares.
- Resolver controversias y reclamos que surjan entre entidades prestadoras y entre éstas y los Usuarios.
- Facilitar el desarrollo, modernización y explotación eficiente de la Infraestructura.

Funciones del OSITRAN

Al respecto, cabe señalar que el OSITRAN se divide en seis órganos: el Consejo Directivo; la Presidencia Ejecutiva; la Gerencia General; las Gerencias de asesoramiento, de apoyo y línea, y sus jefaturas u otros órganos; los Tribunales del OSITRAN integrados por el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos y el Tribunal en Asuntos Administrativos y los Cuerpos Colegiados. A efectos de evaluar cuales son las funciones que han sido encargadas al OSITRAN, referidas al tema que subyace el presente trabajo, se procederá a ilustrar dos de los seis órganos que conforman el OSITRAN: el Consejo Directivo y el Tribunal de Solución de Controversias.

Por un lado, se encuentra el Consejo Directivo como el órgano de mayor jerarquía del OSITRAN, el cual está conformado por cinco miembros. Este órgano tiene como principales funciones, según el artículo 53 del Reglamento General del OSITRAN, las siguientes:

“Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

- a) Aprobar la política general del OSITRAN y los criterios que deben regir sus funciones.*
- b) Velar por el adecuado funcionamiento del sistema tarifario de la Infraestructura.*
- c) Ejercer la función normativa y reguladora del OSITRAN, en el marco de lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.*
- d) Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato De Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.*
- e) Aprobar la enajenación, permuta, compra, otorgamiento de promesa de compraventa, garantías, otorgamiento de préstamos y adjudicaciones de bienes del OSITRAN, en pago de deudas y, en general, cualquier otro acto de disposición de los bienes del OSITRAN.*

- f) Resolver en segunda y última instancia los recursos impugnativos que le corresponda conocer de conformidad con lo establecido en la Ley y en el presente Reglamento.*
- g) Aprobar el Manual de Organización y Funciones, el Plan Operativo y Estratégico, así como el Presupuesto institucional y las evaluaciones que establezca la Ley de Gestión Presupuestaria.*
- h) Proponer la expedición de normas que contribuyan al cumplimiento de sus fines.*
- i) Aprobar la organización interna del OSITRAN.*
- j) Aprobar la Memoria Anual.*
- l) Aprobar los convenios de carácter interinstitucional que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.*
- m) Nombrar a los integrantes de los Cuerpos Colegiados, a propuesta del Gerente General.*
- n) Proponer el Texto Único de Procedimientos Administrativos a la Presidencia del Consejo de Ministros.*
- o) Delegar funciones en el Presidente, la Gerencia General o los demás Órganos del OSITRAN, dentro del marco establecido en el presente Reglamento.*
- p) Otorgar los poderes que considere necesarios.*
- q) Las demás establecidas en el ordenamiento legal vigente.*

Siguiendo lo enunciado anteriormente, una de las funciones del Consejo Directivo es el ejercer la función normativa del OSITRAN en el marco de lo establecido en la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus modificatorias y el Reglamento General del OSITRAN. La función normativa que desempeña el OSITRAN a través de su Consejo Directivo se encuentra desarrollada en el artículo 11 del indicado Reglamento.

Para el caso, es de importancia resaltar que la función normativa abarca la potestad de dictar mandatos u otras disposiciones para el acceso a las facilidades esenciales, tal como dispone el numeral 13.6 del artículo 13 del Reglamento citado, conforme al cual el Consejo Directivo podrá emitir reglamentos u otras normas de carácter general referidos al acceso a la utilización de las Facilidades Esenciales a la Infraestructura, entre otros.

Por otro lado, se encuentra el Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN como el órgano encargado de resolver como segunda y última instancia administrativa las controversias y reclamos, tal como lo dispone el artículo 38 del Reglamento General del OSITRAN. Además, se debe tomar en cuenta el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que señala lo siguiente:

“Artículo 9.- Del Tribunal de Solución de Controversias

9.1 Los Organismos Reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia administrativa. El Tribunal de cada Organismo Regulador estará conformado por 5 (cinco) miembros designados por resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada.”

Aporte por regulación

Un tema que es importante mencionar respecto a los Organismos Reguladores en el Perú es acerca del aporte por regulación. La naturaleza jurídica del aporte por regulación, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, en principio, es reconocido como una contribución, que tiene como finalidad el cumplimiento de los objetivos de la actividad propia de los Organismos Reguladores. Asimismo, el aporte por regulación ha sido desarrollada y aceptada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Fiscal⁵.

Por otro lado, el Ministerio de Energía y Minas señala que “el Aporte por Regulación es un tributo de tipo contribución destinado al sostenimiento institucional de los Organismos

⁵ VILLEGAS, Paul. El aporte por regulación en la industria de electricidad: el caso del organismo de evaluación y fiscalización ambiental. En Revista del Círculo del Derecho Administrativo. Pp.200.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15177/15667>

Reguladores, aplicado a las empresas y entidades bajo su regulación según lo establecido en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”⁶.

Ahora, el artículo 10 de la Ley Marco de Organismos Reguladores señala respecto al aporte de regulación lo siguiente:

“Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.”

Por otro lado, el 17 de noviembre de 2015, se aprobó mediante Resolución de Consejo Directivo N° 064-2015-OSITRAN, el nuevo Reglamento sobre el Aporte por Regulación de OSITRAN para facilitar el cumplimiento de las Entidades Prestadoras. Los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10 del mencionado Reglamento sobre el Aporte desarrollan las ideas principales y se resumen de la siguiente manera: Las Entidades Prestadoras se encuentran obligadas a efectuar mensualmente el pago del Aporte por Regulación que representa el 1% de sobre la totalidad de sus ingresos facturados, deduciendo el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal de cada año a favor de OSITRAN.

⁶ Ministerio de Energía y Minas. Aporte por Regulación.

FACILIDADES ESENCIALES

Concepto

Las facilidades esenciales se generaron a consecuencia de la liberalización en los servicios públicos, así como del cambio de paradigma de las economías nacionales al apostar por el neoliberalismo y la privatización de los monopolios en manos del estado. Es en este contexto que, la industria desarrollada en torno a redes se empezó a cotizar; sin embargo, tenía desventajas generadas por los operadores dominantes, puesto que no había libertad para el acceso a ciertas infraestructuras, las cuales no podían ser duplicadas generando los llamados cuellos de botella (*bottlenecks*)⁷.

El mayor desarrollo que ha tenido la doctrina de las facilidades esenciales ha sido en el marco de los casos referidos a las negativas de acceso o negativa injustificada de trato. De esta manera tenemos que nos encontraremos ante una facilidad esencial en los casos donde se requiera el acceso a una determinada infraestructura para entrar a un mercado específico; sin embargo, aquello que es requerido es de propiedad de un competidor, el cual tiene incentivos para no acceder a lo solicitado⁸. Razón por la cual se debe reglamentar y obligar que el acceso sea habilitado por el propietario a quienes lo requieran para entrar a un determinado mercado.

En ese sentido, también podemos decir que la doctrina de las facilidades esenciales será legítima para supuestos donde existan activos necesarios para poder permitir la competencia en mercados; asimismo, cabe reiterar que lo requerido no puede verse duplicado; del mismo modo, el no acceder a brindar este acceso no se encuentra justificado; y finalmente, cuando afecte la competencia en un mercado aguas abajo⁹.

⁷ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y Eduardo Quintana (2005) La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú. *IUS ET VERITAS*. Lima, Número 31. pp. 65.

⁸ Ibidem.

⁹ ARCINIEGAS CERQUERA, María y Pablo ONOFRE ARIAS (2016) Sobre la Doctrina de Facilidades Esenciales y su aplicación por la autoridad de competencia colombiana. *Derecho Competencia*. Bogotá. Número 12 p. 196. Fecha de consulta: 07 de noviembre de 2019.

De otro lado, tenemos que la doctrina de las facilidades esenciales fue desarrollada por primera vez por el INDECOPI en la Sentencia del año 2000 recaída en el Expediente 006-1998-CLC Resolución 000869/2002/TDN (Caso Cab Cable contra Electrocentro S.A.), en dicha oportunidad se estableció que los propietarios de infraestructura declarada como esencial para la competencia estaban obligados a compartirla con terceros.

Por último, tenemos que en la mencionada Resolución también se estableció que la aplicación de la regulación de las facilidades esenciales se ve aplicada a los precios y condiciones de acceso a infraestructura requerida para el desarrollo de la actividad mencionada.

Características

Las facilidades esenciales se caracterizan principalmente porque tener un solo propietario, es decir, que este propietario posea poder monopólico sobre ésta. Esta característica es explicada por Abbot Lipsky y J. Gregory Sidak de la siguiente manera:

“Primero, algún grado de "unicidad" (uniqueness) y control de mercado es inherente al término "esencial". Segundo, la interrogante respecto de la "impracticabilidad" de la duplicación asegura que la doctrina se aplicará sólo en las facilidades donde no es posible la existencia de una alternativa o aquellas que no pueden ser reproducidas. Finalmente, el término "facilidad" por sí mismo connota una estructura física integrada o un activo de gran valor (large capital asset) con el grado de ventaja de costos o un carácter único que usualmente confiere poder monopólico y control de mercado en virtud de la superioridad de los fines para los que fue creada.”¹⁰

De lo señalado por estos expertos, podemos concluir que las facilidades esenciales se definen como las infraestructuras que no son fáciles de reemplazar y por ello, se consideran únicas. Además, se debe recalcar que estas infraestructuras deben connotar un valor agregado para las Entidades Prestadoras que hace posible que tengan este poder monopólico y con ello cumplir los objetivos para las que fueron construidas.

¹⁰ LIPSKY Abbott y J. Gregory Sidak. Facilidades Esenciales. En IUS ET VERITAS: Lima. Publicado originalmente bajo el título de Essential Facilities. En: Stanford Law Review. Vol. 51 (1999). pp. 1187-1249.

Al parecer el ordenamiento jurídico peruano ha integrado la doctrina de las facilidades esenciales originada en los Estados Unidos de América ya que las características antes señaladas se encuentran taxativamente estipuladas en el REMA de OSITRAN. El artículo 9 del mencionado Reglamento estipula que para que una infraestructura o instalación de transporte de uso público o parte de ella sea considerada como facilidad esencial debe de cumplir con 3 condiciones:

Es aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

1. Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras
2. No es eficiente ser duplicada o sustituida
3. El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.

Como se puede apreciar, OSITRAN recoge en esencia las mismas características de la doctrina estadounidense; ello porque la idea de las facilidades esenciales es un concepto que se aplica alrededor del mundo debido a su gran utilidad. La primera característica, acerca del control por una Entidad Prestadora, es una característica inherente a las facilidades esenciales como consecuencia de la segunda característica; esto debido a que este tipo de instalación o infraestructura no abunda y no puede ser elaborada fácilmente. No obstante, la tercera característica respecto a que el uso de éstas es indispensable para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen-destino es propia del sector transportes. La finalidad de esta tercera característica, bajo nuestra opinión, es formar una manera de determinar más fácilmente que debería ser reconocida o no como una facilidad esencial en el sector transportes: todo lo que sea necesario para brindar un servicio esencial deberá ser considerado como una facilidad esencial.

Sin embargo, cabe señalar que las facilidades esenciales tendrán las mismas características, pero adecuadas dependiendo del sector en específico en donde se encuentren enmarcadas, ya sea el sector de energía, comunicaciones, saneamiento, hidrocarburos, entre otros.

Facilidades esenciales aeroportuarias

Luego de haber abordado en qué consisten las facilidades esenciales en general, es necesario conocer las facilidades esenciales dentro del sector aeroportuario. En ese sentido, la infraestructura que es considerada como facilidad esencial aeroportuaria dentro de nuestro país se encuentra enlistada en el “Anexo 1: Lista de Facilidades Esenciales sujetas al REMA” del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, la cual contempla las siguientes infraestructuras:

- Rampa
- Áreas de parqueo de equipos
- Áreas de maniobra en tierra
- Vías y áreas de tránsito interno
- Áreas de procesamiento de pasajeros y equipaje
- Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución

Ahora bien, si bien estas facilidades esenciales no se encuentran definidas en este Reglamento Marco, éstas sí se encuentran desarrolladas por cada Entidad Prestadora en sus respectivos Reglamento de Acceso a la Infraestructura. Cabe mencionar que en el Perú existen 4 Entidades Prestadoras Aeroportuarias: Aeropuertos del Perú S.A. (ADP), Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (AAP), Lima Airport Partners S.A. (LAP) y Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC).

A modo de ejemplo, el Reglamento de Acceso a la Infraestructura del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de LAP, aprobado por Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 081-2015-GSF-OSITRAN, en su Anexo N° 3 - Descripción de las Facilidades Esenciales del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, desarrolla el contenido de las facilidades esenciales que OSITRAN ha visto pertinente considerar como tal. LAP señala que la disponibilidad a las facilidades esenciales en el Aeropuerto Jorge Chávez no se detiene; es decir, esta disponibilidad es durante las 24 horas del día y los 365 días del año. No obstante, existen restricciones a la disponibilidad a todas las facilidades esenciales en función del tráfico, clima, fuerza mayor, emergencias, obras, inspecciones y trabajos de mantenimiento; las cuales tendrán que ponerse en conocimiento de los Usuarios Intermedios. Por otro lado, LAP describe

a estas facilidades esenciales, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, de la siguiente manera:

- **Rampa:** Es el área definida del aeródromo destinada a dar cabida a las aeronaves para los fines de embarque o desembarque de pasajeros, correo o carga, así como abastecimiento de combustible, estacionamiento o mantenimiento.
- **Área de parqueo de equipos:** Son los espacios en rampa destinados al estacionamiento de equipos de apoyo terrestre a la aeronave, cuando no están en operaciones.
- **Área de maniobra en tierra:** Parte del aeródromo que ha de utilizarse para el despegue, aterrizaje y rodaje de aeronaves, excluyendo la plataforma.
- **Vías y áreas de tránsito interno:** Son vías o rutas por la cual se deben desplazar los vehículos o equipos terrestres que transitan en el área de movimiento y que dan apoyo en tierra a las aeronaves y operaciones, incluyen sendas de tránsito peatonal.
- **Áreas de procesamiento de pasajeros y equipaje:** Áreas dispuestas del aeródromo para la atención de los pasajeros, relacionados con el movimiento de éstos a las llegadas, salidas o transferencia de los mismos. Espacios construidos para la estadía confortable de los pasajeros en su tránsito por el aeródromo para que se realice en forma segura, ordenada y fluida.
- **Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución:** Planta de almacenamiento de combustibles de aviación Turbo A1 y Gasolina AV-100/120, compuesta de tanques, bombas, red de tuberías, instalaciones y accesorios complementarios con una red subterránea de distribución a los nuevos puestos de estacionamiento de aeronaves de pasajeros.

No obstante, uno debe advertir que hay otras infraestructuras que no se encuentran en la lista antes citada; y que, a pesar de ello, OSITRAN y LAP sí las reconocen como facilidades esenciales. Es el caso de las oficinas, los almacenes y los talleres. Lo que ocurre con estas áreas es que, a pesar de que no se encuentren en la lista de facilidades esenciales, las oficinas, los almacenes y los talleres que son utilizados para la prestación del servicio esencial de

mantenimiento en línea fueron calificadas como facilidades esenciales mediante un Mandato de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Mantenimiento en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 022-2007-CD-OSITRAN. Este Mandato de Acceso fue expedido a favor de varios Usuarios Intermedios como American Airlines, Avianca, Iberia, LAN, entre otros.

Siguiendo esta línea, cabe preguntarse la razón del por qué se excluye otro tipo de infraestructura a la calificación como facilidad esencial. Sin la intención de realizar una lista taxativa, bajo nuestra opinión se debería aclarar este punto; ya que existe infraestructura como comedores para los colaboradores, camerinos/baños para los colaboradores, losas para mantenimiento de aeronaves, entre otros, que son vitales para la prestación de los servicios esenciales en cada aeropuerto.



INCIDENCIA DEL OSITRAN EN LAS FACILIDADES ESENCIALES

Cargo de Acceso

Al momento de abordar las tarifas respecto a las facilidades esenciales en un aeropuerto, es necesario ilustrar sobre la función reguladora que posee el OSITRAN; ya que como veremos, a través de esta función designada por ley, este Organismo Regulador podrá tener incidencia en las tarifas que recaen como contraprestación por el uso de la infraestructura. Según el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la función reguladora comprende la facultada de fijar las tarifas de los servicios bajo el ámbito de cada Organismo Regulador. Asimismo, la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, en su artículo 7 estipula que el OSITRAN tiene como una de sus funciones principales el operar el sistema tarifario de la infraestructura, dentro de los siguientes límites:

- i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.*
- ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.*
- iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.*

Además, en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, el cual tiene como objetivo establecer la metodología, reglas, principios y procedimientos para fijar, revisar o desregularizar las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público. El mencionado Reglamento también hace una diferenciación entre lo que se denomina “precio” y “tarifa”. Por un lado, el precio “*es la contraprestación monetaria que cobra la Entidad Prestadora por la prestación de servicios no regulados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, que se encuentran vinculados al traslado de mercancías o pasajeros, o conforme se encuentre*

definido en los respectivos contratos de concesión. No incluye el cobro por concepto de alquiler de locales comerciales, espacios publicitarios o similares. En el caso de aeropuertos, el precio incluye la contraprestación que cobre la Entidad Prestadora directa o indirectamente a través de terceros por el uso de playa de estacionamiento vehicular”. Por otro lado, la tarifa viene a ser “la contraprestación monetaria que se paga por la prestación de los servicios regulados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público”.

Este mismo Reglamento especifica que existen 2 regímenes tarifarios aplicables a la prestación de servicios respecto de la explotación de la infraestructura: Régimen tarifario supervisado y Régimen tarifario regulado. El primero régimen permite que las Entidades Prestadoras establezcan y cambien libremente los precios de los servicios que se brindan en competencia en el mercado; mientras que el segundo de ellos solo es aplicable cuando se prestan servicios en condiciones de ausencia de competencia en el mercado.

Sin embargo, cuando hablamos de facilidades esenciales, no se les puede relacionar directamente con un precio o una tarifa, sino debemos de vincularlas con el concepto de “cargo de acceso”. Según el REMA de OSITRAN, el cargo de acceso es *“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.”* La naturaleza del cargo de acceso dependerá del tipo contractual que haya acogido el Contrato de Acceso entre el Usuario Intermedio y una Entidad Prestadora; un Contrato de Acceso podría estipular que esta contraprestación tenga naturaleza de precio, renta, una tarifa u otra modalidad o una combinación de modalidades.

Con el fin de garantizar la correcta determinación de estos cargos de acceso, el REMA de OSITRAN estipula ciertos principios que aportan al respecto; estos principios son los siguientes:

- a) Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura.
- b) Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura.

- c) Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
- d) Incentivar la entrada de prestadores de servicios eficientes, a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de recursos.
- e) Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los Contratos de Acceso.
- f) Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.
- g) Evitar que los Cargos de Acceso cubran costos ya pagados por la prestación de servicios finales.

Mandato de Acceso

Los mandatos de acceso y explotación referidos al acceso a la infraestructura de transporte de uso público son emitidos por el OSITRAN; en donde este Organismo Regulador determina el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso o la manifestación de voluntad para celebrarlo de parte de las Entidades Prestadoras. Asimismo, el REMA de OSITRAN señala que los mandatos de accesos deben recoger básicamente 2 cosas: Por un lado, los mandatos de acceso deben de recoger todos los términos acordados por las Entidades Prestadoras y los Usuarios Intermedios en las negociaciones previas respecto a los Contratos de Acceso. Y por otro lado, éstos deben recoger las decisiones y determinaciones elaboradas por OSITRAN sobre los puntos y condiciones donde las partes no pudieron llegar a un acuerdo.

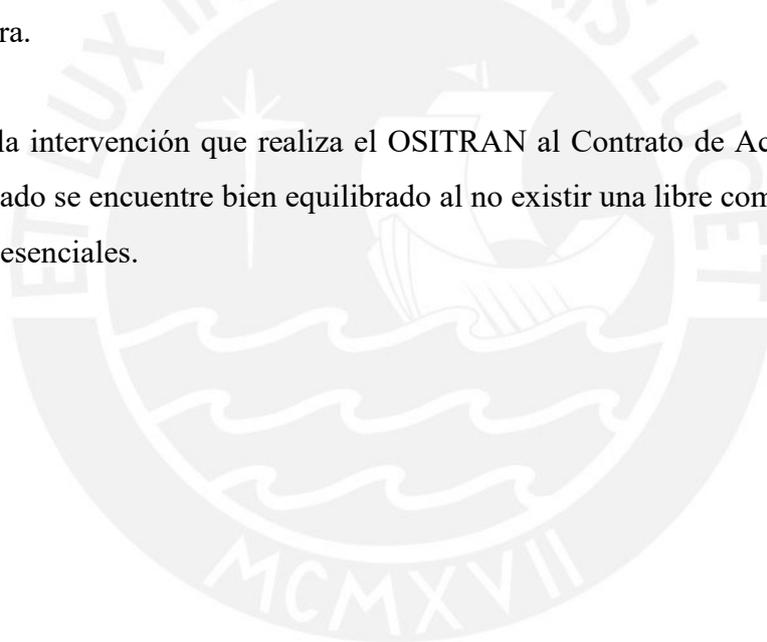
Los mandatos de acceso se configuran como herramientas muy importantes para todos los Usuarios Intermedios que deseen acceder a la infraestructura esencial para poder brindar los servicios para los cuales es fundamental hacer uso de esta infraestructura. La existencia de esta herramienta es fundamental ya que es común que las Entidades Prestadoras no quieran aceptar ni negociar con los Usuarios Intermedios el acceso a las facilidades esenciales ya que no ven un negocio rentable el cobrar por el acceso a esta infraestructura a varios Usuarios Intermedios.

Si bien es cierto que el OSITRAN tiene un alto grado de intervención respecto al Contrato de Acceso que celebran la Entidad Prestadora y el Usuarios Intermedio, esta intervención es

necesaria ya que, de modo contrario, el Usuario Intermedio siempre estaría en desventaja al momento de negociar y no podría desarrollar su negocio. Es por ello que cabe precisar que, si no existiese esta herramienta a favor de los Usuarios Intermedios, se podrían generar desventajas para los Usuarios Finales.

Ahondando lo mencionado anteriormente, los Usuarios Finales o otros Usuarios Intermedios podrían verse perjudicados debido a que no existiría una verdadera competencia dentro de algún tipo de negocio. Por ejemplo, en el rubro aeroportuario, los usuarios finales vendrían a ser los pasajeros, mientras que los usuarios intermedios son las aerolíneas y las empresas que prestan los servicios especializados aeroportuarios dentro de los aeropuertos. Tanto los pasajeros como las empresas mencionadas tendrían que asumir que la Entidad Prestadora tiene todo el poder suficiente como para elegir todos los términos en la relación pasajero-aerolínea-entidad prestadora.

En ese sentido, la intervención que realiza el OSITRAN al Contrato de Acceso es necesaria para que el mercado se encuentre bien equilibrado al no existir una libre competencia en torno a las facilidades esenciales.



CONCLUSIONES

En primer lugar, se debe destacar que el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público tiene funciones muy importantes respecto a la adecuada explotación de aquella infraestructura: normar, regular, supervisar, fiscalizar, solucionar controversias y atender reclamos respecto a las actividades o servicios que involucran la explotación de la infraestructura de transporte de uso público en torno a los distintos ámbitos de su competencia como las carreteras, puertos, vías férreas y aeropuertos.

Dentro de este grupo de funciones, si uno quiere señalar las facultades sustanciales al momento de hablar de facilidades esenciales, debemos mencionar que el OSITRAN ejerce la función normativa a través del Consejo Directivo estableciendo disposiciones en torno a las facilidades esenciales y pudiendo dictar mandatos de acceso. Asimismo, sobre la base de las funciones establecidas en la Ley Marco de los Organismos Reguladores, el OSITRAN ejerce la función de solución de controversias a través del Tribunal de Solución de Controversias, siendo éste el órgano que resuelve en segunda y última instancia las controversias y reclamos respecto a los Contratos de Acceso, interpretaciones, tarifas, acceso a las facilidades esenciales, entre otros.

En segundo lugar, no se debe olvidar que las Facilidades Esenciales son una especie de infraestructura; la cual es esencial para que se puedan prestar los servicios de transporte. El OSITRAN ha decidido que este tipo de infraestructura debe cumplir con 3 condiciones mínimas para que sean consideradas como tal: 1. Que sea administrada por una única Entidad Prestadora. 2. Que no sea eficiente la duplicación o la sustitución de estas infraestructuras. 3. Que el acceso a éstas sea indispensable para que los Usuarios Intermedios puedan realizar las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros.

En tercer lugar, es necesario resaltar que el OSITRAN debe intervenir para asegurar el acceso a las Facilidades Esenciales. Ello debido a que no siempre las Entidades Prestadoras llegarán a acuerdos totales con los Usuarios Intermedios para suscribir Contratos de Acceso. Cabe precisar que estos Contratos de Accesos tienen como objeto que la Entidad Prestadora brinde la Facilidad Esencial a su cargo a cambio de una contraprestación llamada cargo de acceso; esta contribución puede ser un precio, una tarifa, entre otras posibilidades, dependiendo la figura elegida por ambas partes.

Por último, si bien es cierto que lo ideal es que el Organismo Regulador no tenga que intervenir en demasía sobre las decisiones que quieran tomar los agentes del sector aeroportuario, ya sean las Entidades Prestadoras o los Usuarios Intermedios, es inevitable que aquello suceda. La alta intervención por parte de cualquier Organismo Regulador en el país será necesaria porque siempre se configuran escenarios en donde se necesitará de la ayuda de un tercero imparcial para terminar de tomar las decisiones que puedan beneficiar tantos a los dos agentes antes mencionados como a los Usuarios Finales, los pasajeros.



BIBLIOGRAFÍA

ARCINIEGAS CERQUERA, María y Pablo ONOFRE ARIAS

(2016) Sobre la doctrina de facilidades esenciales y su aplicación por la autoridad de competencia colombiana. *derecho competencia*. Bogotá. Número 12 p. 195-236.

<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/7-sobre-la-doctrina.pdf>

ARÉVALO, José. Organismos reguladores y sociedad.

<http://www.elperuano.pe/noticia-organismos-reguladores-y-sociedad-63984.aspx>

DANOS, Jorge. Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. Pp. 2

<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>

COLOMA, Germán

(2003) Defensa de la competencia: análisis económico comparado. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

DEFILIPPI, Enzo Fabrizio

(2012) Regulación de acceso en terminales portuarios: lecciones de las mejores prácticas en telecomunicaciones, electricidad, gas natural y ferrocarriles. Lima: Universidad de San Martín de Porres.

DIEZ CANSECO, Luis

(2012) “Teoría del cuello de botella: las facilidades esenciales”. Themis. Lima, número 61, pp. 65-93.

GARCÍA, Víctor. Organismos reguladores. Universidad de Lima. Pp.1.

[http://fresno.ulima.edu.pe/wu/wuie_bd001.nsf/Temas/2FE6A8E620BFDECF052574AB005A87CA/\\$file/ORGANISMOS%20REGULADORES.doc](http://fresno.ulima.edu.pe/wu/wuie_bd001.nsf/Temas/2FE6A8E620BFDECF052574AB005A87CA/$file/ORGANISMOS%20REGULADORES.doc).

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y Eduardo QUINTANA
(2005) “La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción”. Ius Et Veritas. Lima, año 15, número 31, pp. 59-89.

OSITRAN. Quiénes somos, nuestra misión, nuestros valores.

<https://www.ositran.gob.pe/nosotros/quienes-somos/>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Aporte por Regulación.

<https://www.gob.pe/934-aporte-por-regulacion>

MOTTA, Massimo

(2018) Política de competencia: teoría y práctica. México, D.F: Fondo de Cultura Económica: UNAM: Cofece: CIDE, 2018.

LIPSKY Abbott y J. Gregory Sidak. Facilidades Esenciales.

(1999) En IUS ET VERITAS: Lima. Publicado originalmente bajo el título de Essential Facilities. En: Stanford Law Review. Vol. 51. pp. 1187- 1249.

TÁVARA, José

(2007) “Debilitando el Estado: debates sobre la autonomía de los reguladores”. Revista de Derecho Administrativo. Lima año 2, número 3, pp.221-236.

VILLEGAS, Paul. El aporte por regulación en la industria de electricidad: el caso del organismo de evaluación y fiscalización ambiental. En Revista del Círculo del Derecho Administrativo. Pp.200.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15177/15667>