



**"ROL DEL REGULADOR EN EL ACCESO ANTE CAMBIOS
PRODUCIDOS EN EL MERCADO AEROPORTUARIO: EL CASO
DE LAS OFICINAS OPERATIVAS"**

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de
Magíster en Regulación de Servicios Públicos**

Presentado por

Sra. Milagros Montes Morote

Sra. Begoña Vereau Görbitz

Asesor: Profesor Roberto Urrunaga

2016

Dedicamos el presente trabajo a nuestras familias,
por la comprensión y el apoyo recibido durante
todo este proceso de aprendizaje.

Agradecemos a todas las personas que colaboraron de una u otra forma en la elaboración de este proyecto.

Resumen ejecutivo

La presente tesis tiene como objetivo principal demostrar que el actuar del regulador debe adecuarse y estar alineado al dinamismo del mercado, toda vez que las industrias evolucionan, el contexto en el que se desarrollan actividades reguladas cambia y todo ello se debe reflejar en las decisiones que tome la autoridad reguladora.

La globalización de los mercados, la tecnología, la competencia para llegar a ser considerado “el mejor” en la industria, entre otros elementos, ha llevado a que los procedimientos de las empresas, tanto de bienes como de servicios, sea muy dinámico y evolucione rápidamente. Es conocido que existen algunas industrias en las cuales la propia actividad los lleva a desarrollarse y ser más eficientes cada día, para así ir adaptándose a las nuevas condiciones del mercado orientadas a satisfacer las necesidades de sus clientes.

En ese contexto, los objetivos que nos hemos planteado en esta investigación son los siguientes: (1) la importancia del análisis de las condiciones del mercado donde se realiza la actividad regulada: identificar en primer lugar, cuál es el bien o servicio que se encuentra regulado y cuál es su mercado relevante; en segundo lugar, la o las empresa(s) prestadoras de ese servicio y cuál es su participación en el mercado; finalmente, analizar las condiciones en las que se desenvuelve dicha actividad para determinar si existen o pueden existir otros agentes económicos que ofrezcan el mismo servicio o bien en el mismo mercado relevante, lo cual originaría que se den condiciones de competencia; (2) encontrándonos en un escenario donde existe competencia comprobada, y es el propio mercado el que regula la entrada y la salida de los distintos agentes económicos, la intervención del regulador se debe restringir y no necesariamente eliminarse. Es así que la competencia del regulador se sujetaría a ejercer su función supervisora (monitoreo) mas no reguladora, verificando únicamente que el comportamiento del mercado que ha llevado a una desregulación, mantenga las condiciones que la justificaron; (3) aplicando lo detallado en los objetivos (1) y (2), hemos trabajado específicamente el supuesto de la regulación de las oficinas operativas de las aerolíneas que se encuentran ubicadas dentro de las instalaciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH). A lo largo de esta investigación, hemos analizado el contexto en que tales espacios – oficinas operativas- fueron calificados, en su momento, como una facilidad esencial por OSITRAN, y por tanto, se encontraban bajo las reglas de acceso establecidas por el regulador en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA). Sin embargo, las condiciones del mercado que llevaron a regular dichos espacios han cambiado con el transcurrir de los años, y, hoy por hoy, el contexto en el cual se utilizan esos espacios ha

variado; (4) al haberse modificado las condiciones en las cuales un espacio ubicado dentro de una infraestructura de servicio público, como un aeropuerto, fue regulada por OSITRAN, corresponde ajustar dichos cambios al marco normativo regulatorio.

En ese sentido, en la parte final del presente trabajo de investigación, hemos planteado conclusiones sobre lo expuesto, y se proponen recomendaciones que conllevan a modificar el actual marco normativo regulatorio sobre acceso, a fin de incorporar el supuesto de desregulación en el mismo.

Índice

Índice de anexos	viii
Capítulo I. Introducción	1
Capítulo II. Marco teórico.....	3
1. Condiciones de la competencia	3
1.1 Mercado relevante: cómo definir el mercado relevante.....	3
1.1.1 Competencia	7
1.1.2 Teoría de competencia efectiva y potencial	8
1.2 Legislación europea, norteamericana y de América Latina	10
1.2.1 Legislación de la Comunidad Económica Europea (CEE).....	10
1.2.2 Regulación norteamericana.....	11
1.2.3 Legislación en América Latina	13
1.3 Índices de concentración de mercado	13
1.4 Poder de mercado vs. posición dominante.....	15
1.4.1 Índice de Lerner	16
1.5 Barreras de entrada y de salida en el mercado	17
2. Doctrina de las facilidades esenciales.....	18
2.1 Definición de facilidad y servicio esencial	18
2.2 Definición de acceso.....	24
2.3 Modos de acceso: negociación directa, subasta y mandato de acceso	25
Capítulo III. Diagnóstico y evolución del servicio regulado de oficinas operativas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.....	26
1. Diagnóstico y evolución del servicio regulado de oficinas operativas	26
1.1 Diagnóstico del servicio regulado.....	27
1.2 Evolución del servicio regulado.....	29
2. Identificación del servicio.....	31
2.1 Análisis de las condiciones de competencia	31
2.2 Barreras de entrada y de salida	33
3. Mercado relevante.....	34
4. Existe poder de mercado o posición de dominio	38
5. Experiencias internacionales en la regulación de oficinas operativas	39

Capítulo IV. Actuación del regulador	42
1. Oficina operativa: facilidad y servicio esencial	42
2. El acceso a las oficinas operativas	43
3. La oficina operativa debe ser un servicio esencial.....	44
Conclusiones y recomendaciones	46
Conclusiones	46
Recomendaciones.....	47
Bibliografía	50
Anexos	55
Nota biográfica	82

Índice de anexos

Anexo 1.	Relación de facilidades y servicios esenciales para aeropuertos según REMA	56
Anexo 2.	Relación de entrevistados	57
Anexo 3.	Actividades que se pueden realizar en las oficinas operativas	59
Anexo 4.	Área (m ²) de oficinas operativas en el AIJCH.....	60
Anexo 5.	Número de operaciones y pasajeros internacionales en el AIJCH (2001-2013)	60
Anexo 6.	Tarifas de oficinas al 2001 (antes de la concesión del AIJCH)	61
Anexo 7.	Cargos de acceso de oficinas operativas (2007 al 2016) en AIJCH	61
Anexo 8.	Relación de oficinas alquiladas por aerolíneas en Lima Cargo City	62
Anexo 9.	Anexo 1 del REA.....	63
Anexo 10.	Cuadro resumen de aerolíneas con oficinas operativas (a abril 2014)	64
Anexo 11.	Experiencias internacionales en la regulación de oficinas operativas	65
Anexo 12.	Propuesta de Lineamientos aplicables para el procedimiento de desregulación de los servicios y/o facilidades esenciales en el marco de lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso	66
Anexo 13.	Propuesta de modificación al REMA	73
Anexo 14.	Casos prácticos de desregulación de un servicio.....	77

Capítulo I. Introducción

La Constitución Política del Perú consagra en su artículo 61 el principio de libre competencia. En ese sentido, el Estado combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Asimismo, en el artículo 59 de la Carta Magna el Estado garantiza la libertad de empresa. La libertad de empresa, o libre empresa, es un concepto fundamental en una economía de mercado para el funcionamiento sin restricciones de un mercado libre de competencia perfecta. Así, podemos definir que: «La libertad de empresa es un derecho que poseen todos los ciudadanos y que les permite acceder a un mercado determinado como competidores, mantenerse dentro de él a través de la eficiencia económica y cesar en su ejercicio en el momento que lo deseen»¹. En ese sentido, todo ciudadano tiene el derecho a emprender y a desarrollar una actividad económica en igualdad de condiciones.

La competencia tiene implicancia económica ya que maximiza el beneficio social generando valor. En un mercado competitivo, los consumidores buscan adquirir los productos que mejor se ajustan a sus necesidades, de la mejor calidad y al menor precio; por su parte, los proveedores tratan de atender las demandas de los consumidores ofreciéndoles los productos que desean.

Con la doctrina de las facilidades esenciales o *essential facilities* se restringió de cierta forma la libertad de empresa, al no permitirle a un agente económico ejercer legítimamente una posición monopolística. Sin embargo, entendemos que el objetivo de esta regulación está orientada a evitar que el controlador (propietario, arrendatario, concesionario, etc.) de un activo de carácter "imprescindible" abuse de su posición, obligándolo a otorgar el acceso a su infraestructura a los agentes interesados, con el propósito de que en un mercado relevante determinado, ya sea de bienes o servicios, pueda existir una justa competencia económica entre los distintos actores u operadores, en beneficio de los consumidores o usuarios.

Con el presente estudio buscamos explicar que el mercado, sobre todo en actividades como el transporte aéreo, es dinámico y ello conlleva a que el contexto en el que se desenvuelve dicha actividad evolucione constantemente, y obligue a los agentes económicos a adecuarse rápidamente a los cambios y a los avances tecnológicos, a fin de satisfacer convenientemente las necesidades de sus consumidores y/o usuarios.

¹ Alfredo Ugarte Soto, "Facilidades esenciales y abuso de posición dominante". (2013), pág. 2

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que una infraestructura o un servicio que fue calificado como esencial en un determinado contexto, puede variar y, consecuentemente, dicha calificación debe ir ajustándose al dinamismo del mercado.

En ese sentido, en primer lugar, haremos un repaso teórico de los conceptos claves que nos ayudarán a analizar el tema objeto de estudio y, para ello, desarrollaremos las condiciones de competencia, examinando cómo se define el mercado relevante, sus características y los elementos necesarios para determinarlo. Asimismo, analizaremos la doctrina de las facilidades esenciales o *essential facilities*, la definición de acceso y las distintas modalidades que se han regulado de acceder a la facilidad esencial. En un tercer capítulo trabajaremos el diagnóstico y evolución del espacio regulado de oficinas operativas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH), identificando la facilidad y el servicio específico, y analizaremos si este servicio regulado se desarrolla en condiciones de competencia en el mercado relevante en el que se presta. Como cuarto capítulo comentaremos la actuación del regulador respecto de la facilidad regulada de oficinas operativas y cerraremos el trabajo con nuestras conclusiones y recomendaciones del análisis efectuado, así como nuestra propuesta para la reforma normativa de los servicios regulados en la infraestructura aeroportuaria.

Capítulo II. Marco teórico

1. Condiciones de competencia

1.1 Mercado relevante: cómo definir el mercado relevante

Antes de definir el mercado relevante y cuáles son las características de éste, debemos analizar algunos conceptos para el desarrollo del presente subcapítulo, como es el de competencia efectiva y potencial, y qué implicancias tienen estos conceptos en el análisis para determinar el mercado relevante.

La definición de mercado relevante o de referencia, tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, nos ayuda a determinar cuál es la influencia que tiene la empresa respecto de los demás competidores. En ese sentido, la definición de mercado nos permitirá determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la autoridad competente debe aplicar la normativa que corresponda. La definición de mercado, tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas involucradas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición de mercado nos va a permitir calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante². Para estos efectos, resulta interesante conocer cuál es el alcance del término “poder de mercado”. Este «Se define como la capacidad de fijar precios distintos a los que regirían en un entorno competitivo. Como elementos centrales de la determinación de la existencia de un agente con posición de dominio dentro de un mercado relevante se encuentra la evaluación de su cuota de mercado, de la capacidad del resto de competidores (competencia actual) para disciplinar el comportamiento de la supuesta dominante y la posibilidad del ingreso de nuevos agentes al mercado (competencia potencial), esto último vinculado a la existencia de barreras a la entrada al mismo»³.

² Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia; Diario Oficial N.º C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

³ En: Informe N.º 055-2007-INDECOPI/ST-CLC elaborado por el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia, 2007, p. 9

Por un lado, el mercado de producto de referencia⁴ se define como aquél que «[...] comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos»⁵. De otro lado, el mercado geográfico de referencia se define como aquél que «[...] comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas»⁶.

Así, el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia, como la que intentaremos analizar en el presente trabajo, se determina como la combinación del mercado de producto y del mercado geográfico. En ese sentido, tenemos que el mercado de producto o servicio relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario pueden ser sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares); y, por otra parte, la delimitación del mercado relevante geográfico considera el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los cuales el cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado. Es particularmente importante para la definición del mercado geográfico relevante el análisis de la existencia de sustitución por el lado de la demanda. Si los consumidores del área en la cual operan las empresas participantes en la concentración pueden adquirir el bien en un área geográfica cercana, entonces resulta correcto considerar a ambas zonas como parte de un mismo mercado. La noción de mercado de referencia está íntimamente relacionada con lo que se conoce como posición de dominio que pueda tener una empresa en el mercado y que ello genere como consecuencia obstáculos para el desarrollo de una competencia efectiva en una parte sustancial del mercado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701: «Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el

⁴ Llamado también de producto o servicio relevante.

⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia; Diario Oficial N.º C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

⁶ Ob. Cit.

desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución». Como elementos centrales de la determinación de la existencia de un agente con posición de dominio dentro de un mercado relevante se encuentran la evaluación de su cuota de mercado, de la capacidad del resto de competidores para disciplinar el comportamiento de la supuesta dominante y la posibilidad del ingreso de nuevos agentes al mercado, esto último vinculado con la existencia de barreras a la entrada al mismo. Sin embargo, es importante resaltar que la existencia de una empresa con el 100% de participación de un mercado y la ausencia de competencia actual no implica *per se*, que se trate de una empresa con posición de dominio. Dichos indicadores deberán contrastarse con la existencia de competencia potencial, vinculada con la existencia de barreras a la entrada⁷. De otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha definido posición dominante como aquella «Que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores»⁸. Considerando esta definición, el supuesto se presentaría cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección.

Para la definición del mercado relevante, los lineamientos aplicados por las autoridades de competencia de Estados Unidos de América y la Unión Europea, coinciden en establecer que un mercado relevante estará bien definido si el conjunto de productos y zonas geográficas seleccionado cumple con permitir un incremento de precios «pequeño pero significativo y no transitorio» realizado por un hipotético monopolista de manera rentable. Se asume que dicho incremento de precios podría ser de 5 a 10% por el periodo de un año. De no cumplirse con esta condición, la autoridad de competencia deberá incorporar nuevos productos y/o zonas geográficas a su candidato a mercado relevante hasta satisfacerla, en tal caso se estará ante un mercado relevante bien definido⁹.

Asimismo, un análisis importante que se debe realizar para definir el mercado relevante está referido a la: a) sustituibilidad de la demanda y b) sustituibilidad de la oferta.

⁷ En: Informe N.º 053-2007-INDECOPI/ST-CLC elaborado por el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia, 2007, p. 53-54

⁸ Definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 Hoffman-La Roche, confirmada en sentencias posteriores, Rec. 1979, p. 461.

⁹ En: Informe N.º 053-2007-INDECOPI/ST-CLC elaborado por el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia, 2007, p. 50

Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores o proveedores de un determinado producto o servicio, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Es el caso, por ejemplo, cuando una empresa no puede variar el nivel de precios de sus productos si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutos o recurrir a otros proveedores situados en otro lugar. En virtud de ello, para definir un mercado debemos identificar cuáles son las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores ¹⁰.

Para efectuar un análisis de la sustituibilidad de la demanda se debe determinar qué productos o servicios el consumidor o cliente considera sustitutos. El ejercicio para definir el mercado se centra en la fijación de precios, y es aquí donde debemos evaluar si los clientes estarían dispuestos a consumir productos sustitutos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 a 10%) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si como resultado de ello, el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos. Cabe señalar que, en general, el precio que debe tenerse en cuenta es el prevalente en el mercado.

Desde el punto de vista de sustituibilidad de la oferta, esta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto implicaría que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas. Este impacto en términos de eficacia y de respuesta inmediata es equivalente al efecto de sustitución de la demanda. La sustituibilidad de la oferta no debería tenerse en cuenta para definir el mercado cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos

¹⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia; Diario Oficial N.º C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos ¹¹.

En resumen, podemos señalar que los mercados relevantes se definen como aquellos mercados en los cuales uno o varios productos y/o servicios son intercambiables y sustitutos entre sí en una ubicación geográfica determinada, y representa el espectro amplio de posibilidades de uso/consumo en un determinado mercado¹².

1.1.1 Competencia

El término competencia lo podemos definir como: «La relación existente entre sujetos - personas físicas o morales - que ejercen actividades económicas en forma independiente por medio de la comercialización de bienes o la prestación de servicios similares, con relación a una clientela también similar, de tal modo que el ejercicio de las actividades de un agente repercute en la actividad de otro»¹³. Asimismo, la competencia es el esfuerzo de las empresas para obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela. En un mercado competitivo, los consumidores buscan adquirir los productos que mejor se ajustan a sus necesidades, de la mejor calidad y al menor precio y, por su parte, los proveedores tratan de atender las demandas de los consumidores ofreciéndoles los productos que desean. En ese sentido, se puede decir que la característica más relevante del mercado competitivo es que vendedores y compradores actúan de manera independiente. La teoría económica estima que la competencia constituye la manera más eficiente de asignar los recursos disponibles en el mercado, dado que los vendedores deben dirigir sus esfuerzos a producir los bienes que más valoran los consumidores y deben hacerlo, además, al menor costo de producción posible, por la relación que existe entre el precio de producción y el precio de venta al público. Por consiguiente, la competencia es un valor que debe ser protegido porque de ella depende la satisfacción de los consumidores y la bonanza de la economía en general ¹⁴.

¹¹ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia; Diario Oficial N.º C 372 de 09/12/1997, p. 0005 – 0013.

¹² Informe IT-GST-016-2009. Criterio técnico-económico sobre declaratoria de mercados relevantes. Elaborado por el Viceministerio de Telecomunicaciones – Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. Costa Rica, 01/09/2009, p. 1. Disponible en: file:///C:/Users/mmontes/Downloads/01.%20IT-GST-Mercados%20Relevantes%20(1).pdf

¹³ En: Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobado mediante Resolución N.º 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI; 2001, p. 9

¹⁴ Bello Martín-Crespo María Pilar y Francisco Hernández Rodríguez (2009) *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, p. 37.

Al respecto, Eduardo Quintana (2013) describe a la Competencia como: «El mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado. Esto se debe a que, para ganarse la preferencia de los consumidores, los proveedores bajan sus precios y mejoran la calidad de sus productos. Como consecuencia de ello, los consumidores tienen más y mejores opciones a su disposición. Por este motivo, la defensa de la libre competencia es una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico del país»¹⁵.

Asimismo, Julio Durand Carrión (1995)¹⁶, opina que: «No debe olvidarse que el gran beneficiario de la competencia es el consumidor. Con la liberalización o concurrencia (que son también términos sinónimos) los precios bajan, la calidad mejora, las empresas se vuelven exquisitas, en el trato a sus clientes y, lo que es más importante, el consumidor ve incrementada sus posibilidades de elección». Nótese que por el año en que está escrito el tratado, la inflación en el Perú era muy alta, y aun así habían autores como éste que creían en la libre competencia y sus beneficios.

1.1.2 Teoría de competencia efectiva y potencial

La doctrina ha desarrollado la teoría de la competencia efectiva y potencial muy ampliamente. Así, han señalado que: «La competencia potencial se ha convertido en un concepto importante del derecho antimonopólico, o mejor dicho en dos conceptos: la competencia potencial percibida y la competencia potencial efectiva. El primero de estos conceptos capta mejor la idea de la competencia potencial, las empresas que no venden en un mercado pero lo harían si el precio de mercado fuese mayor, son competidores potenciales. Las empresas que entrarán al mercado en el futuro aunque el precio no aumente (“competidores potenciales efectivos” en la jerga antimonopólica) se describen más simplemente como competidores futuros» (Pinkas Flint Blanck 2002: 93)¹⁷.

A decir del doctor Pinkas Flint (2002), en su “Tratado de defensa de libre competencia”, los **competidores potenciales** deben tenerse en cuenta bajo determinadas circunstancias, ya que podrían entrar al mercado relevante efectivamente. En este caso, según Flint, se incluirán en el mercado relevante a los fabricantes de otros productos que, en un plazo no muy extenso, podrían ponerse a fabricar el producto en cuestión o buenos sustitutos del mismo.

¹⁵ Quintana, Alberto (2013) *Libre competencia*, 1.ª ed. Perú: Copyright 2013 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

¹⁶ Durand Carrión, Julio (1995). *Tutela jurídica del consumidor y de la competencia*. 1.ª ed. Perú pp.136, 138.

¹⁷ Richard Posner citado por Pinkas Flint en: *Tratado de defensa de la libre competencia*.

Sobre el tema, la Federal Trade Commission de los Estados Unidos ha trabajado directivas que incluyen dentro del mercado relevante a los competidores potenciales si estos pueden reaccionar en forma inmediata (máximo en el lapso de un año), mientras que en la Comunidad Europea solo se considera los ofertantes corrientes, actuales o efectivos.

Asimismo, se ha observado que entre mayor sea la elasticidad de la demanda que afronta una empresa, menor será su poder de mercado, y por ello, si un incremento en el precio del bien hace que otras empresas aumenten su producción, es decir, si la elasticidad de la oferta es positiva la elasticidad de la demanda de la empresa será mayor que en el caso contrario. Esto sugiere, sin embargo, que no se requiere una doctrina separada de la competencia “potencial”. Solo hay necesidad de definir los mercados con suficiente amplitud para que incluyan a empresas que, aunque no venden ahora en el mercado en cuestión lo harían si el precio aumentara ligeramente¹⁸.

En opinión de Defilippi (2014): «En principio, los mercados funcionan mejor que la regulación, y el que brinda el servicio no compite solo con la competencia efectiva, sino también con la competencia potencial, hay que demostrar que existe falla de mercado y que la intervención estatal crea más beneficios que costos, solo así es necesario regular». Dice también que: «*A priori* no sabes a quién beneficia la desregulación, pero no interesa porque lo que le conviene a uno no necesariamente le conviene a un tercero, típicamente en la desregulación hay quienes ganan y quienes pierden como en cualquier negocio, lo que sí es relevante es la metodología de análisis, establecer si es necesario o no es necesario regular, establecer si existe competencia potencial o efectiva, sino existe no es necesario, LAP al tener competencia efectiva o potencial, tendría que poder hacer lo que crea conveniente en su espacio, que es un espacio precioso que si es bien usado maximiza el beneficio social porque va a actuar como cualquier competidor en el mercado, ya sea Lima Cargo City u otro, que es competencia de los espacios en el aeropuerto, así, el aeropuerto le da a sus espacios el mejor uso que pueda». Agrega el citado consultor que: «Es el regulador el que tiene que probar qué se debe regular, es el regulador, ante la duda, quien deberá demostrar qué se debe o no regular, con la sola existencia de una línea aérea pequeña o grande que no tenga oficinas operativas, es suficiente para demostrar que no es un servicio esencial y que se puede prescindir de este servicio, y si además alguna aerolínea alquila oficinas fuera del espacio del aeropuerto, entonces se comprueba la existencia de la competencia efectiva. Cuando el regulador de oficio regula tarifas, debe necesariamente establecer, investigar si se mantienen las condiciones preexistentes para seguir regulando la tarifa o el acceso, es

¹⁸ Flint, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia*. pág. 92

decir, otra vez demostrar que existe o no competencia efectiva o potencial». Además, Defilippi agrega que: «Desde el punto de vista económico, en principio, sí debería haber lineamientos, ya que al haber alguna posibilidad de desregular, le da al usuario predictibilidad», sin embargo, también opinó que: «Quizá desde el punto de vista legal, en cuanto a un procedimiento que establezca motivos, análisis de mercados, tiempos de procedimiento e intervinientes, sí debería haber un procedimiento que, en su opinión, no es muy relevante».

1.2 Legislación europea, norteamericana y de América Latina

1.2.1 Legislación de la Comunidad Económica Europea (CEE)

Según lo señalado por García Palencia (2009), la CEE nació en 1957 con la firma del tratado de Roma. El artículo 3.º de dicho tratado señala que se debe instaurar «El establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común».

Así, las reglas que rigen la competencia en la CEE de acuerdo al tratado son:

- Se prohíben los acuerdos entre empresas, o prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre estados miembros y que tiene como objeto o efecto, la prevención, restricción o distorsión de la competencia, dentro del mercado común.
- Se prohíbe que las empresas tengan o abusen de su posición de dominio dentro del mercado común.
- Se prohíbe la concesión de ayudas públicas a empresas privadas que distorsionen o amenacen distorsionar la competencia, en la medida en que esta ayuda pueda afectar el comercio entre los estados miembros.

El mismo autor señala que en el ámbito comunitario la competencia no es un fin en sí misma, sino que es un instrumento para fomentar la integración y facilitar la integración del mercado común. Por ello, dice, que la comunidad no persigue el establecimiento de una situación de competencia perfecta, sino que se pueda trabajar sobre ella, no es perfecta, pero es buena para los estados miembros.

De otro lado, señala que el mecanismo de aplicación de supervisión es uno dualista, en el que la aplicación de las normas de competencia es objeto de un seguimiento por parte de las autoridades nacionales, quienes aplican las reglas comunitarias de competencia y los tribunales de la comunidad son responsables de revisar las decisiones de las autoridades de competencia nacionales.

La autoridad comunitaria de la competencia se llama la DG IV y puede actuar de oficio ante cualquier infracción de los estados o de las empresas. No solo tiene autoridad para ordenar el cese de la acción anticompetitiva, sino que puede imponer la obligación de realizar algo, como por ejemplo, suministrar a una empresa por un periodo determinado, y también puede imponer multas.

1.2.2 Regulación norteamericana

La regulación norteamericana cuenta con más de un siglo de historia, y constituye un instrumento de intervención indirecta y dinámica que fácilmente puede resultar subsidiaria y complementaria a la dinámica del mercado. La regulación es fundamentalmente prescriptiva, en el sentido que impone obligaciones positivas. Tales obligaciones permiten no solo proteger y fomentar la competencia de mercado, sino también sustituir las presiones de la competencia cuando ésta no es efectiva, e incluso incorporar a la dinámica competitiva objetos ajenos a la misma.

Del origen común, se dice también que la defensa de la competencia y la regulación económica (dentro de la que encaja la regulación de servicios públicos) tienen un origen paralelo en respuesta a un mismo problema y con principios de base comunes. Si bien el origen tanto de la defensa de la competencia como de la regulación lo podemos encontrar en los Estados Unidos a fines del siglo XIX, es con el *Common Law* inglés donde halla sus raíces más profundas¹⁹.

El proceso de industrialización de la economía americana produjo una concentración de la producción y con ello la aparición de monopolios y oligopolios no solo en los sectores estratégicos como transporte, telecomunicaciones, electricidad, canales, etc., sino también en sectores más tradicionales, lo que trajo como consecuencia que ocurran movimientos civiles buscando mayor intervención pública para evitar los abusos. En ese contexto, se desprende que la regulación tenga su origen en los abusos que se dieron por parte de los monopolios y en los movimientos civiles que buscaban protección por parte del Estado, porque por sí solos no podían actuar.

En los Estados Unidos, la primera legislación sobre defensa de la competencia fue la llamada, *Shermann Anti Trust Act* de 1890, la cual introdujo la prohibición de los acuerdos que obstaculizaban la competencia y de las conductas unilaterales que tenían por objeto monopolizar

¹⁹ E. Gellhorn (1986) "Climbing the antitrust Stair case" The Antitrust Bulletin, Vol, 31, num. 2.

los mercados, y como finalidad controlar los efectos perjudiciales de las concentraciones. Con el tiempo, los órganos jurisdiccionales matizaron la aplicación de dicha legislación al introducir la *rule of reason*²⁰. La “regla de la razón” (en español) que empieza a utilizar los tribunales, fue llamada así ya que solo utilizó la *Sherman Anti Trust Act* en actos evidentemente irracionales y censurables convirtiendo esta regla en un factor regulador del sistema económico. Luego, al tornarse más compleja la regulación, fue preciso confirmar la constitucionalidad de una nueva intervención pública y ajena a la práctica vigente en ese momento en América. Además, resultó necesario crear nuevas instituciones, las *independent regulatory agencies*, y mecanismos concretos de intervención (fijación de precios, controles de entrada al mercado, etc.) para hacer frente a estos cambios.

Recién en los años 30 -en el marco de la política del *New Deal*- la regulación de los mercados pasó a ser sistemática en los sectores de interés general²¹. Asimismo, fue en los años 60 -con la *Chicago School* y la *Desregulation*-, que un grupo de profesores universitarios empezó a estudiar la eficiencia económica de la intervención pública en la economía, guiándose de los principios básicos de microeconomía de autores como Stigler, Coase o Posner. Como resultado de ello, llegaron a la conclusión que tanto la defensa de la competencia como la regulación, a menudo se aplicaban de forma ineficiente, sin bases económicas objetivas, hasta el punto que no defendían los intereses generales, sino exclusivamente intereses particulares, frecuentemente, aquellos del sector regulado. Sobre la base de estos estudios se empezó a cuestionar la intervención pública en los años 80. Así, se redujeron los casos en que se recurría a medidas de defensa de la competencia, se eliminaron algunas agencias, y las que se mantuvieron redujeron su actividad, siendo el efecto más importante reorientar su actividad. La defensa de la competencia y la regulación pasaron así a ser no solo instrumentos de intervención indirecta, sino, sobre todo, instrumentos subsidiarios a la dinámica del mercado y complementarios al mismo. Las intervenciones se supeditaron a un análisis económico acerca de su adecuación.

Se debe señalar que la *desregulation* americana modificó los fundamentos y el ámbito de la intervención pública, pero no puso en crisis el modelo institucional, las administraciones independientes, ni los propios instrumentos de intervención, la defensa de la competencia y la regulación económica. En consecuencia, la *desregulation* limitó, pero al mismo tiempo, consolidó el tradicional modelo de intervención pública en la actividad económica²².

²⁰ C. Phillips (1993): *The Regulation of Public Utilities*, PUR, Arlintong.

²¹ Ob. Cit.

²² Ruiz Ojeda, Alberto *Fundamentos de regulación y competencia*. p. 84-89

1.2.3. Legislación en América Latina

Inicialmente se concibió el modelo de “sustitución de importaciones” que se entendió originalmente como un método para defender el interés público frente al interés privado, pero actualmente, a decir de Luis José Diez – Canseco Núñez (2001), se concibe como un instrumento para proteger intereses privados a costa del bien público. Frente a este modelo denominado “neomercantilismo” surge otro que se apoya en el redescubrimiento del mercado como motor para el desarrollo, el cual se caracteriza por las privatizaciones, la reducción del tamaño de la administración pública, las desmonopolizaciones, las desregulaciones, la eliminación de control de precios, en suma, por el establecimiento de una economía de mercado en el que la libertad de empresa es el denominador común.

Estas reglas reconocen el proceso competitivo como el tipo preferido de conducta económica y se expresan a través del derecho sobre la libertad o defensa de la competencia. Como consecuencia de esta liberalización en el frente interno no es raro que países de la región ya hayan reformado, o promulgado, normas específicas sobre la prohibición de las prácticas restrictivas o antimonopolio, liberalizando así también el frente externo. Es decir, eliminando barreras arancelarias y paraarancelarias en el comercio internacional²³.

1.3 Índices de concentración de mercado

Según la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, existen varios índices de concentración o medidas que han sido sugeridos en el campo de las economías de las industrias²⁴. Estas medidas son usadas para describir la estructura del mercado y/o como un indicador de primera fase del poder de mercado o de la competencia entre firmas. En otras palabras, los índices de concentración tratan de medir el tamaño relativo del mercado. Entre las medidas más usadas se encuentran²⁵:

- (i) *Concentration Ratio*: es el porcentaje total de participación de determinada industria (u otra forma de medir la actividad económica) de datos proporcionados por determinado mercado. Una desventaja del *Concentration Ratio* es que no indica el número total de firmas que operan y compiten en la industria.

²³ Diez-Canseco Núñez, Luis José (2000). Competencia e Integración en América Latina. Su importancia y los temas que deberían ser considerados. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, N.º 4, pp 49-62.

²⁴ Organization For Economic Co-Operation and Development “Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law” 1993 p. 114.

²⁵ Ob.Cit.

(ii) *The Four Firm Concentration Ratio* (CR4): este ratio mide la porción relativa a la participación total de la industria contabilizada por las 4 firmas de mayor concentración de mercado.

Hay otros índices similares como los CR3, CR5, CR8, etc. El número de grandes firmas están ranqueadas y agrupadas con el fin de prevenir que la información confidencial sea develada o conocida.

(iii) *Herfindahl – Hirschman Index* (HHI)²⁶: este ratio está basado en el número total y en el tamaño de distribución de las firmas en la industria. Se calcula como la suma de los cuadrados del tamaño relativo de todas las firmas en la industria. Algebraicamente se representa de esta manera:

$$HHI = \sum_{i=1}^n (s_i)^2 \text{ where } \sum_{i=1}^n s_i = 1$$

Donde:

“S sub i” es la participación de mercado relativa (u otras medidas de actividad económica tales como ventas o capacidad) de la i firmas, y n es el número total de firmas en la industria.

En una industria con una sola firma (monopolio), la medida HHI será igual a 1. En un duopolio con dos firmas de igual tamaño la medida del HHI será:

$$(0.5)^2 + (0.5)^2 = 0.50$$

El HHI debe calcularse sobre la base de 1 (como en los ejemplos arriba mencionados) o medirlo como 1000 o 10000. Este índice es usado en los *United States Anti Trust Division Merger Guidelines*, como un criterio administrativo para evitar que se realicen fusiones de alta concentración que generen o puedan generar monopolios. El HHI tiene una materia matemática y económica que la hace ser una medida de concentración muy usada. Entonces, el HHI puede oscilar entre 0 y 10000. Cuando en un mercado existe un número significativo de empresas, el índice tiende a ser cercano a 0. En el caso extremo de un monopolio puro, este será igual a 10000. Por ejemplo, en el supuesto que en un mercado existen cuatro empresas con cuotas de mercado del 50, 30, 10, y 10%, respectivamente. El HHI para ese mercado es de $2.500 + 900 + 100 + 100 = 3.600$. En los Estados Unidos, las autoridades de competencia utilizan el HHI para evaluar los posibles efectos de una fusión en la concentración del mercado. Las directrices para

²⁶ Ob.Cit., pág. 24-25. Traducción propia.

los procesos de fusión horizontales en los Estados Unidos han establecido una serie de principios para el cambio en el HHI para determinar si una fusión horizontal tiene el potencial de generar poder de mercado y reducir la competencia. Para estos efectos, las directrices empiezan por definir un mercado antes de la fusión como sigue:

- No concentrado, si el IHH es inferior a 1.000,
- Moderadamente concentrado, si el HHI es de entre 1.000 y 1.800, y
- Concentrado si el IHH está por encima de 1.800.

El HHI es una metodología utilizada para analizar los índices de concentración del mercado. Sin embargo, en el caso particular que hemos planteado, como las condiciones del mercado han empezado a variar desde que parte de la infraestructura del AIJCH fue calificada como esencial, no serían tan relevantes los resultados de aplicar el HHI, toda vez que se sabe que la participación de los competidores es mínima y, por lo tanto, se tendrá un resultado cercano a 10.000. En todo caso, lo importante es la posibilidad de que exista competencia potencial, lo cual haría que el índice disminuyera progresivamente.

1.4 Poder de mercado vs. posición dominante

Se dice que sin poder de mercado las empresas no pueden restringir la competencia en el mercado. En materia de abuso de posición dominante, el poder de mercado ha sido desde siempre un elemento fundamental para poder aplicar la prohibición puesto que, no cabe sancionar a una empresa por alguna de las conductas abusivas que recoge la ley, sino se demuestra antes que es dominante, es decir que tiene poder de mercado.

El poder de mercado es aquel que permite a una empresa limitar su producción y consiguientemente aumentar sus precios por encima del nivel que tendrían en un mercado competitivo. En otras palabras existe poder de mercado cuando una empresa puede aumentar sus precios sin que la pérdida de ventas que va a experimentar le prive de los beneficios que obtiene con el aumento.

Debemos resaltar que el término “poder de mercado”, no es sinónimo de monopolio, es decir, pueden haber varias empresas y sólo una de ellas puede ser la que ostente el “poder de mercado”, o la máxima concentración en el mercado relevante.

Para utilizar el término “poder de mercado” como abuso de posición de dominio, la empresa cuya concentración es la más alta, debería hacer uso y abuso de esta posición de dominio para que el regulador entre a normar, regular tarifas y/o acceso. En la práctica, para determinar si una empresa goza de poder de mercado es preciso, en primer lugar, determinar el mercado relevante, y en segundo lugar, es necesario determinar si goza de una posición de poder económico en dicho mercado²⁷.

1.4.1 Índice de Lerner

La publicación de Abba Lerner en la Revista de Estudios Económicos (1934) es la fuente de lo que hoy se conoce como el índice de Lerner de poder de monopolio. El índice de Lerner se ha convertido en la medida estándar para medir el poder de un monopolio y uno de los índices más ampliamente citados en la disciplina de la economía.

El índice de Lerner (L) mide el grado de poder de monopolio de una empresa. Se determina mediante la razón de la diferencia entre el precio P y el costo marginal CM respecto al precio, o mediante el inverso multiplicativo del valor absoluto de la elasticidad precio de la demanda. Matemáticamente:

$$L = \frac{P - CM}{P} = \frac{1}{e} = \frac{\Delta P}{\Delta Qd} \cdot \frac{Qd}{P}$$

En un mercado perfectamente competitivo, el índice Lerner sería cero. Cuanto más alto es el índice Lerner, más grande es el margen precio-costo de la empresa y menor es su elasticidad²⁸, entonces, cuando se obtenga un número mayor implica un mayor poder de mercado.

El índice de Lerner mide el *mark-up* sobre el precio²⁹, es decir, cuánto más alto es el precio que el costo marginal en términos porcentuales. El primer problema con esta medida es que los

²⁷ Bello Martínez-Crespo, María del Pilar y Hernández Rodríguez, Francisco. “Derecho de la libre Competencia Comunitario y Español”, pp. 46-48.

²⁸ Disponible en: file:///C:/Users/mmotes/Downloads/Poder%20sustancial.%20formato%20CRC.pdf

²⁹ La teoría del *mark up* nos explica que las empresas que producen y venden bienes diferenciados o monopolizados por la misma empresa, deben escoger un *mark up* basados en la información interna y externa de la empresa. Interna porque deberá conocerse el costo marginal, y externa porque se requiere conocer la elasticidad precio de la demanda. La producción óptima encierra esta lógica porque utiliza el ingreso marginal que es derivado de la función de la demanda. La empresa aumenta la producción mientras que el costo marginal es menor que el ingreso marginal. El ingreso marginal es variable y cada vez es menor porque a medida que la empresa coloca productos en el mercado, el precio disminuye. La empresa una vez que logra el nivel de producción donde el costo marginal se iguala al ingreso marginal, entonces deberá seguir produciendo en dicho nivel para obtener la máxima ganancia económica. Si el costo

costos marginales son muy difíciles de estimar. El segundo problema es que aun si el índice de Lerner fuera bajo, eso puede ser el resultado de la existencia de poder de mercado.

Una forma indirecta de medir el índice de Lerner, que evitaría el primer problema, pero no el segundo, es que un monopolista actuando en forma óptima elegirá el precio de tal forma que el índice de Lerner es la inversa de la elasticidad de la demanda. Así, estimando la elasticidad de la demanda, se sabrá el índice de Lerner. El problema con esta línea de investigación es que no siempre existen datos confiables para estimar la elasticidad³⁰.

1.5 Barreras de entrada y salida del mercado

Las barreras de entrada y salida del mercado son llamadas también prácticas anticompetitivas y restrictivas de la competencia.

Las barreras de entrada son una forma de intervención del Estado en la regulación del mercado y, por eso, debe haber una necesaria defensa de la eliminación de las barreras de entrada y de salida; además, el Estado debería velar para que no existan restricciones de la libertad de empresa y a la economía de mercado, de acuerdo con nuestra constitución vigente, ya que las empresas se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de las barreras de entrada que encarecen los bienes y servicios.

Uno de los que ha trabajado ampliamente sobre este tema es Michael Porter (2010). En ese sentido, el referido autor señala que las barreras de entrada³¹- y cualquier otra barrera de entrada que dificulte a un entrante desarrollarse en un mercado relevante de algún servicio público, son las que en general se pueden presentar en cualquier industria, de bienes o servicios, llámese transporte, electricidad, gas, minería, u otras; sin embargo, somos de la opinión que no necesariamente se deben dar todas a la vez, basta con que una o alguna de ellas se presenten, para que se pueda afirmar que existen barreras de entrada y se tenga que analizar si se debe regular las tarifas o al menos el acceso a determinada infraestructura.

marginal varía o la demanda sufre algún cambio, entonces se tendrá que reorientar el nivel de la producción que arroje la máxima ganancia económica. El nivel de producción define el precio. Este es el enfoque clásico de la producción óptima.

³⁰ Disponible en: http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catindus/materiales/Marco_Conceptual_sobre_Competencia_Motta.pdf

³¹ 1. Economías de Escala, 2. Diferenciación del Producto, 3. Inversiones de Capital, 4. Desventaja en Costos independientemente de la Escala, 5. Acceso a los Canales de Distribución y 6. Política Gubernamental.

2. Doctrina de las facilidades esenciales

2.1 Definición de facilidad y servicio esencial

La regulación de la infraestructura de servicios públicos en el Perú es relativamente reciente. Específicamente, la referida a la infraestructura de transporte de uso público se reguló en el 2003 con la entrada en vigencia del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA).

Es con la aprobación del REMA que recién en el Perú se considera cierta infraestructura pública y determinados servicios como facilidades esenciales y servicios esenciales, respectivamente, regulándose las políticas de acceso, la regulación de cargos de acceso y el uso destinado a cada facilidad y los alcances del servicio esencial. En el caso particular de los aeropuertos, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) definió y detalló qué infraestructura y qué servicios calificaban de esenciales³².

Considerando lo señalado, antes de analizar el REMA, creemos importante revisar la “doctrina de las facilidades esenciales” desarrollada en otros países –a la fecha con mayor experiencia- así como su legislación de ser el caso; así, vamos a comentar la experiencia en los Estados Unidos, el Reino Unido y Australia, antes de analizar el caso peruano.

Para iniciar nuestro análisis debemos tener claro qué se entiende o qué es una “facilidad esencial”. Una definición que nos parece acertada es «[...] Instalación, activo o facilidad esencial es una infraestructura explotada en condiciones de monopolio y cuyo uso es necesario para el desarrollo de actividades en mercados próximos o conexos. Si se cumplen los supuestos de la doctrina de las facilidades esenciales, se considerará que comete un abuso quien, controlando dicha infraestructura, y de manera injustificada, deniega el acceso a ella a terceros que lo soliciten y estén llanos a pagar por ella» (Araya 2011: 1).

Estados Unidos

La doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales forma parte de la jurisprudencia antimonopolio de los Estados Unidos de Norteamérica, se originó en 1912 con una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la cual el Tribunal Supremo del caso

³² Ver anexo 1.

*United States v/s Terminal Railroad Association of St. Louis*³³. A raíz de este conflicto, se planteó por primera vez el efecto perjudicial para la libre competencia que genera o puede generar el control monopolista ejercido por una empresa controladora de una determinada infraestructura o facilidad, esencialmente necesaria para participar eficientemente en un mercado determinado. En este caso particular, se ordenó a la empresa controladora de la facilidad esencial (Terminal Railroad Association of St. Louis), que controlaba todas las instalaciones necesarias para el transporte de carga y pasajeros a través del Río Mississippi (líneas ferroviarias, puentes, puestos de control de entrada y salida de la ciudad, etc.), a “compartir” (dar acceso obligatorio) sus estructuras esenciales con cualquier competidor que lo solicitare, previo pago de una tarifa ajustada al uso ordinario de dichas estructuras esenciales y que no desincentivara, en razón de su cuantía, la posibilidad real de acceder a ellas y de competir con la empresa controladora en igualdad de condiciones.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en realidad nunca ha reconocido la doctrina de facilidades esenciales. Sin embargo, los tribunales federales inferiores de los Estados Unidos han encontrado opiniones de la Corte Suprema en consonancia con la opinión de que la negación de una facilidad esencial puede, en determinadas circunstancias, constituir una práctica anticompetitiva³⁴.

En ese contexto, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado un test general para determinar cuándo existe un caso de facilidad esencial:

1. El monopolista controla el acceso a la facilidad esencial;
2. La facilidad o instalación no puede razonablemente ser duplicada por el competidor;
3. El monopolista deniega el acceso al competidor;
4. Es factible conceder dichos accesos, y
5. El monopolista no cuenta con una razón justa de negocios para denegar el acceso (Araya 2011)³⁵.

Si un competidor puede duplicar la instalación a un costo razonable, entonces podría pensarse que puede no ser esencial para el competidor tener acceso a la instalación del monopolista. Por

³³ Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=224&invol=383> y en <http://www.met.psu.edu/people/ank1/research-papers/reiffen%20and%20kleit.jle.pdf>

³⁴ Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) (1996) “The Essential Facilities Concept” pág. 87. Traducción propia

³⁵ Waller y Tasch (2010), Traducción de Álvaro Araya Ibáñez en “La doctrina de las facilidades esenciales en los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, septiembre 2011, pág. 2.

ello, las instalaciones que, a menudo resultan ser esenciales son las que califican, por lo general, de servicios públicos, los monopolios naturales, o algún otro tipo de activo que implique grandes costos hundidos y duplicar dicha infraestructura resulte costoso e ineficiente. Sin embargo, aunque en muchos casos la viabilidad de la duplicación puede ser clara, en otros casos no lo es. Sobre ello no hay una respuesta clara en cuanto a cómo se debe medir la razonabilidad; así no está claro en la legislación vigente de EE.UU. si la razonabilidad debe evaluarse en términos de si es razonable duplicar la facilidad solo para la empresa demandante o si debe ser evaluada para cualquier empresa ³⁶.

Reino Unido

Sobre las características fundamentales que debe tener una instalación para considerarse facilidad esencial, en las disposiciones del Reino Unido se han establecido cuáles deben ser tales características a fin de distinguir una facilidad esencial, siendo estas las siguientes:

- a) los participantes deben tener acceso, dado que es esencial para la prestación de bienes o servicios en ese mercado conexo; y
- b) no es económicamente eficiente, o puede no ser viable para los nuevos operadores duplicar la instalación³⁷.

Considerando lo anterior, se define facilidad esencial como aquella instalación en la cual el acceso es necesario o indispensable para la provisión de bienes o servicios en un mercado conexo, y donde no es eficiente ni factible desde el punto de vista económico, que un nuevo operador replique la instalación³⁸; asimismo, se ha destacado cuatro elementos como necesarios para establecer responsabilidad en el marco de la doctrina de facilidad esencial: (1) El control de la facilidad esencial por un monopolista; (2) la imposibilidad de un competidor de duplicar la facilidad esencial; (3) la negativa de uso de la facilidad para un competidor; y, (4) la viabilidad de proveer la instalación ³⁹.

Australia

La legislación australiana establece que la facilidad esencial se distingue por ciertas características:

³⁶ OECD (1996), "The Essential Facilities Concept" pág. 87. Traducción propia.

³⁷ Ob. Cit. Págs. 69-70. Traducción propia.

³⁸ Ob. Cit. Pág. 71. Traducción propia.

³⁹ Ob. Cit. Pág. 73. Traducción propia.

- Que el acceso al servicio promovería la competencia en un mercado (distinto al mercado del servicio);
- Que no sería rentable para cualquier persona desarrollar otra instalación para prestar el servicio;
- Que la instalación es una de importancia nacional, teniendo en cuenta su tamaño, la importancia de la facilidad para el comercio interestatal o extranjero y el comercio, o su importancia en la economía nacional⁴⁰.

Adicionalmente, en la legislación australiana se señala que no se requiere que una instalación constituya el cien por ciento del mercado relevante a fin de ser considerada esencial, sino que más bien se centra en los aspectos económicos que involucra el desarrollo de una facilidad adicional⁴¹. Asimismo, para evaluar si es económico desarrollar otra instalación para prestar un servicio, el costo de duplicar una instalación puede no ser necesariamente relevante, citando como ejemplos los siguientes: que puede no ser necesario replicar exactamente la instalación para prestar el servicio; solo una parte de la instalación puede ser utilizada para prestar el servicio o una nueva instalación podría ser capaz de proporcionar una gama de servicios, incluyendo el servicio en cuestión, el cual no puede ser prestado por la instalación existente; por lo tanto, sí puede resultar rentable (económico) desarrollar otra instalación⁴².

En ese orden de ideas, cabe resaltar que la sola posición monopólica de la empresa controladora de la facilidad no la hace merecedora de ninguna obligación legal, sino que es precisamente su negativa injustificada y/o abusiva la que configura una situación de competencia desleal. En este tema debe hacerse una distinción respecto de la doctrina de las facilidades esenciales. La negación a dar acceso a la facilidad «Constituye en efecto un tipo especial de negativa injustificada de contratar, consistente en negarse sin que medie ninguna justificación a proveer a otras empresas del acceso al bien esencial para competir en igualdad de condiciones» (Ugarte 2013: 8). La negativa de trato en la doctrina de facilidades esenciales consiste en: «Un acuerdo entre empresas competidoras mediante el cual se niegan a hacer negocios con otro competidor, excluyéndolo de esta forma del mercado. Por ende, la doctrina de las facilidades esenciales es más amplia y persigue un objetivo distinto, como es el sancionar toda práctica anticompetitiva en un mercado determinado, generada con ocasión de la negativa injustificada de proporcionar acceso a la facilidad» (Ugarte 2013: 8).

⁴⁰ OECD (1996) “The Essential Facilities Concept” pág. 42. Traducción propia.

⁴¹ Ob. Cit. Pág.42.

⁴² Ob. Cit Págs. 42-43.

En este punto cabe resaltar que, por la concurrencia de distintos elementos y aspectos que deben ser evaluados en cada caso concreto, conlleva a que muchas veces sea imposible o al menos difícil determinar *ex ante* cuando se está frente a una facilidad esencial -que establezca la obligación de dar acceso a la misma- y no frente a otra figura diversa.

Debe advertirse que de la revisión efectuada, la doctrina y las legislaciones mencionadas solo se ocupan de lo que concierne a facilidades esenciales mas no de los servicios esenciales. En ese sentido, luego de haber revisado ciertos aspectos de las legislaciones y la jurisprudencia de países que han trabajado en forma más profunda la doctrina de las facilidades esenciales, a continuación desarrollaremos el caso peruano.

En el Perú, es recién con la aprobación del REMA que OSITRAN definió qué servicios y qué facilidades se consideraban como esenciales y, por lo tanto, debía seguirse los procedimientos de acceso y tarifarios establecidos en el mencionado reglamento y recoger los términos y condiciones mínimos ahí fijados en los contratos de acceso que debía suscribir la entidad prestadora con el usuario intermedio.

Dos conceptos importantes recogidos en el REMA, que nos ayudarán para el desarrollo del tema materia del presente trabajo, son los de facilidad esencial y servicio esencial. Una facilidad esencial, según el REMA, es aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público, o parte de ella, que debe cumplir con tres condiciones necesariamente: (i) ser administrada o controlada por un único o un limitado número de entidades prestadoras; (ii) no es eficiente que dicha infraestructura sea duplicada o sustituida, es decir, lo más eficiente es que exista un monopolio (una sola instalación); y, (iii) el acceso a tal infraestructura sea 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.

Según Villar (2005)⁴³, una instalación es esencial cuando es el mercado el que depende de la instalación. La calificación que haga la autoridad competente de la esencialidad de una determinada instalación debe ser profunda, dado que si un competidor pudiera duplicar la facilidad a un costo razonable, el acceso del competidor a la facilidad del monopolista perdería el carácter de esencial (Ugarte 2013: 7).

⁴³ Citado por Alfredo Ugarte en: *Facilidades esenciales y abuso de posición de dominio*, p.7.

De otro lado, el REMA define servicio esencial como aquel que cumple con dos condiciones indispensables: (i) que sea necesario para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen – destino y (ii) que para ser provisto, requiere utilizar necesariamente una facilidad esencial.

En el caso específico de los aeropuertos, en el anexo 1 del REMA⁴⁴ se ha previsto que serán facilidades esenciales –entre otras- aquellas áreas destinadas al procesamiento de pasajeros y equipaje. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el anexo 2 del mismo REMA⁴⁵, para el caso de la infraestructura aeroportuaria, el servicio esencial que nos interesa destacar para los fines del presente análisis, es el de atención de tráfico de pasajeros y equipaje (oficinas necesarias para las operaciones).

Como se puede desprender de los términos y condiciones fijadas en el REMA, este reglamento recoge lo establecido por la doctrina y las legislaciones más desarrolladas en lo referido a facilidad esencial, y regula también lo correspondiente a servicio esencial, identificando por primera vez, qué servicios calificaban como tal.

En los anexos 1 y 2 del REMA⁴⁶, OSITRAN identificó cuáles eran las facilidades y los servicios esenciales tanto para aeropuertos, puertos y vías férreas. De las modificatorias posteriores a los anexos citados, nos lleva a pensar que lo que hizo el regulador –a falta de experiencia anterior- fue identificar a su criterio, qué servicios eran los esenciales. No obstante ello, la práctica demostró que lo regulado en el citado reglamento, no era exacto y conllevó a que el regulador realice ajustes –en el caso específico de aeropuertos- tanto a las instalaciones calificadas como facilidad esencial como a los servicios que calificaron de esenciales.

Habiendo identificado cuáles son las facilidades esenciales y cuáles los servicios esenciales dentro de la infraestructura aeroportuaria según el REMA, para los fines de desarrollar el presente estudio, nos enfocaremos en el área denominada área de procesamiento de pasajeros y equipaje relacionada con las oficinas necesarias para las operaciones que emplean las distintas líneas aéreas para realizar parte del servicio de atención de tráfico de pasajeros y equipaje.

En síntesis, para calificar una infraestructura como facilidad esencial o *essential facilities* se debe empezar por identificar aquellas situaciones en las que un monopolista, quien controla un

⁴⁴ Ver anexo 1.

⁴⁵ Ver anexo 2.

⁴⁶ Ver anexo 1 y 2.

bien indispensable para la realización de una actividad económica en un mercado relevante, impide a otros agentes económicos el uso de ese bien esencial o le impone condiciones gravosas y discriminatorias para su utilización, sin que existan razones jurídicas, técnicas o comerciales para hacerlo. Como consecuencia de ello, se restringe la competencia entre los distintos agentes, ya sea por la imposibilidad de ingresar al mercado o por lo inviable que resulta el ingreso a una actividad comercial con fuertes barreras de entrada, generadas precisamente por no tener acceso a dicha facilidad esencial.

2.2 Definición de acceso

De acuerdo con lo definido por el REMA, se entiende por acceso, al 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 ese sentido, OSITRAN interviene en su rol regulador, única y exclusivamente si el acceso requerido por el usuario intermedio para utilizar una facilidad esencial –en el caso de análisis las oficinas operativas- es para prestar un servicio esencial. Si se tratara de un servicio esencial pero brindado en un régimen de libre competencia, no entraría dentro de los alcances del REMA porque se tratarían de los llamados servicios competitivos o en competencia, que según la definición recogida en el citado reglamento, pese a ser servicios esenciales, no están regulados por OSITRAN al ser servicios que se realizan en un escenario de competencia entre proveedores.

La regulación de acceso a una instalación donde el controlador, operador o entidad prestadora en los términos del REMA (que no necesariamente es el propietario del bien) es obligado a permitir el acceso a ese espacio bajo determinadas condiciones, restringe los derechos de ese poseedor, toda vez que al ser calificada su instalación como una facilidad esencial, no existiría justificación válida que le permita no aceptar las solicitudes de acceso a su infraestructura.

En ese escenario, surgen las siguientes preguntas: ¿el hecho de que una aerolínea utilice una facilidad esencial en el aeropuerto como el área de procesamiento de pasajeros y equipaje, implica que el servicio desarrollado en esa área (la atención de tráfico de pasajeros y equipaje-oficinas operativas) califique también de esencial de acuerdo a los alcances fijados en el REMA?, ¿si el servicio a prestarse, para ser provisto no requiriera utilizar necesariamente una facilidad esencial, calificaría como un servicio esencial?, ¿si existiera más de un proveedor en el mercado para un determinado servicio, aquella infraestructura calificada de esencial lo seguiría

siendo? Las respuestas a estas interrogantes se desprenderán más adelante, del análisis que efectuemos de los temas propuestos en lo que resta del presente trabajo.

2.3 Modos de acceso: negociación directa, subasta y mandato de acceso

De acuerdo con lo dispuesto en el REMA, el usuario intermedio –en el presente caso la aerolínea- puede suscribir un contrato de acceso con la entidad prestadora para acceder a la facilidad esencial a través de tres procedimientos para el acceso ahí establecidos: (i) por negociación directa, (ii) por subasta y (iii) emisión de mandatos de acceso.

El derecho de acceso se otorgará mediante negociación directa cuando la disponibilidad de infraestructura permita atender todas las solicitudes de acceso declaradas procedentes.

En el supuesto de subasta, el derecho de acceso se otorgará si la disponibilidad de la facilidad esencial no permite atender todas las solicitudes declaradas procedentes, salvo que el contrato de concesión hubiera previsto un mecanismo diferente.

El tercer y último mecanismo previsto en el REMA para acceder a una facilidad esencial es la emisión de un mandato de acceso por parte de OSITRAN, ello se puede presentar en dos supuestos: a) cuando las partes no han llegado a ponerse de acuerdo sobre los cargos o condiciones en el contrato de acceso, en los plazos y formas establecidas, y b) en los casos en que, habiéndose otorgado la buena pro en la subasta, o culminada la negociación directa, la entidad prestadora se negara a suscribir el contrato de acceso.

Capítulo III. Diagnóstico y evolución del servicio regulado de oficinas operativas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

1. Diagnóstico y evolución del servicio regulado de oficinas operativas

Previo a la descripción del diagnóstico y evolución del servicio regulado de oficinas operativas en el **Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH)** es importante resaltar diferencias en conceptos técnicos referidas a las oficinas que hemos encontrado en nuestra revisión. Por un lado, en el Manual de Planificación de Aeropuertos⁴⁷ elaborado por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), en su condición de máxima autoridad de aviación civil en el mundo, se han recogido recomendaciones de cómo se debe planificar el desarrollo o la construcción y mejora de las instalaciones de un aeropuerto, a fin de que: «[...] Cada una de las instalaciones pueda realizar sus funciones respectivas con los mayores niveles posibles de eficiencia» (Manual de Planificación de Aeropuertos 1987: 1-1). En el referido manual se establece que: «Los explotadores de aeronaves necesitan a menudo oficinas para su personal en los puntos de presentación de los pasajeros. [...] Por consiguiente, solamente deberían proporcionarse en esta zona un mínimo de oficinas que sean esenciales para el funcionamiento de las instalaciones de presentación de los pasajeros» (Manual de Planificación de Aeropuertos 1987: 1-96).

De otro lado, la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA)⁴⁸, en el *Airport Development Reference Manual*⁴⁹ hace mención a las oficinas de las aerolíneas. Dicho manual distingue tres tipos de oficinas: (i) aquellas destinadas para el apoyo en el proceso de chequeo de pasajeros, las cuales deben estar próximas al área de registro y cuya cantidad de espacio será requerido por cada aerolínea dependiendo del volumen de tráfico y del tipo de servicio que desarrollan; (ii) oficinas administrativas, las cuales deben estar ubicadas en otras áreas del terminal pero con acceso a las áreas de procesamiento de pasajeros y (iii) las oficinas de apoyo ubicadas en el lado aire del terminal cerca al área de operación de sus aeronaves.

Por su parte, la Autoridad Aeronáutica Civil del Perú representada por la Dirección General de Aeronáutica Civil, no ha recogido en sus normas aeronáuticas referencia ni obligación alguna

⁴⁷ Documento 9184-AN/902 Parte 1, Segunda Edición 1987 de la Organización de Aviación Civil Internacional.

⁴⁸ La IATA es la organización mundial que aglutina a las compañías de líneas aéreas regulares, empresas que transportan la gran masa de tráfico nacional e internacional.

⁴⁹ Manual de Referencia de Desarrollo de Aeropuertos (traducción propia).

para las aerolíneas a fin de obtener los permisos necesarios para operar como explotadores aéreos, el contar con espacios - oficinas dentro de las instalaciones de los aeropuertos.

Teniendo presente lo que dispone la OACI y la IATA respecto de las oficinas de las aerolíneas y de acuerdo a las entrevistas realizadas a especialistas tanto de aeropuertos como de aerolíneas⁵⁰, podemos afirmar que la referencia hecha por los dos organismos antes citados respecto de las oficinas operativas, está relacionada directamente con las actividades de apoyo directo para el proceso de pasajeros y equipaje en la zona de registro o de chequeo. Técnica y operativamente a estos espacios se les conoce con el nombre de *back office*. Estas oficinas –de reducido metraje comúnmente- están ubicadas, en la mayoría de los aeropuertos, en la parte posterior de los mostradores de chequeo de pasajeros *counters de check in* y son aquellas directamente relacionadas con actividades de soporte para el proceso de chequeo de pasajeros y equipaje, que contrario a los mostradores, no están de cara al pasajeros pero que son fundamentales para que dichas funciones se lleven a cabo.

No obstante lo señalado, el regulador ha considerado –equivocadamente a nuestro entender- a las oficinas necesarias para la atención de tráfico de pasajeros y equipajes, las llamadas oficinas operativas, como un servicio esencial y, por lo tanto, requieren de una facilidad esencial dentro de un aeropuerto para poder desarrollarse. En ese sentido, lo expuesto nos lleva a pensar que el alcance que se le ha dado al concepto de oficina operativa en los aeropuertos del Perú, es más amplio que lo señalado por las recomendaciones de los organismos internacionales citados, calificando a un número mayor de actividades como necesarias que se ejecuten en el aeropuerto, cuando la realidad y los cambios en el mercado y la tecnología con la automatización de los sistemas están demostrando algo distinto.

1.1 Diagnóstico del servicio regulado

El concesionario del AIJCH, inició la administración y operación del aeropuerto de Lima el 14 de febrero de 2001⁵¹. En el contrato de concesión se estableció en los numerales 1.18.1 y 1.18.2 del anexo 14⁵², que el terminal de pasajeros debe contar, entre otras instalaciones, con oficinas administrativas y operacionales en condiciones y número adecuado para cumplir con los

⁵⁰ Ver anexo 2

⁵¹ El 14 de febrero de 2001, Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) suscribió con el Estado Peruano -representado por el hoy Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.

⁵² Disponible en: http://www.ositran.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?GRU=18&CLA=23&ELE=119

requerimientos de la demanda de las líneas aéreas. Ello está dispuesto así tanto para el periodo inicial como para el periodo remanente de la concesión; sin embargo, en los citados numerales, no se especifica cantidad de metros cuadrados ni el número de oficinas que debería haber. En ese sentido, será el concesionario el encargado de determinar –luego del análisis de la proyección de demanda entre otros factores- cuántos metros cuadrados del total de las instalaciones del AIJCH deberían estar destinados para ser utilizadas como oficinas por las líneas aéreas. En el cuadro del anexo 4, se puede observar que el total de metros cuadrados de oficinas operativas en el AIJCH ha ido variando año tras año, lo que significaría que la demanda por dichos espacios se ha modificado por diversos factores, cuyo análisis escapa de los alcances del presente trabajo, por lo que no serán desarrollados en esta oportunidad.

Cuando LAP recibió el Aeropuerto Jorge Chávez, de la evaluación realizada, no se identificó un criterio técnico para la distribución y la ubicación de las oficinas que ocupaban las líneas aéreas. Es así que las aerolíneas tenían alquilados espacios en el *hall* principal, en el *mezanine* y en el edificio central entre otras áreas; sin embargo, no todas esas áreas eran consideradas facilidad esencial de acuerdo con lo previsto en el REMA.

Antes de ese momento y antes de que el Estado entregara en concesión el AIJCH, el anterior administrador aeroportuario la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC S.A.), arrendaba los espacios a las líneas aéreas sin distinguir si eran regulados o no, es decir, sin diferenciar si se trataba de oficinas operativas o si era área comercial. Como ya se indicó, es recién con la entrada en vigencia del REMA (septiembre 2003) que el regulador OSITRAN definió cuáles eran las facilidades esenciales en un aeropuerto y cuáles los servicios esenciales relacionados con esa facilidad.

En ese contexto es como recibe el concesionario el AIJCH y, a fin de no afectar la continuidad de las operaciones, LAP mantuvo la misma distribución y ubicación de las oficinas alquiladas a las aerolíneas, cobrando, por un lado, la misma contraprestación que por ese concepto cobraba CORPAC S.A., y por otro lado, manteniendo el tipo de relación que dicha corporación llevaba con las líneas aéreas, es decir, limitándose a facturar por el espacio asignado, no formalizando la relación suscribiendo algún tipo de documento.

Solo una vez que OSITRAN definió en el REMA cuáles eran las facilidades esenciales y los servicios esenciales dentro de una infraestructura aeroportuaria, es que la entidad prestadora (LAP) pudo identificar qué espacios ocupados por las líneas aéreas se encontraban bajo el ámbito

de competencia de OSITRAN, y por lo tanto, debía seguirse los procedimientos establecidos en el mencionado reglamento y recoger en los contratos de acceso que debía suscribir la entidad prestadora con el usuario intermedio, los términos y condiciones mínimos ahí fijados.

En línea con lo establecido en el REMA, el Reglamento de Acceso a la Infraestructura del AIJCH (REA), en su artículo 4 define en qué consiste el servicio de atención de tráfico de pasajeros y equipaje (oficinas necesarias para las operaciones y *counters*). En esa definición, se detalla, además, cada una de las actividades que las aerolíneas pueden desarrollar en el espacio oficina operativa⁵³, y son tales tareas las que han sido recogidas en los mandatos de acceso emitidos por OSITRAN.

Según las opiniones recibidas de los especialistas entrevistados, de las 14 actividades listadas como las labores que el usuario intermedio (aerolíneas) puede llevar a cabo en el espacio denominado oficina operativa, 12 de ellas⁵⁴ -por la forma como el mercado ha ido evolucionando y como el avance tecnológico ha predominado en todas las actividades comerciales especialmente- se pueden desarrollar en un lugar distinto del aeropuerto; en otras palabras, la aerolínea no requeriría, necesariamente, de un espacio dentro del aeropuerto para poder realizar esas tareas.

1.2 Evolución del servicio regulado

De la data hallada, se puede apreciar que el área de oficinas operativas ocupadas por las aerolíneas, expresada en metros cuadrados, ha ido variando con el transcurso de los años. Como se puede observar del cuadro resumen contenido en el anexo 4, los metros cuadrados que se encontraban asignados por CORPAC S.A. para oficinas de aerolíneas desde antes del 2001 en el Jorge Chávez, se ha modificado, y no necesariamente para incrementarse, por el contrario, en algunos años se ha visto reducido. En el referido cuadro resumen, se puede apreciar el promedio aproximado en metros cuadrados por cada año desde el 2001 (en que se inició la concesión) hasta el mes de abril de 2014. Como se advierte de la información recogida en el citado anexo 4, en algunos años la cantidad de área de oficinas operativas, se ha reducido, y ello se podría haber debido –en nuestra opinión- a las siguientes razones: salida de aerolíneas del mercado y/o a la decisión de algunas aerolíneas de no contar con oficinas operativas y/o a la definición –por parte

⁵³ Ver anexo 3.

⁵⁴ Ver anexo 3.

del regulador- de qué actividades se pueden desarrollar dentro de las áreas asignadas como oficinas operativas.

No obstante que el número de operaciones (vuelos) año a año se ha ido incrementando desde el 2004 y consecuentemente el tráfico de pasajeros internacionales también ha ido creciendo año tras año desde el 2001 (anexo 5), el espacio para oficinas operativas en el AIJCH, contrariamente, se ha visto reducido.

Al respecto, no cabe duda de que se ha producido por el mismo dinamismo del mercado de transporte aéreo, el ingreso y la salida de diferentes aerolíneas, sin embargo, a nuestro criterio, ello no ha sido la única razón para que las áreas de oficinas operativas disminuyan del 2001 al 2013. Desde nuestro punto de vista, creemos que fue fundamental la definición por parte del regulador respecto de qué actividades era posible desarrollar dentro de tales espacios (anexo 3). Para estos efectos, la entidad prestadora con el apoyo del regulador, realizaron una verificación de las tareas que algunas de las aerolíneas realizaban en tales espacios a fin de determinar cuáles calificaban como parte del servicio esencial y cuáles no, por lo tanto, no debían estar dentro de lo regulado por OSITRAN. Como consecuencia de ello, varias de las labores desarrolladas por las aerolíneas dentro de los espacios asignados como oficinas operativas, se limitaron a dichas actividades y como consecuencia de ello, los metros cuadrados de oficinas operativas se redujeron.

La definición de los espacios para oficinas operativas de las líneas aéreas se inició en el año 2004, cuando la entidad prestadora, y a la vez concesionaria del AIJCH, inició la construcción de la fase I de la ampliación del primer terminal aeroportuario de Lima. En ese momento, de acuerdo al proyecto ejecutado, el concesionario -bajo criterios operativos y buscando la máxima eficiencia en la asignación de espacios-, reubicó las oficinas operativas para aerolíneas a determinadas zonas dentro del terminal, invirtió en la construcción de las mismas y en algunos casos, en su remodelación.

En ese contexto, y en aplicación de lo dispuesto en el REMA, la entidad prestadora invitó a los usuarios intermedios a negociar con el objeto de formalizar la relación contractual que existía, actualizando, además, los términos y condiciones del “acuerdo”. No obstante ello, para lograr que las aerolíneas se reubiquen a los espacios asignados y dentro de los plazos previstos, el concesionario acordó con ellas que de manera temporal, en tanto se concertara el monto del cargo de acceso o lo fijara OSITRAN, se continuaría cobrando la contraprestación vigente a esa

fecha (la de CORPAC S.A.). Luego de una ardua negociación, se acordó la reubicación de las oficinas operativas a las áreas asignadas por el concesionario -para estos efectos- dentro del terminal.

Al no llegar a un arreglo satisfactorio entre las partes, el usuario intermedio ha solicitado y viene solicitando la intervención de OSITRAN a fin de emitir un mandato de acceso que establezca los términos y condiciones de la relación de acceso.

Finalmente, a manera de información, como indicamos precedentemente, la tarifa que empezó a cobrar LAP por metro cuadrado de oficina operativa fue la misma que cobraba CORPAC S.A. En ese sentido, desde el 2001 hasta el 2007, los montos cobrados por LAP son los que se observan en el anexo 6. En el anexo 7, se muestran los cargos de acceso aprobados por OSITRAN para el metro cuadrado de oficinas operativas en los distintos periodos. Sin embargo, al no ser materia de análisis el monto del cargo de acceso establecido por OSITRAN para las oficinas operativas o la metodología de cálculo aplicada, no profundizaremos sobre esos temas en esta oportunidad.

2. Identificación del servicio

2.1 Análisis de las condiciones de competencia

Como señaláramos anteriormente, a la fecha existen instalaciones adyacentes al AIJCH que ofrecen espacios para oficinas en arrendamiento. Más aun, algunas de estas instalaciones tienen acceso directo a la plataforma del AIJCH. En ese escenario, ¿se puede decir que existe competencia?, ¿se trata de competencia efectiva o potencial? En esta parte del trabajo, analizaremos si la infraestructura adyacente al AIJCH, existente a la fecha, puede ser considerada como competencia efectiva o potencial.

Para ello, es importante tener claro cuál es el alcance de cada uno de esos conceptos. Al respecto, la competencia efectiva está dada como aquella existente al momento de analizar el mercado, mientras que la competencia potencial es aquella que se proyecta a presentarse en un corto o mediano plazo tomando en cuenta las condiciones de mercado.

Actualmente, el AIJCH cuenta con aproximadamente 1.950 metros cuadrados destinados a oficinas operativas⁵⁵. Dicho espacio se ha ido reduciendo en el tiempo –desde que el

⁵⁵ Ver anexo 4.

concesionario asumió la administración del AIJCH en el 2001- debido principalmente a la delimitación de las actividades que se aprobó para ser desarrolladas en dichas áreas.

De acuerdo con la definición de competencia efectiva, estas áreas que TALMA (Lima Cargo City) dedica para el alquiler de oficinas, consideramos que sería competencia efectiva para el AIJCH, por su ubicación geográfica cercana, puede brindar el servicio de alquiler de espacios para oficinas operativas. Con relación a la competencia potencial para el alquiler de oficinas operativas, creemos que la probabilidad de que esta exista en un periodo corto sí es real y alta, en la medida que existen en este momento instalaciones colindantes al AIJCH con áreas acondicionadas para prestar el servicio de oficinas y que vienen siendo alquiladas a terceros, entre ellos, las aerolíneas.

La competencia efectiva está dada sobre todo por dos inmuebles colindantes al AIJCH, los cuales son de propiedad de terceras empresas que ya vienen operando desde hace unos años. Uno de ellos es el inmueble de propiedad de la aerolínea LAN, ubicada al norte del Jorge Chávez, con frente hacia la avenida Faucett. Esta construcción cuenta con un área de 2.500 m² aproximadamente. Actualmente, según la información obtenida, no se alquilan oficinas a terceros. Todo el inmueble viene funcionando como Centro de Entrenamiento - CAE.

De otro lado, se encuentra también el inmueble denominado Lima Cargo City, que es un importante y nuevo centro logístico adyacente al aeropuerto, el cual demandó una inversión de 35 millones de dólares aproximadamente y ha sido diseñado para albergar a los principales operadores de carga aérea. El complejo se inauguró el 12 de mayo de 2009 y su edificio principal cuenta con más de 12 mil metros cuadrados de modernas oficinas ocupadas –según la información pública- por aerolíneas, agencias bancarias y agencias de carga. De la investigación realizada, hemos tomado conocimiento que están alquilando oficinas a aerolíneas para el servicio de carga como son: Lan Cargo, Avianca, ATSA, KLM, Lufthansa, Delta Airlines y United Airlines. Cabe resaltar que una ventaja comparativa importante respecto de otra infraestructura colindante con el AIJCH, es que cuenta con acceso directo a la plataforma del AIJCH a través de un túnel, lo cual les permite agilizar sus operaciones, haciéndolas más eficientes al reducir costos y tiempos de operación.

Adicionalmente, de acuerdo con la información proporcionada por la entidad prestadora, una nueva empresa empezará a operar en área adyacente al perímetro del AIJCH, todo un centro logístico-comercial que se proyecta a ofrecer diversos servicios tales como oficinas, almacenes,

tiendas comerciales, hotel, entre otros. La empresa operadora será Inmobiliaria Terrano S.A., la cual ha suscrito, a finales del segundo trimestre del presente año, un contrato que le otorga el derecho de tener acceso directo hacia la plataforma del AIJCH a sus arrendatarios dedicados a las actividades de almacén de carga aérea. Eventualmente, más adelante, dependiendo de la demanda que pueda tener el alquiler de oficinas por parte de las líneas aéreas, podría acordarse el ingreso directo hacia la plataforma, constituyendo esto último una ventaja competitiva.

Como ya lo mencionamos anteriormente, estos edificios y centros logísticos cercanos al AIJCH constituyen competencia efectiva porque se está iniciando la oferta de alquiler de oficinas para desarrollar actividades operativas en esas infraestructuras como las que están detalladas para una oficina operativa regulada actualmente por OSITRAN.

2.2 Barreras de entrada y salida

Como hemos descrito en el Capítulo II, las barreras de entrada y de salida son importantes para que el regulador pueda evaluar si existe o persiste la condición de abuso de posición de dominio que crea algún tipo de restricción para la prestación del servicio de oficinas operativas. Es el regulador quien debe evaluar ello, puesto que es este ente rector quien debe decidir en el momento de revisión de cargos de acceso de acuerdo al REMA, si estas barreras se mantienen tal cual, han sufrido variaciones o han desaparecido, dando esto último origen a un eventual proceso de desregulación, de ser el caso.

En el caso materia de estudio, de ser cierto que existen espacios alquilados a las aerolíneas como oficinas, en otros establecimientos comerciales cercanos o no al AIJCH en donde se estarían realizando algunas de las actividades descritas como parte de lo que se debe realizar en las oficinas operativas (anexo 3), entonces estaríamos en el supuesto de que no existen barreras de entrada, por lo que el regulador OSITRAN –en su análisis de mercado- debería revisar tales condiciones para concluir probablemente, de que no se trata de una infraestructura ni servicio esencial y, por lo tanto, correspondería desregular este servicio y liberarlo de la fijación de cargos de acceso. Siendo ese el escenario, se permitiría que la entidad prestadora pueda disponer de sus áreas de la forma más eficiente, generando la maximización económica y por ello también eficiencia social.

De acuerdo con la información descrita en el anexo 8, existen aerolíneas alquilando espacios diferentes, cercanos al AIJCH, en los cuales –de acuerdo con la información obtenida- se

estarían realizando algunas de las actividades que deberían desarrollarse en las oficinas operativas. Si bien no todas las actividades, sí algunas de ellas.

Considerando el contexto descrito en el que actualmente se viene desarrollando el alquiler de oficinas para las aerolíneas, para el caso particular del AIJCH, creemos que sí existe competencia efectiva y también competencia potencial. Como ejemplos de ello podemos citar como competencia efectiva a Lima Cargo City (Talma) y como competencia potencial a LAN y a Terrano. Asimismo, consideramos que ha quedado claro que no existen barreras de entrada ni de salida puesto que los entrantes –en la práctica- han logrado el financiamiento, la construcción y operación de nuevas instalaciones que incluyen oficinas en otras instalaciones distintas al AIJCH que han sido alquiladas a algunas aerolíneas, donde realizan ciertas actividades señaladas como propias de la facilidad esencial (oficina operativa) en los términos del REMA.

3. Mercado relevante

Luego de haber realizado una revisión teórica de qué es mercado relevante y qué elementos debemos considerar para definirlo, pasaremos a evaluar el caso particular del mercado relevante para el servicio materia de análisis, el servicio de atención de tráfico de pasajeros y equipaje referido a las oficinas necesarias para las operaciones.

Con relación a las dos ópticas de mercado que hemos planteado precedentemente, respecto del mercado de producto o servicio, podemos definirlo como el mercado de servicio de alquiler de oficinas operativas para las líneas aéreas. La dimensión de este mercado se ve reducida toda vez que solo está orientado a un grupo diferenciado de consumidores (aerolíneas).

Ahora, para definir el mercado geográfico del servicio alquiler de oficinas operativas, nos podemos basar en las cuotas de mercado que tienen los actuales participantes y sus competidores, es decir, las empresas que ofrecen esos espacios. Actualmente, el alquiler de oficinas operativas para las aerolíneas lo tiene concentrado al 100% el operador privado del AIJCH, LAP, por lo que el mercado geográfico, inicialmente, se limitaría a dichos espacios. Sin embargo, en el presente estudio intentaremos demostrar que este mercado geográfico –así siga concentrado- podría ampliarse o extenderse en un futuro por elementos adicionales que expondremos más adelante. Además, cabe recordar lo comentado anteriormente, la existencia de una empresa con el 100% de participación en un mercado y la ausencia de competencia actual no implica directamente que se trate de una empresa con posición de dominio.

En aplicación de la metodología de determinación de mercado relevante desarrollada en el segundo capítulo, se debe evaluar si el alquiler de oficinas ofrecido por la entidad prestadora posee, desde el punto de vista de los usuarios de dicho servicio (es decir las líneas aéreas), uno o más sustitutos que satisfagan la necesidad de aquéllos de realizar determinadas actividades que hagan viable su operación aérea diaria en el aeropuerto.

En ese sentido, para definir el mercado del servicio en cuestión sí resulta relevante trabajar la sustituibilidad de la oferta, dado que como está el mercado en la actualidad, sí es conveniente examinar si existen espacios que cumplan con las características para una oficina operativa de línea aérea.

En ese contexto, por el lado de la oferta, significaría determinar si hay entrantes que puedan ofrecer este servicio como alternativa a lo que LAP ofrece en el AIJCH; es decir, se refiere a la capacidad que tienen los actuales operadores o los nuevos entrantes para ofrecer un servicio alternativo por parte de la empresa establecida que en este momento es LAP. Por el lado de la demanda se debe identificar si la infraestructura para brindar el servicio de alquiler de oficinas operativas tiene sustitutos suficientemente cercanos como para que el cliente o usuario intermedio esté dispuesto a alquilar oficinas fuera de las instalaciones del AIJCH, ante un eventual incremento en el nivel de precios o cargos establecidos por OSITRAN o simplemente frente a una oferta de precios menores a los cargos fijados. Entonces, lo que debería suceder frente a este hecho, es que se estaría confirmando la hipótesis de que sí existe un mercado potencial efectivo y hay competencia por el mercado.

Adicionalmente, desde la óptica de mercado geográfico, analizaremos si es viable construir una nueva infraestructura para brindar el servicio de alquiler de oficinas operativas por nuevos entrantes o utilizar la infraestructura cercana al aeropuerto, que ya existe, para brindar el servicio⁵⁶. Consecuentemente, aquí es importante valorar si estos nuevos entrantes constituirían realmente una fuente real de suministro alternativo para los consumidores (usuarios intermedios, es decir, las líneas aéreas). Las preguntas que nos surgen aquí son: ¿sería viable que las líneas aéreas demanden el servicio de alquiler de oficinas operativas en instalaciones ubicadas fuera del AIJCH y a un precio distinto?, ¿si el precio de alquiler de oficinas operativas ubicadas en el AIJCH se eleva, bajaría la demanda por parte de las líneas aéreas? La presunción

⁵⁶ Informe de Monitoreo de Mercado LAP 2012, GRE-OSITRAN en: <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/INFODESEMP2012LAP/Informe%20de%20Desempe%C3%B1o%202012%20LAP.pdf>

que asumimos en este supuesto es que las empresas ofertantes ubicadas en zonas distintas al AIJCH no encuentran obstáculos para ofrecer su oferta (alquiler de oficinas).

Dicho esto es importante evaluar las condiciones de entrada al mercado (barreras de entrada legales, estructurales, geográficas o estratégicas) y así determinar si la entrada de competidores nuevos (entrantes) es viable, oportuna y suficiente en magnitud para que se genere competencia de mercado.

Según el REMA, la atención de tráfico de pasajeros y equipaje, es decir, el alquiler de oficinas operativas, es un servicio esencial vinculado con la facilidad esencial definida en el REMA como el área de procesamiento de pasajeros y equipaje⁵⁷. Asimismo, sobre la base de lo establecido en el REMA, LAP, como entidad prestadora a cargo de la administración de la facilidad esencial oficina operativa, emitió el Reglamento de Acceso a la Infraestructura del AIJCH (en adelante el REA), en el cual se define específicamente para el AIJCH cuáles son los servicios esenciales así como las facilidades esenciales calificadas así por el OSITRAN. Es así que en el anexo 1 del REA⁵⁸ se establecen todos los requisitos que las aerolíneas deben cumplir a fin de poder acceder a una oficina operativa. Entre otros se encuentran, una carta fianza por un monto equivalente al triple de la renta y pólizas de seguros por monto entre los US\$ 50.000 y US\$ 500.000. Consideramos que estos requisitos no significarían un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en el mercado de alquiler de oficina operativas, todo lo contrario, ellos podrían ofrecer el servicio con condiciones mejoradas y menos exigentes para las líneas aéreas, para así hacer más atractiva su oferta.

Ahora bien, para describir el mercado relevante del servicio de alquiler de oficina operativas debemos distinguir dos etapas, la primera el momento en que el concesionario recibe el AIJCH en concesión y la segunda etapa, año 2014. En la primera etapa señalada, el alquiler de espacios para oficinas operativas de las líneas aéreas era ofrecido al 100% por el operador LAP, el cual concentraba como monopolio que era, la oferta de este servicio y tenía indiscutiblemente una posición dominante en el mercado. En ese sentido, en el año 2004 intervino el OSITRAN para regular el acceso por parte de los usuarios intermedios a aquella infraestructura (oficinas operativas) en manos del concesionario LAP que se calificó como servicio esencial. La intervención de OSITRAN en ese entonces resultó válida dado que en ese momento la única infraestructura que podía ofrecer ese servicio a las aerolíneas era el AIJCH y se encontraba en

⁵⁷ Ver anexo 1.

⁵⁸ Ver anexo 9.

manos de un único operador LAP. Cabe resaltar que por el año 2004, en las zonas colindantes con el AIJCH no existían otras infraestructuras con características determinadas que pudieran ofrecer el servicio de alquiler de oficinas operativas. Sin embargo, en la actualidad, año 2014, (segunda etapa), el mercado ha evolucionado y los alrededores del AIJCH y áreas colindantes se han desarrollado comercialmente, por lo que es indiscutible objetivamente que la realidad ha cambiado y las condiciones del mercado también.

En ese sentido, al día de hoy, las condiciones del mercado han variado y se ha creado nueva infraestructura muy cercana a las instalaciones del AIJCH, la cual cuenta con espacios acondicionados para oficinas. Ello no puede pasar inadvertido pues dichos espacios, en un futuro, podrían ser ofrecidos a las aerolíneas en alquiler y a un precio menor que lo que ese usuario intermedio paga actualmente en el AIJCH.

En concreto, las instalaciones existentes a la fecha y que vienen operando desde hace más de 4 años aproximadamente son el edificio de propiedad de la aerolínea LAN, ubicado en la zona norte del AIJCH y el inmueble de propiedad de Lima Cargo City ubicado al sur del AIJCH. En este punto cabe reiterar que la OACI, que es la máxima autoridad que regula los temas aeronáuticos y aeroportuarios a nivel internacional, en sus disposiciones no califica a las oficinas operativas –con los alcances del REMA- como un espacio esencial e indispensable con el que deba contar la línea aérea dentro del aeropuerto, pero el regulador OSITRAN sí lo calificó como una facilidad esencial vinculada al servicio esencial de oficinas operativas.

En ese contexto, si el mercado crece y empieza a ofrecer otras alternativas para el alquiler de oficinas a los usuarios intermedios con condiciones más beneficiosas que las existentes en el AIJCH y, además les permite desarrollar ahí sus actividades operativas, las líneas aéreas podrían optar por alquilar espacios fuera del AIJCH y así la competencia se generaría. Sin embargo, uno de los elementos importantes que consideramos se debe evaluar para que este supuesto sea viable, es verificar que las actividades que desarrollan las líneas aéreas en los espacios asignados como oficinas operativas sea posible desarrollarlas en áreas ubicadas fuera del AIJCH.

Las actividades que se detallan en el anexo 3, son principalmente de coordinación. Estas actividades probablemente en un determinado periodo (año 2001 al 2010) resultaba necesario realizarlas en el mismo aeropuerto y, para ello, era indispensable contar con un área destinada para cumplir con esas funciones. No obstante ello, hoy por hoy en opinión de especialistas

aeroportuarios y de aviación, la cual compartimos, tales actividades podrían llevarse a cabo en espacios no necesariamente ubicados al interior del AIJCH y más aun, en un futuro no muy lejano, con la nueva la tecnología, Internet, las comunicaciones, y demás avances tecnológicos, facilitarían que, incluso, tales coordinaciones se puedan realizar electrónicamente sin necesidad de contar con un espacio físico denominado oficinas operativas.

Otro elemento importante para este análisis, y que recalcamos, es que actualmente existen algunas líneas aéreas que transportan pasajeros y que operan en el AIJCH que no requieren de una oficina operativa dentro de las instalaciones del AIJCH⁵⁹, toda vez que todos los servicios que necesitan los tercerizan o los operan a través de la modalidad de código compartido⁶⁰. En ese orden de ideas, si existen aerolíneas que transportando pasajeros desarrollan a la fecha sus operaciones sin problemas y sin contar con oficinas operativas, nos lleva a pensar que la necesidad de tener un espacio físico en el mismo aeropuerto para desarrollar actividades operativas no existe.

En ese sentido, el mercado se abriría a la competencia y, consecuentemente, se dejaría de regular el servicio del alquiler de oficinas operativas en el AIJCH y los precios se regularían según la oferta y la demanda. En ese escenario, el precio por metro cuadrado para el alquiler de oficinas lo fijará el mercado y el participante más eficiente competirá por obtener la mayor cuota de mercado.

4. Existe poder de mercado o posición de dominio

Teniendo claro cuál es el alcance del concepto de poder de mercado, bajo el modelo de competencia perfecta, los productores actuando individualmente, no tienen la capacidad de influir en el precio de mercado, sino que lo toman como dato y en función del mismo deciden los niveles de producto a ofrecer; sin embargo, una empresa dominante o, en el extremo, monopólica, sí se encuentra en capacidad de influir por sí sola en los niveles de precios del mercado. El ejercicio de dicha capacidad (“poder de mercado”) en este último caso determinará la imposición de un precio monopólico⁶¹.

⁵⁹ Información proporcionada por LAP: Servicios Aéreos de los Andes S.A.C.

⁶⁰ Es una alianza suscrita entre dos o más aerolíneas, establecida con el objetivo de ofrecer a sus pasajeros la posibilidad de acceder a nuevos destinos y beneficios, mediante la ampliación de la red de rutas a través de vuelos operados por las aerolíneas aliadas. Tiene como propósito principal el “compartir” la venta de asientos en vuelos específicos, siendo una la operadora de la ruta (aeronaves, tripulaciones, permisos) y la(s) otra(s) actúan como comercializadoras de la ruta poniendo su código en los vuelos/rutas a los cuales aplique según acuerdo.

⁶¹ En: Informe N.º 053-2007-INDECOPI/ST-CLC elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, 2007, p. 17.

Por su parte, el abuso de posición de dominio conlleva a que una empresa cuente con un poder sustancial del mercado relevante (poder de mercado). Sin embargo, solo se puede hablar de abuso de posición de dominio, cuando este poder de mercado es mal utilizado para sacar ventaja indebidamente, como hacer cobros excesivos. Tenemos claro que el concesionario del AIJCH tiene una posición de dominio respecto de las oficinas operativas al ser un monopolio. Sin embargo, por los argumentos expuestos hasta aquí, consideramos que la existencia de otras empresas ofertantes iría en detrimento de la posición de dominio que tendría la entidad prestadora.

En el caso de las oficinas operativas, a través de este trabajo de investigación, hemos descrito la posibilidad concreta de que sí existen alternativas o competencia efectiva, como por ejemplo TALMA (Lima Cargo City), así como también podría darse en un futuro competencia respecto de las oficinas que tiene el edificio de LAN, ya que en este momento se utilizan para otros servicios o en las oficinas que más adelante ofrecerá Inmobiliaria Terrano.

5. Experiencias internacionales en la regulación de oficinas operativas

Como acertadamente afirma Enzo Defilippi (2012), en la mayoría de países, los aeropuertos son administrados por el Estado o están sujetos a una disciplina competitiva, por lo que la práctica regulatoria es prácticamente inexistente⁶².

En el presente subcapítulo hemos efectuado una investigación –a través de entrevistas escritas– respecto de qué ocurre en otros aeropuertos de la región en lo referente a las oficinas operativas en los términos definidos por el REMA, si estas se encuentran reguladas o no como facilidad y/o servicio esencial. Los países estudiados son Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y México; los resultados obtenidos se pueden observar en el anexo 11.

En todos los países mencionados hemos encontrado coincidencias y diferencias con relación al caso peruano. En algunos de los países estudiados no se ha regulado aún las facilidades y servicios esenciales; y, en los que sí existe algún tipo de regulación, se considera esencial a las oficinas operativas pero entendidas como *back office*, no con el alcance amplio que se le ha dado en el Perú.

a) Argentina

⁶² Disponible en: http://institutodelperu.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=764&Itemid=76

En el caso argentino, existe una entidad reguladora llamada el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) que tiene entre sus obligaciones la determinación de los servicios esenciales. Sin embargo, a la fecha, los servicios esenciales como las oficinas operativas no se encuentran definidas como servicio esencial ni facilidad esencial; según lo comentado por un funcionario de la ORSNA⁶³ a la fecha se viene trabajando para la determinación de ese tipo de servicios para cada escala de aeropuertos, considerando eventualmente regular como espacios esenciales mínimos a los mostradores de chequeo de pasajeros, oficina operativa (entendida como *back office*), y al menos un espacio o módulo de mantenimiento aunque sea mínimo.

En ese contexto, los espacios destinados para el uso de las oficinas operativas de las aerolíneas se tratan como espacios comerciales y la tarifa la determina la entidad prestadora. En el caso del Aeropuerto de Ezeiza (Buenos Aires) existe una limitación de la tarifa establecida en el contrato de concesión, la cual está condicionada a la proyección anual de ingresos y gastos, lo que conlleva a que la tarifa varíe en cada aeropuerto.

b) Brasil

Para la regulación brasilera, las oficinas operativas son consideradas esenciales para las operaciones de una aerolínea, considerando a los *back offices* como parte esencial en la operación de la aerolínea. En general, las áreas son cedidas a las empresas en acuerdo con el operador y si hubiera escasez de áreas, su distribución se hará de acuerdo con los criterios establecidos en su reglamento.

c) Colombia

Las oficinas operativas no se consideran ni facilidad ni servicio esencial. En ese contexto, las aerolíneas tienen que ajustarse a los espacios que el aeropuerto pueda ofrecerles y se trata de una relación de derecho comercial (privada). Solo existe una limitación para el concesionario: no podrá cobrar como canon de arrendamiento sumas superiores al 85% del valor de los arrendamientos vigentes para inmuebles de estrato seis en la ciudad en que se encuentre el respectivo aeropuerto, según avalúo efectuado por la lonja de propiedad raíz correspondiente a la respectiva ciudad.

⁶³ Ver anexo 2.

d) Chile

Las oficinas para las líneas aéreas no son consideradas servicio esencial. Según la información recabada, en el aeropuerto de Santiago, incluso, hay líneas aéreas que no requieren espacios para usarlas como oficinas.

e) Ecuador

En el vecino país del norte, en el contrato de concesión se ha establecido la obligación de proporcionar como una facilidad esencial, las áreas denominadas de chequeo de pasajeros que incluyen mesones de chequeo de pasajeros y equipajes (*check-in*); banda transportadora de equipajes y unos pequeños *back office* considerados como oficinas de apoyo a mesones de chequeo, ubicados detrás de los mostradores. Como se desprende claramente, en Ecuador se entiende como facilidad esencial a la oficina operativa pero restringida a los que se conoce como los *back offices*. Adicionalmente, ofrecen espacios de mayor metraje a las aerolíneas que los otorgan bajo condiciones comerciales.

f) México

El Reglamento de la Ley de Aeropuertos precisa que en un edificio terminal se regulan como servicios aeroportuarios las áreas indispensables para oficinas de tráfico y operaciones de transportistas y autoridades, en sus modalidades de acceso, o en su caso de arrendamiento. En ese orden de ideas, las oficinas operativas se consideran como un servicio esencial para las aerolíneas (entendidas como *back offices*).

Capítulo IV. Actuación del regulador

1. Oficina operativa: facilidad y servicio esencial

Como detalláramos anteriormente, las oficinas operativas que emplean las distintas líneas aéreas para realizar parte del proceso de atención de tráfico de pasajeros y equipaje califican – según el REMA- como una facilidad y como un servicio esencial. En atención a lo dispuesto en el REMA, como hemos señalado, en el REA se listaron las actividades que se consideraban como necesarias para ser desarrolladas en las oficinas operativas.

Como ya se ha mencionado, de las 14 actividades listadas como las labores que se puedan realizar en una oficina operativa, 12 de ellas⁶⁴ se pueden desarrollar en un lugar distinto del aeropuerto; es decir, la aerolínea no requiere necesariamente de un espacio dentro del aeropuerto para poder realizar esas tareas. En ese sentido, las dos actividades restantes⁶⁵ son las que propiamente se efectúan en las *back offices*.

No nos queda duda de que la definición de qué actividades debían considerarse esenciales y necesariamente debían desarrollarse dentro de un aeropuerto fue complicada al no tener antecedentes de regulación de oficinas operativas en el Perú ni en la región. Tanto la entidad prestadora como el regulador definieron qué actividades eran las necesarias de ser desarrolladas dentro del aeropuerto. Quizá, en el contexto en que se definieron tales tareas, sí resultaba imprescindible que estas sean ejecutadas únicamente en un espacio del aeropuerto, pero como lo hemos venido señalando, las condiciones del mercado han variado y, por lo tanto, la calificación de esencial que tiene la oficina operativa debería ajustarse a dichos cambios.

En ese sentido, por lo señalado, y de la investigación y análisis realizados, no necesariamente todas las actividades desarrolladas dentro de una oficina operativa constituyen actividades o servicios esenciales –desde el punto de vista regulatorio- que se deban prestar necesariamente dentro de las instalaciones de un aeropuerto, considerando, además, como se ha expuesto en los capítulos anteriores, que en el caso específico del AIJCH, existe competencia efectiva y potencial de proveedores cuyas edificaciones colindantes o adyacentes con el AIJCH, ofrecen infraestructura con características similares a la ofrecida por la entidad prestadora. Esta oferta adicional a la existente en el AIJCH, que permitiría a los usuarios satisfacer sus necesidades,

⁶⁴ Los 12 primeros puntos del anexo 3.

⁶⁵ Los dos últimos puntos del anexo 3.

nos lleva a reflexionar sobre el tema en el sentido de determinar si las oficinas operativas deben seguir siendo consideradas como una facilidad y como un servicio esencial.

De acuerdo con la definición de servicio esencial señalada en el REMA, si un servicio que se presta no requiere utilizar necesariamente una facilidad esencial entonces no califica como servicio esencial. De otro lado, conforme se desprende de lo establecido en el REMA, las condiciones que debe cumplir una instalación para ser calificada como facilidad esencial es que el ser duplicada o sustituida no resulte eficiente técnica ni económicamente. En el caso analizado, la facilidad esencial denominada área de procesamiento de pasajeros y equipaje referida a la oficina operativa, sí es factible que sea duplicada y sustituida por otros espacios ubicados en instalaciones adyacentes a la del AIJCH, como efectivamente existe en infraestructura cercana al aeropuerto. En ese sentido, no se estaría cumpliendo una de las condiciones que debe tener una infraestructura para ser calificada como facilidad esencial. Con esta eventual sustitución de espacios, al existir competencia, sería más eficiente la asignación de áreas en el AIJCH.

2. El acceso a las oficinas operativas

De acuerdo con lo dispuesto en el REMA, y como lo comentamos anteriormente, el usuario intermedio –en el presente caso la aerolínea- puede llegar a suscribir un contrato de acceso con la entidad prestadora para acceder a la facilidad esencial a través de tres procedimientos para el acceso: (i) por negociación directa, (ii) por subasta y (iii) emisión de mandatos de acceso. En esta oportunidad nos vamos a enfocar en el primero y en el último de los procedimientos mencionados, toda vez que son los que se han aplicado, hasta la fecha, para la facilidad y servicio esencial en cuestión en el AIJCH.

En virtud de lo dispuesto en el REMA, el proceso se inicia con el pedido del usuario intermedio dirigido a la entidad prestadora solicitando el espacio que requiere para desarrollar el servicio esencial, ésta se conoce como la etapa de negociación directa. En el caso de no llegar las partes a un acuerdo satisfactorio dentro del plazo establecido, el usuario intermedio recurre al organismo regulador para que sea éste el encargado de determinar los términos y condiciones sobre los cuáles no se ha llegado a un consenso, emitiendo para estos efectos un mandato de acceso. Lo que ha demostrado la experiencia para el caso específico de las oficinas operativas, es que la principal controversia surgida entre las partes está en la definición del cargo de acceso (valor por metro cuadrado). Los usuarios intermedios, que posteriormente a la emisión del

mandato de acceso, soliciten acceso a la entidad prestadora la facilidad esencial, suscribirán un contrato de acceso en forma directa, conteniendo los mismos términos y condiciones recogidos en el mandato de acceso ya aprobado.

En el caso específico del AIJCH, actualmente la entidad prestadora LAP tiene mandatos de acceso emitidos por OSITRAN a favor de algunas aerolíneas, mientras que con otras ha suscrito contratos de acceso. En el anexo 10 del presente trabajo se detalla qué aerolíneas tienen mandato de acceso y cuáles contratos de acceso. En dicho cuadro resumen, se observa que el mayor número de aerolíneas cuentan con mandato de acceso, por lo que podemos afirmar que la negociación directa con las líneas aéreas es muy complicada de concluir satisfactoriamente, lo que obliga a las partes a que sea un tercero –según lo previsto en las normas vigentes, el organismo regulador OSITRAN- quien defina las condiciones del “acuerdo” respecto del cargo de acceso principalmente.

3. La oficina operativa debe ser un servicio esencial

Según las opiniones técnicas y operativas recogidas a lo largo del presente documento, la mayoría de actividades listadas como esenciales y que deben desarrollarse en una oficina operativa no necesariamente deben efectuarse dentro de las instalaciones del aeropuerto, toda vez que pueden realizarse, ejecutarse o coordinarse –como hemos mencionado- desde fuera del recinto aeroportuario, ya sea porque se cuenta con un espacio similar o por otros medios, como los tecnológicos por ejemplo. En ese sentido, las oficinas calificadas como necesarias para la operación de la línea aérea no es un servicio esencial asociado a la atención del tráfico de pasajeros y equipaje.

Adicionalmente, si hoy por hoy las actividades desarrolladas en una oficina operativa no es un servicio esencial, consecuentemente, la realización de tales labores no requiere de la facilidad esencial denominada en el REMA como área de procesamiento de pasajeros y equipaje para ser provisto. Por lo tanto, el área -destinada para el procesamiento de pasajeros y equipaje- que califica como facilidad esencial, debería limitarse solo a los *counters* de *check in* y no incluir el alquiler de oficinas operativas.

En ese orden de ideas, al no ser la atención de tráfico de pasajeros y equipaje referida a las oficinas necesarias para las operaciones un servicio esencial y, además, al venir desarrollándose

en un mercado donde existe competencia⁶⁶, corresponde -en nuestra opinión- que el servicio sea desregulado. En ese contexto, proponemos que dicho servicio se declare como no esencial y sea retirada de la lista del REMA. A estos efectos, estamos incluyendo en el anexo 13 de esta investigación, una propuesta de modificación a algunos artículos del REMA y a sus anexo 1 y 2, así como en el anexo 12, presentamos nuestra propuesta de lineamientos generales para desregular servicios y/o facilidades calificadas como esenciales, dado que actualmente no existe algo similar, al menos en materia de infraestructura de transporte de uso público⁶⁷.

⁶⁶ De acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN basta con que exista condiciones de competencia –debidamente fundamentadas- para proceder con desregular la tarifa de un servicio. En la anterior versión del RETA, se establecía que se desregulaba siempre que se verificara la existencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado.

⁶⁷ Cabe señalar que originalmente en la resolución que aprobó el RETA de OSITRAN, se estableció un procedimiento de desregulación tarifaria de servicios públicos de transporte. Sin embargo, mediante la Resolución N.º 003-2012-CD-OSITRAN, publicada el 01 febrero de 2012, dicho procedimiento fue dejado sin efecto.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

La regulación económica sobre un monopolio natural debe justificarse evaluando si los beneficios de la intervención son superiores a los costos y que como resultado de ello se maximice el bienestar social.

Una instalación es esencial cuando están involucradas estructuras básicas e imprescindibles que sirven para que los agentes económicos se desarrollen y compitan en una actividad concreta. Así, una facilidad o un servicio pueden ser considerados como indispensables cuando carecen de sustitutos razonables, pues de lo contrario perderían ese carácter. Asimismo, si un competidor pudiera duplicar la facilidad a un costo razonable, el acceso del interesado a la facilidad del monopolista perdería el carácter de esencial.

Las decisiones regulatorias que imponen el acceso a las instalaciones esenciales del controlador, operador, concesionario o propietario, tienen implicancias importantes para los inversionistas, constructores y operadores de grandes proyectos de infraestructura. En ese sentido, la calificación de esencial que las autoridades competentes puedan regular a fin de controlar la posición de dominio, debe estar cuidadosamente evaluada, considerando criterios cuyos alcances estén claramente definidos, lo cual conllevará a reducir al mínimo el grado de discrecionalidad de las decisiones regulatorias que se tomen por las autoridades competentes.

Frente a las transformaciones que puede sufrir un mercado o industria determinada, todos los agentes económicos, deben adaptarse a tales circunstancias, buscando ofrecer mejores servicios a sus usuarios. En ese sentido, para el caso de la industria del transporte aéreo, las aerolíneas deberán adaptarse para hacer frente a la evolución del mercado y/o a los nuevos requerimientos que exige dicha industria, revisando y actualizando sus procedimientos para realizar procesos más eficientes.

Conforme se ha descrito a lo largo de la presente investigación, resulta evidente que el contexto del 2003 (año en el que se determinó que las oficinas operativas eran una facilidad esencial) ha cambiado, toda vez que en ese entonces, el AIJCH era la única infraestructura que podía ofrecer un espacio de oficinas a las líneas aéreas para que puedan desarrollar las actividades propias de su operación. Sin embargo, hoy por hoy, la presencia o aparición de nuevos agentes

económicos, tales como Lima Cargo City y LAN, que cuentan con infraestructuras que ofrecen o pueden ofrecer a las aerolíneas, espacios de oficinas con similares características que las que se encuentran en el AIJCH, ha llevado a que las áreas destinadas para las oficinas operativas de las líneas aéreas en el AIJCH dejen de ser esenciales o indispensables para desarrollar su operación. En ese sentido, la calificación de facilidad esencial de una oficina operativa debe ser revisada por el regulador a fin de ajustarla a los cambios del mercado y a la evolución de la industria aeronáutica y, como consecuencia de ello, dicha facilidad debe ser desregulada, es decir, no se debe regular el acceso a la misma.

Si un mercado se desarrolla en condiciones de competencia, en el cual el o los competidores hacen que se pudiese disciplinar el comportamiento del operador monopólico, entonces no es necesaria la participación del regulador para la fijación de las condiciones y los cargos de acceso. En ese sentido, si existe regulación de acceso respecto de un servicio o facilidad determinada, ésta deberá limitarse y, de tratarse de un nuevo servicio, el regulador deberá evaluar las condiciones del mercado en el marco de los lineamientos que se proponen en la presente investigación y, de ser el caso, incorporarlo, o no, en el régimen de acceso.

La desregulación de una facilidad esencial no implica que el regulador pierda competencia absoluta sobre ese mercado de servicios. Al ser el propio mercado el que regula la entrada y la salida de los distintos agentes económicos, la necesidad de la intervención del regulador se debilita, sin que ello implique que deba desaparecer. En ese escenario, el regulador no ejercerá su función reguladora pero sí la supervisora (monitoreo), verificando que el comportamiento del mercado que ha sido desregulado mantenga las condiciones que justificaron tal desregulación.

Recomendaciones

Por los argumentos expuestos a lo largo del presente documento, a continuación presentamos las siguientes recomendaciones:

Siendo que las oficinas operativas –por los cambios producidos en el mercado- ya no califican como un servicio esencial al no ser indispensable que las actividades realizadas en dichos espacios sean efectuadas necesariamente dentro de las instalaciones de un aeropuerto, deben ser retiradas de la lista de servicios esenciales del REMA.

La desregulación de determinados servicios y/o facilidades –relacionados con infraestructura de transporte público- podría hacerse necesaria para algunos casos particulares, sobre todo frente al dinamismo de algunas industrias. En ese sentido, a fin de evitar una abierta discrecionalidad en el actuar del regulador, por los principios de transparencia, predictibilidad, consistencia y seguridad jurídica, entre otros, resulta importante que se aprueben lineamientos generales para ser aplicados en un procedimiento de desregulación de servicios y/o facilidades esenciales en el marco de lo contemplado en el REMA. Para definir los lineamientos generales que se proponen, se ha tomado como precedente dos casos reales en los que una entidad reguladora ha debido desarrollar un análisis de las condiciones de la competencia -existente y futura- para determinar si correspondía desregular el servicio. Estos casos prácticos se han descrito con mayor detalle en el anexo 14 de este documento.

Estos lineamientos generales deberían ser aprobados mediante una resolución de Consejo Directivo de OSITRAN. Al establecerse los lineamientos generales que serán evaluados en el análisis de un eventual supuesto de desregulación, el interesado podrá tener mayor certeza respecto de si la situación que desea plantearle al regulador como un posible supuesto de desregulación, encaja dentro de los alcances de los lineamientos preestablecidos por el propio regulador.

Los criterios que proponemos deberían ser recogidos en los lineamientos generales a ser aplicados en la evaluación de un supuesto de desregulación -entre otros- son los siguientes:

- Identificación del servicio o facilidad esencial.
- Análisis del mercado relevante, tanto desde el punto de vista del producto o servicio como de su dimensión geográfica. Este análisis se deberá realizar a través de variables como la participación de mercado, las barreras a la entrada, la estructura del mercado, la presencia de sustitutos al servicio, y el poder de mercado de la empresa, evolución de algunas variables de mercado como nuevos entrantes, tamaño de mercado, nuevos servicios, precios, inversiones, empleo e intensidad de la competencia.
- Evaluación de las condiciones del mercado para determinar la existencia de competencia por un mismo producto o servicio entre los distintos agentes económicos. Esta competencia puede ser tanto efectiva como potencial, ambas o cualquiera de ellas, debidamente acreditada.
- Existencia de barreras de entrada y/o salida al mercado relevante.

- Indicadores de mercado: el índice HHI para revisar la concentración y/o participación del mercado y, de ser el caso, el índice de Lerner para definir número de competidores y poder de mercado de la empresa monopólica.
- Análisis de la posibilidad actual o futura de sustituir el servicio o producto: aparición de nuevas infraestructuras, nuevos productos, avances tecnológicos, mejoras en los procesos de las empresas⁶⁸, etc.
- *Benchmarking* comparando el servicio ofrecido o el tratamiento de determinada infraestructura en otros países, sobre todo de la región.

Tales criterios los hemos desarrollado con mayor detenimiento en una propuesta denominada “Lineamientos aplicables para el procedimiento de desregulación de los servicios y/o facilidades esenciales en el marco de lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso (REMA)” que se encuentra contenida en el anexo 12 del presente documento.

Adicionalmente a la aprobación de los lineamientos generales recomendados, se debería realizar ciertas modificaciones a algunas disposiciones en el REMA a fin de adecuarlas a la posibilidad de iniciar un proceso de desregulación, sea de oficio o a petición de parte interesada, respecto de un servicio y/o facilidad calificada como tal. En ese sentido, nuestra propuesta de modificación al REMA está recogida en el anexo 13 de esta investigación.

⁶⁸ En el caso de las aerolíneas, mejoras en el proceso de embarque de pasajeros y carga.

Bibliografía

Aramayo Baella, Abelardo; Gagliuffi Piercechi, Ivo; Maguiña Pardo, Ricardo; Rodas Ramos, Carlos; Sosa Huapaya, Alex; Stucchi López Raygada, Pierino (2013). *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Primera edición. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI.

Araya Ibáñez, Álvaro, (2011). *Doctrina de las facilidades esenciales en los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia..*(Documento en Internet). Novoa & Araya Abogados Limitada, Serie notas y artículos de interés. Setiembre. Fecha de consulta: 14/05/2014. http://www.nyaabogados.cl/docs/NotasyArticulosNA_N1_Facilidades%20Esenciales.pdf

Aula Fácil. “La estructura del mercado”. *Aula Fácil*. Fecha de consulta 17/11/2014. Disponible en: <http://www.aulafacil.com/cursosenviados/cursomicroeconomia/Lecc-17.htm>

Bello Martínez-Crespo, María del Pilar y Hernández Rodríguez, Francisco (2009). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Thomson-Aranzadi.

Centro de Investigación de la Universidad Pacífico (2007). *Estudio de desregulación tarifaria del servicio de larga distancia. Mayo – octubre 2007*. Lima. Universidad del Pacífico.

Comisión Federal de Competencia México. “Documento de referencia sobre poder sustancial de mercado” *Centro Regional de Competencia para América Latina*. Fecha de publicación: 11/07/2014/. Fecha de consulta 17/11/2014. Disponible en: <http://www.crcal.org/component/search/?searchword=Documento%20de%20referen&searchphrase=all&Itemid=101>

Diario Oficial de las Comunidades Europeas (1997). “). “Acts adopted under Title V of the Treaty on European Union””. *Eurlex*. Fecha de publicación. 9/12/1997, FECHA DE CONSULTA: 18/11/2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/AUTO/?uri=OJ:L:1997:338:TOC&qid=1421105517123&rid=801>

Defilippi, Enzo (2014). "El libre mercado como religión". Sección económica. En: Diario El Comercio. Fecha de publicación: 27/3/2014. Fecha de consulta: 17/04/2014. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/opinion/libre-mercado-como-religion-enzo-defilippi-noticia-1718651>

Defilippi, Enzo (2014). “Regulación de acceso en terminales portuarios: lecciones de las mejores prácticas en telecomunicaciones, electricidad, gas natural y ferrocarriles”. En: Instituto del Perú. fecha de publicación: noviembre 2009. Fecha de consulta: 28/04/2014. Disponible en: http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Publicaciones/DeInstitutodelPeru/LIB/regulacion_de_acceso_en_terminales_portuarios_defilippi_enzo_2010.pdf

Diez- Canseco Núñez, Luis José (2000). “Competencia e integración en América Latina. Su importancia y los temas que deberían ser considerados”. *Temas de derecho industrial y de la competencia*, 2000 N.º 4, paginas 49-62.

Durand Carrión, Julio (1995). Tutela jurídica del consumidor y de la competencia. Primera Edición. Lima: Osbac S.C.R. Ltda. Perú.

Elías Rojas, Fernando (2011). *Libre Competencia*. [en línea]. Fecha de consulta: 28/04/2014. Disponible en: <http://www.slideshare.net/yanguito/libre-competencia>

Emparanza Sobejano, Alberto (2000). *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Primera Edición. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

Fernández-Novoa Rodríguez, Carlos (1979). Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Tomo 6, 1979-1980, págs. 261-276

Flint Blanck, Pinkas (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia estudio exegético del D.L. 701 legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gellhorn, E. (1986). “Climbing the antitrust Stair case”. *The Antitrust Bulletin*, 1986, Vol. 31, num. 2.

Giner Parreño, Cesar A (1994). *Distribución y libre competencia* (el aprovisionamiento del distribuidor). Madrid: Editorial Montecorvo S.A.

Grupo AENA (2014). “Descubrir el transporte aéreo”. *AENA*. Fecha de consulta: 05/05/2014. http://www.aena.es/csee/Satellite?MO=5&SMO=2&c=Microsite_FA&cid=1069405145105&p=1069068239580&pagename=Microsite%2Fmicrosite

ICT Regulation Toolkit. “Quantitative Tests For Market Power”. [en línea]. Fecha de consulta: 30/10/2014. Disponible en: <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/toolkit/notes/practicenote/2880>

International Air Transport Association (2004). *Airport Development Reference Manual (Manual de Referencia de desarrollo de Aeropuertos)*. 9ª edición. Montreal: International Air Transport Association.

Motta, Massimo. “Material sobre marco conceptual de trabajos sobre competencia”. *Universidad de la República – Facultad de Ciencias Económicas*. Fecha de consulta 17/11/2014. Disponible en: http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catindus/materiales/Marco_Conceptual_sobre_Competencia_Motta.pdf

Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones de la República de Costa Rica (2009). “Informe IT-GST-016-2009. Criterio técnico-económico sobre declaratoria de mercados relevantes”. [en línea]. Costa Rica. Fecha de consulta: 15/11/2014. Disponible en: <http://telecom.go.cr/index.php/publicaciones/informes-tecnicos/telecom/informes-tecnicos/informe-tecnico-sobre-la-declaratoria-de-mercados-relevantes-que-la-sutel-sometiera-a-consulta-v/detail>

Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD). “The Essential Facilities Concept”. [en línea]. Fecha de consulta: 02/05/2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). “Contrato de Concesión”. Sección Entidades Prestadoras, Aeropuertos, Contrato. Fecha de consulta: 30/03/2014. http://www.ositran.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?GRU=18&CLA=23&ELE=119

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), Informe de Desempeño de la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge

Chávez (2012), Fecha de consulta 01/05/2014. <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/INFODESEMP2012LAP/Informe%20de%20Desempe%C3%B1o%202012%20LAP.pdf>

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). “Informe de monitoreo de mercado LAP 2012”. OSITRAN. Fecha de consulta: 05/05/2014. Disponible en: <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/INFODESEMP2012LAP/Informe%20de%20Desempe%C3%B1o%202012%20LAP.pdf>

Organización de Aviación Civil Internacional (1987). *Manual de Planificación de Aeropuertos*: Documento 9184-AN/902 Parte 1, Segunda Edición. Montreal: Organización de Aviación Civil Internacional.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2006). *Reglamento de Acceso a la Infraestructura del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez – REA*. Lima: OSITRAN.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2006). *Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público*. Lima: OSITRAN.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2004). *Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA)*. Lima: OSITRAN.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2009). *Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA*. Lima: OSITRAN.

Phillips, C. (1993). *The Regulation of Public Utilities*, Arlintong: Public Utilities Report.

Quintana, Eduardo (2013). *Libre competencia*. Primera Edición. Lima: INDECOPI.

Ruiz Ojeda, Alberto (2013). *Fundamentos de Regulación y Competencia (El diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas)*. Primera Edición. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A.

Transportes Aéreos del Continente Americano. “Códigos Compartidos”. TACA. [En línea]
Fecha de consulta: 05/05/2014. Disponible en: <http://www.taca.com/esp/pyr/cod/codmai.asp?id=73>

Ugarte Soto, Alfredo. “Facilidades esenciales y abuso de posición dominante”. [en línea]. Chile: Revista de derecho - RDUCN Vol.20 N°2 Coquimbo 2013. Fecha de consulta: 05/05/2014. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000200009&script=sci_arttext

United States of America v. Terminal Railroad Association. “U S v. terminal railroad ass'n of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912) 224 U.S. 383”. *Find Law For Legal Professionals* of St. Louis. Fecha de consulta: 06/05/2014. Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=224&invol=383>

Waller, Spencer Weber y Tasch, William. “Harmonizing Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, N° 3, pp. 741-767. Fecha de consulta: 05/09/2011. Disponible en <http://search.proquest.com/docview/649575997?accountid=16788>

Anexos

Anexo 1. Relación de facilidades y servicios esenciales para aeropuertos según el REMA

Lista de facilidades esenciales sujetas al REMA

AEROPUERTOS

- 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.

Lista de servicios esenciales sujetos al REMA

AEROPUERTOS

- Rampa o asistencia en tierra (autoservicio/terceros).
- Abastecimiento de combustible.
- Atención de tráfico de pasajeros y equipaje (oficinas necesarias para las operaciones y *counters*).
- Mantenimientos de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas.

Anexo 2. Relación de entrevistados

Especialistas aeroportuarios

- Sr. Carlos Antonioli Delucchi – gerente de operaciones de Lima Airport Partners S.R.L., Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (Lima, Perú).
- Dra. Emiliana Villa Mejía – directora jurídica de AIRPLAN S.A., Aeropuerto Internacional José María Córdova (Medellín, Colombia); evilla@airplan.aero
- Dr. Diego Raúl Gonzales – gerente legal de Aeropuertos Argentina 2000, Aeropuerto de Ezeiza (Buenos Aires, Argentina); dgonzalez@aa2000.com.ar
- Dra. Laura Franco – gerenta del Departamento Legal de Terminal Aeroportuaria de Guayaquil S.A. TAGSA, Aeropuerto de Guayaquil (Guayaquil, Ecuador); lfranco@tagsa.aero

Entrevistados a través del consultor Dr. Eduardo Flores

- Dr. Manuel De La Torre Meléndez - exgerente legal en OMA Grupo Aeroportuario (México).
- Dr. Alfredo Domínguez – gerente legal en OMA Grupo Aeroportuario del Centro Norte (México).
- Sr. Marcelo Teneos - subgerente de Finanzas y Control de Gestión en SCL Terminal Aéreo Santiago S.A. Sociedad Concesionaria S.A. Sociedad Concesionaria (Chile).
- Sr. Hans Schrader - gerente contralor en SCL Terminal Aéreo Santiago S.A. Sociedad Concesionaria.
- Sr. David Dueñas S. - representante alterno de Chile en el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).
- Sr. Luiz André Gordo - especialista en regulación de aviación civil: Gerencia de Regulación Económica de la Administración Nacional de la Aviación Civil (ANAC) – Brasil.

Funcionarios de aerolíneas

- Sra. Susana Mantilla - directora de Asuntos Aeronáuticos (AVIANCA). 2961susana.mantilla@avianca.com

Funcionario de organismo regulador

- Sr. Juan Pablo Picasso – gerente de Regulación Económica Financiera en el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos – ORSNA (Argentina).

Consultores

- Sr. Enzo Defilippi – socio de Intelfin – Inteligencia Financiera S.A.C.
- Sr. Gonzalo Tamayo – socio de Macroconsult.
- Dr. Eduardo Flores – especialista aeronáutico - efloresdc@gmail.com

Anexo 3. Actividades que se pueden realizar en las oficinas operativas

- Programación y reprogramación de los vuelos.
- Programación y reprogramación de aeronaves para los diferentes vuelos.
- Programación de los tripulantes técnicos y auxiliares.
- Confección de planes de vuelo (análisis de la carpeta meteorológica de ruta y lugar de destino, mapas de rutas, niveles de vuelo, aeródromos alternos, de acuerdo a los NOTAM vigentes y otros).
- Confección del formato de peso y balance de la aeronave y equipaje.
- Programación de la atención de agentes de tráfico para la atención a pasajeros.
- Coordinaciones previas (*Briefing*) sobre novedades o condiciones especiales para determinados pasajeros en la atención a los pasajeros antes del *check in*.
- Confirmaciones y reconfirmaciones de vuelo.
- Reclamo de equipaje rezagado.
- Cierre de vuelo.
- Coordinación con encargados de operación de rampa, carga y mantenimiento.
- Almacenamiento de materiales de oficina para uso exclusivo de la Oficina Operativa.
- Distribución de materiales para el *check in* (etiquetas/*Tags* y otros).
- Facturación de exceso de equipaje (incluyendo cálculo de exceso de peso, cuando no es posible hacerlo en el *counter*).

Anexo 4. Área (m²) de oficinas operativas en el AIJCH

Oficinas operativas (m²)

AÑOS	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014*
M2	4,199	3,939	3,505	3,120	3,362	3,723	3,837	4,045	3,826	3,233	3,138	3,267	2,799	1,950

* Al mes de abril

Fuente: LAP. Elaboración propia, 2014

Anexo 5. Número de operaciones y pasajeros internacionales en el AIJCH (2001-2013)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Aeronaves	72,163	70,326	70,271	72,338	73,284	77,325	92,880	98,734	104,965	120,496	135,083	148,326	153,123

Fuente: LAP

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Pax Int	2,176,803	2,421,643	2,531,646	2,852,814	3,256,371	3,386,847	4,129,022	4,571,099	4,830,282	5,144,606	5,869,963	6,428,302	6,994,030

Fuente: LAP

Anexo 6. Tarifas de oficinas al 2001 (antes de la concesión del AIJCH)

<u>Arrendamiento de oficinas para las líneas aéreas</u>		
Precios no Incluyen IGV	US\$ / mes	
<i>Oficinas en el terminal</i>		
- Hall principal	9,80	Por m ²
- Ampliación nacional	9,80	Por m ²
- <i>Mezanine</i>	13,40	Por m ²
- Rampa embarque de equipaje	9,80	Por m ²
- Edificio central	13,40	Por m ²
- Otros	13,40	Por m ²

Fuente: LAP. Elaboración propia, 2014

Anexo 7. Cargos de acceso de oficinas operativas (2007 al 2016) en el AIJCH

Periodo	Años	Cargos en proyecto de mandato de acceso*	Cargos fijados en mandato de acceso	Observaciones
		US \$ / M ²	US \$ / M ²	
2007-2009	2007	18,52	14,27	
	2008	21,37	21,41	
	2009	29,98	32,11	
2010-2013		-	31,99	Cargo único
2013-2016		-	32,91	Cargo único

*Considerando propuesta LAP

Fuente: LAP. Elaboración propia, 2014

Anexo 8. Relación de oficinas alquiladas por aerolíneas en las instalaciones de Lima Cargo City

Cliente	Oficina	M2
LAN	401-402	539
LAN		
LAN		
LAN		
LAN		
LAN		
AVIANCA	1er PISO	352
KLM	404	135.06
KLM	404	
DELTA	405	126.65
DELTA	406	
UNITED	412	61.98
LUFTHANSA	409	134.98
LUFTHANSA	410	

Fuente: Talma. Elaboración propia, 2014

Anexo 9. Anexo 1 del REA

Atención de tráfico de Pasajeros y Equipaje (oficinas necesarias para la operación y counters)	Cumplimiento de los requisitos especiales de la DGAC y el MTC
	Garantía de Fiel Cumplimiento: Carta fianza bancaria por el triple de la renta mensual inc. IGV. El monto mínimo será de US\$ 1,000.00.
	Responsabilidad Civil hasta por US\$ 50,000.00 para oficinas con un área en el rango entre 1m2 y 50m2. - Responsabilidad Civil hasta por US\$ 100,000.00 para oficinas con un área entre 51m2 y 100m2. - Responsabilidad Civil hasta por US\$ 500,000.00 para oficinas con un área de más de 100m2.
	Reglamento de Uso de Aeropuerto.
	Procedimiento en caso de fallecimiento.
	Procedimiento para atención de accidente de persona.
	Instrucciones específicas de seguridad.
	Procedimiento para la coordinación y gestión de enlace con los transportadores aéreos.
	Procedimiento de monitoreo ambiental.
	Instrucciones específicas de rescate.
	Cronograma Anual de simulacros.
Procedimiento en caso de colisión.	
	Procedimiento de supervisión de cumplimiento del Contrato y del Nivel de Calidad de Servicio.
	Instructivo para la asignación de posiciones de Trabajo en Mostradores y el Uso de área de Check-in en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.
	Normas Anticorrupción.

Fuente: REA

Anexo 10. Cuadro resumen de aerolíneas con oficinas operativas (a abril 2014)

	AEROLINEAS	TIPO DOC
1	AEROLINEAS ARGENTINAS S.A.	MANDATO
2	AIR CANADA SUCURSAL DEL PERU	CONTRATO
3	AEROMEXICO	MANDATO
4	AIR EUROPA LINEAS AEREAS S.A. SUCURSAL DEL PERU	MANDATO
5	AMERICAN AIRLINES INC. SUCURSAL DEL PERU	MANDATO
6	AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.	MANDATO
7	SERVICIOS AÉREOS DE LOS ANDES S.A.C	NA
8	COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACION S.A. SUCURSAL DEL PERU	CONTRATO
9	CONTINENTAL AIRLINES INC SUCURSAL DEL PERU	MANDATO
10	DELTA AIRLINES INC SUCURSAL DEL PERU	MANDATO
11	IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA S.A.	MANDATO
12	KLM ROYAL DUTCH AIRLINES	MANDATO
13	LAN PERU S.A.	MANDATO
14	LATAM AIRLINES	MANDATO
15	LC PERU	CONTRATO
16	PERUVIAN AIR LINES	CONTRATO
17	SPIRIT AIRLINES INC SUCURSAL DEL PERU	CONTRATO
18	Sky Airline Perú	MANDATO
19	STAR PERU	MANDATO
20	TRANS AMERICAN AIRLINES S.A.	MANDATO
21	TACA INTERNATIONAL	CONTRATO
22	TAM LINEAS AEREAS S.A. SUCURSAL DEL PERU	MANDATO
23	TAME EP	MANDATO
24	UNITED AIRLINES	NA
25	LACSA	NA
26	AEROGAL	NA
27	ATSA	MANDATO
28	CENTURION	MANDATO
29	SOUTHERN	CONTRATO
30	TAMPA CARGO	CONTRATO
31	SHOUGANG	CONTRATO
32	AEROMASTER	CONTRATO

NA: no aplica

Fuente: LAP. Elaboración propia, 2014

Anexo 11. Experiencias internacionales en la regulación de oficinas operativas

REGULACIÓN DE OFICINAS OPERATIVAS EN OTROS PAÍSES DE LA REGIÓN				
PAIS / AEROPUERTO	FACILIDAD ESENCIAL *	SERVICIO COMERCIAL	REGULACIÓN SECTORIAL	COMENTARIOS
ARGENTINA (Aeropuerto de Ezeiza)	NO	SI	SI	Los back office no son facilidades esenciales. Esa categoría "facilidades esenciales" a los fines de la regulación no existe en el sistema aeroportuario argentino. Las oficinas operativas y administrativas, hangares, mostradores, tienen un precio que fija el concesionario (x US\$ por m2), que varía según el aeropuerto y la proyección anual de ingresos y gastos y se acuerda con el operador aéreo como precio en el contrato de uso del espacio, que es informado al Regulador. El regulador analiza la razonabilidad en ese contexto, y si no lo rechaza se considera convalidado. No hay publicación de esos precios.
BRASIL (Aeropuerto de Sao Paulo)	NO	SI	SI	Las oficinas operativas son consideradas esenciales para las operaciones de una empresa. Para que una empresa opere en un aeropuerto, el operador tiene que ceder lo mínimo necesario para que la empresa opere y los back offices son considerados parte esencial a la operación. En general, las áreas son cedidas a las empresas en acuerdo con el operador, pues es de interés del operador que haya la mayor cantidad de empresas. Pero si hubiera escasez de áreas, su distribución se hará de acuerdo a los criterios establecidos en su reglamento.
COLOMBIA (Aeropuerto de Medellín)	NO	SI	SI	Las Aerolíneas tienen que ajustarse a los espacios que el Aeropuerto pueda ofrecerles y se trata de una relación de derecho comercial (privada). Solo existe una limitación para el Concesionario: no podrá cobrar como canon de arrendamiento sumas superiores al 85% del valor de los arrendamientos vigentes para inmuebles de estrato seis en la ciudad en que se encuentre el respectivo Aeropuerto, según avalúo efectuado por la Lonja de Propiedad Raíz correspondiente a la respectiva ciudad.
CHILE (Aeropuerto de Santiago)	NO	SI	SI	Según las bases de licitación del aeropuerto, el concesionario podrá explotar áreas para oficinas de uso general, dentro del área de concesión, de acuerdo a las necesidades del aeropuerto, por lo que sería considerado como una facilidad que otorga el aeropuerto. Todas las oficinas se encuentran dentro del aeropuerto a excepción de las oficinas destinadas a las empresas de transporte de carga. Tarifa según las bases: hasta UF 1,2 por metro cuadrado para oficinas (al 16.05.14 1 Unidad de Fomento UF = \$ 23.862,52 pesos chilenos = US\$43.10)
ECUADOR (Aeropuerto de Guayaquil)	NO	NO	SI	De acuerdo al Contrato de Concesión, el concesionario debe proporcionar como una facilidad esencial, las áreas denominadas de "chequeo de pasajeros" que incluyen mesones de chequeo de pasajeros y equipajes (chek-in); banda transportadora de equipajes y unos pequeños back office considerados como "oficinas de apoyo a mesones de chequeo", ubicados detrás de los mostradores, pero son áreas muy pequeñas de unos 8 metros más o menos.
MÉXICO (Aeropuerto de DF Ciudad de México)	NO	SI	SI	De acuerdo a lo establecido en el Artículo 48 fracción III de la Ley de Aeropuertos en México, el alquiler de oficinas se consideran como servicios comerciales: "III.- Servicios comerciales: los que se refieren a la venta de diversos productos y servicios a los usuarios del aeródromo civil y que no son esenciales para la operación del mismo, ni de las aeronaves [...]". Por ello se considera que los servicios que prestan las aerolíneas en cuanto a oficinas operativas lo podrían hacer fuera del aeropuerto y no es un elemento indispensable para la operación. Sin embargo, el Artículo 55-Fracción VI del Reglamento de la Ley de Aeropuertos precisa que en Edificio Terminal se regulan como servicios aeroportuarios "[...] las áreas indispensables para oficinas de tráfico y operaciones de transportistas [...]". Por lo tanto, se considera un servicio esencial para las aerolíneas las oficinas operativas.
PERÚ (Aeropuerto de Lima)	SI	NO	SI	De acuerdo al Contrato de Concesión, entre las instalaciones con las que debe contar el terminal de pasajeros se encuentran las Oficinas para las líneas aéreas y se establece que las oficinas administrativas y operacionales del terminal deben estar en condiciones y número adecuado para cumplir con los requerimientos de la demanda de las líneas aéreas.

*Entendida de acuerdo con los alcances del REMA y REA

Fuente: Entrevista a los funcionarios de los aeropuertos mencionados. Elaboración propia, 2014

Anexo 12. Propuesta de Lineamientos aplicables para el procedimiento de desregulación de los servicios y/o facilidades esenciales en el marco de lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xxxxxxxxxxxxxxxxx

N.º xxx-xxx-CD-OSITRAN

VISTOS,

CONSIDERANDO:

SE RESUELVE:

Artículo 1.º — Aprobar los Lineamientos aplicables para el procedimiento de desregulación de los servicios y/o facilidades esenciales en el marco de lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso (REMA), que en ANEXO I forma parte de la presente Resolución.

Art. 2.º — La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación. Regístrese, comuníquese y publíquese.

.....

Presidente del Consejo Directivo

ANEXO I

Lineamientos aplicables para el Procedimiento de Desregulación de los servicios y/o facilidades esenciales en el marco de lo establecido en el REMA⁶⁹

Índice

- I. Introducción
- II. Medición de la concentración en el mercado relevante
 - 2.1 Definición del mercado relevante
 - 2.2 Identificación de las empresas que participan en el mercado relevante
 - 2.3 Cálculo de las participaciones de mercado
 - 2.4 Concentración y participaciones de mercado
- III. Otras consideraciones sobre la concentración
- IV. Barreras a la entrada en el mercado relevante
- V. Competencia
- VI. *Benchmarking*

I. Introducción

La Ley de creación de OSITRAN, Ley 26917, en su artículo 7.1, inciso b), numeral iii), ha establecido que cuando exista competencia en el mercado, OSITRAN deberá velar por el libre funcionamiento del mercado.

En ese sentido, el objetivo del presente documento es describir los criterios generales que seguirá el organismo regulador para analizar situaciones de posibles supuestos de desregulación –ante la probable existencia de condiciones de competencia en el mercado- que le sean solicitadas según el procedimiento establecido en el REMA para estos efectos.

Estos lineamientos generales no son vinculantes para la entidad reguladora, sin embargo, ellos contribuirán a que sus decisiones resulten más predecibles, transparentes y consistentes, garantizando de esa forma seguridad jurídica para los interesados.

⁶⁹ Se ha tomado como referencia los “Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas” elaborado por la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, aprobado por la Resolución 164/2001, Buenos Aires 27/11/2001. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70302/norma.htm>

II. Medición de la concentración en el mercado relevante

2.1. Definición del mercado relevante

El mercado denominado relevante, comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico.

El mercado relevante del producto: comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por el consumidor, dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el bien producido por las empresas que se concentran es sustituible por otros bienes, entonces el poder de mercado de las mismas se verá limitado por la conducta de los consumidores.

El mercado geográfico relevante: se entenderá como la menor región dentro de la cual resultaría beneficioso para un único proveedor del producto en cuestión imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del producto.

Debe tenerse en cuenta que la definición del mercado geográfico relevante se realizará en cada caso en particular y que, por lo tanto, no existe una regla genérica o un único procedimiento a utilizarse a tal fin.

2.2. Identificación de las empresas que participan en el mercado relevante

Una vez definido el mercado relevante, se procederá a identificar a las empresas que participan en él. En primer lugar, se incluirán todas aquellas empresas que produzcan o vendan bienes dentro del ámbito del mercado relevante. Adicionalmente, se identificarán otras empresas que no se encuentren produciendo el producto u ofreciendo el servicio, pero que podrían ingresar al mercado relevante con relativa facilidad si se dieran las condiciones favorables para ello. Estas empresas serán denominadas competidores potenciales inmediatos y servirán para definir el grado de sustitución por el lado de la oferta.

Se entenderá que un ingreso puede efectuarse con relativa facilidad cuando no sea necesario incurrir en importantes costos hundidos de entrada. No se considerará competidores potenciales

a aquellos productores u ofertantes que enfrenten dificultades significativas para distribuir el producto u ofrecer su servicio en el mercado relevante.

2.3. Cálculo de las participaciones de mercado

Las participaciones de mercado de todas las empresas que participan actualmente en el mercado relevante y las de aquellas identificadas como competidores potenciales se podrán calcular sobre la base de su nivel de ventas, de su producción o de la capacidad productiva que se destina o se podría destinar al mercado relevante. La elección de una u otra manera de calcular las participaciones dependerá del modo en que mejor se refleje la capacidad competitiva de las empresas dadas las características particulares del mercado bajo análisis y esto deberá ser definido por el regulador.

En cuanto a la temporalidad de los datos empleados, se utilizarán estadísticas mensuales, anuales o con la periodicidad que se estime necesaria a los efectos de reflejar adecuadamente las características del mercado relevante.

2.4. Concentración y participaciones de mercado

La concentración del mercado se refleja en el número de empresas que participan en él y de sus participaciones. La existencia de un elevado grado de concentración en el mercado relevante, o de un incremento significativo en el mismo como consecuencia de la operación de concentración económica, es una condición necesaria, pero no suficiente, para que la operación sea objetada.

Como herramienta para la medición de la concentración del mercado, se utilizará principalmente el índice de Herfindahl - Hirschmann (HHI). Este índice se define como la sumatoria del cuadrado de las participaciones en el mercado, y tiene la ventaja de otorgarle un mayor peso relativo a las participaciones de las empresas mayores. Los valores del HHI pueden oscilar entre 0 (mercado perfectamente competitivo) y 10.000 (mercado monopolístico).

Para determinar en qué medida la operación puede restringir la competencia en el mercado relevante, se analizarán los niveles de concentración antes y después de la operación. Asimismo, se evaluará la tendencia del nivel de concentración a lo largo del pasado reciente.

Asimismo, se podrá utilizar el índice de Lerner, de ser el caso, para medir el poder que tiene una empresa monopólica en el mercado relevante. Este índice se determina mediante la razón de la diferencia entre el precio P y el costo marginal CM respecto al precio. Cuanto más alto es el índice Lerner, más grande es el margen precio-costo de la empresa y menor es su elasticidad, entonces cuando se obtenga un número mayor implica un mayor poder de mercado.

Por ello, se deben estudiar las condiciones específicas de cada mercado para determinar la probabilidad de que los efectos antes mencionados ocurran.

IV. Barreras a la entrada en el mercado relevante

Si en un mercado no existen barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores, la concentración de participación que pueda existir en un mercado relevante no es necesariamente negativa.

La facilidad de ingresar al mercado que puedan tener los nuevos competidores limita a la o las empresa(s) existentes de subir sus precios. La facilidad de ingresar al mercado debe entenderse que esto se debe llevar a cabo en forma rápida, probable y significativa.

En primer lugar, la identificación de los nuevos competidores comenzará con una evaluación de las empresas que parezcan tener una ventaja competitiva para ingresar al mercado relevante, tales como:

- las empresas que comercializan el producto o servicio en zonas geográficas aledañas al mercado analizado;
- las empresas que emplean tecnología similar a la necesaria para proveer el producto o servicio;
- las empresas que emplean canales similares de distribución y comercialización o técnicas similares de promoción y marketing, las que comúnmente se utilizan en el mercado relevante.

Una vez identificados estos nuevos competidores, el análisis de la existencia de barreras a la entrada considerará todos los actos necesarios que una empresa debe realizar para producir y/o comercializar el producto o servicio, incluyendo la obtención de permisos legales, la construcción de instalaciones productivas o de comercialización, los gastos en promoción y

comercialización y el cumplimiento de los estándares de calidad exigidos por las normas legales correspondientes.

Para ello, se debe tener en cuenta tres aspectos importantes: el tiempo para ingresar, la probabilidad que ocurra el ingreso al mercado y la significancia del ingreso de un nuevo competidor al mercado relevante. En primer lugar, se evaluará el tiempo que le demandaría a un competidor ingresar al mercado y ejercer una influencia significativa sobre los precios. Se considerará que el ingreso al mercado relevante es rápido si el tiempo transcurrido desde que se toma la decisión de ingresar hasta que el producto relevante es efectivamente comercializado no supera el plazo requerido por las empresas ya instaladas en el mercado para adaptar su comportamiento frente a la nueva competencia. Ello, estará condicionado, en cada caso, con la naturaleza del proceso de producción o comercialización del producto o servicio. En segundo lugar, se analizará si es probable que, los nuevos competidores obtengan ganancias suficientes como para que el ingreso resulte rentable. Finalmente, el ingreso de nuevos competidores al mercado relevante debe resultar significativo, esto es, que sea lo suficientemente representativo como para ejercer una influencia sobre los precios del mercado relevante.

La presencia de algunos de los siguientes factores, determinará la existencia de barreras de entrada pues hacen complicado el ingreso de nuevos competidores en forma rápida, probable y significativa:

- Restricciones legales: (a) limiten la posibilidad de proveer el producto, (b) impongan a los nuevos competidores costos adicionales a los que tienen que ser afrontados por las empresas que operan en el mercado desde hace tiempo; o (c) exijan licencias para la provisión del producto o servicio.
- Elevados costos hundidos para ingresar al mercado relevante, tales como: diseño y prueba del producto, instalación de equipos, contratación y entrenamiento del personal, entre otros.

V. Competencia

Evaluar las condiciones de competencia en el mercado relevante. Se entiende como condiciones de competencia al “conjunto de características de oferta y demanda en un mercado relevante que disciplinan el comportamiento del oferente u oferentes de los servicios derivados de la infraestructura de transporte de forma que no exista abuso de poder de mercado (sic)⁷⁰”.

⁷⁰ Exposición de motivos de la modificatoria al RETA aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 003-2012-CD-OSITRAN.

Asimismo, se analizará la competencia existente o futura que pueda ser posible que se presente por el contexto en el que se desarrolla determinado mercado. En ese sentido, la competencia efectiva será entendida como aquella existente al momento de analizar el mercado, mientras que la competencia potencial será aquella que se proyecta a presentarse en un corto o mediano plazo tomando en cuenta las condiciones de mercado.

VI. *Benchmarking*

Será conveniente para conocer la realidad y la regulación de otros mercados, realizar un benchmarking comparando el servicio ofrecido o el tratamiento de determinada infraestructura en otros países, sobre todo de la región. El resultado de realizar tal comparación, permitiría al regulador tener un panorama más claro de cómo se viene regulando determinado servicio o infraestructura en otros países y cuáles son las condiciones que han conllevado a definir tal situación.

Anexo 13. Propuesta de modificación al REMA

A fin de adaptar lo propuesto a las normas legales vigentes, se hace necesario modificar algunas disposiciones del REMA para precisar los alcances de algunas de sus disposiciones a fin que resulten aplicables también a los procedimientos de desregulación.

En ese sentido, proponemos las siguientes modificatorias -resaltadas en negritas- dentro del texto vigente de la norma:

“Artículo 3.- Definiciones.

[...]

h) Desregulación del acceso: es el procedimiento administrativo por el cual, el derecho de acceso pasa de ser regulado a supervisado, siempre que el regulador considere que existan condiciones de competencia que establezcan libremente la entrada para nuevos proveedores de una infraestructura calificada como facilidad esencial. La desregulación podrá ser revertida, entre otras razones, si varían las condiciones de competencia que ampararon su implementación.

[...]

“Artículo 4.- Objeto.

El presente Reglamento 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 contratos 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.

c) La desregulación del derecho de acceso a las facilidades esenciales:”

“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 **en una infraestructura que califica como facilidad esencial según los términos y condiciones del presente Reglamento.**”

“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, **así como el supuesto de desregulación de la facilidad esencial al presentarse ciertos sustitutos al uso de dicha infraestructura”**.

“Artículo 8.- Principios aplicables.

Los principios establecen las reglas que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar acceso a una facilidad esencial. Estos principios deben ser utilizados para sustentar y establecer criterios de celebración, contenido de los contratos de acceso, sin importar la modalidad que adopten, pudiendo ser utilizados además como criterio interpretativo o de integración de los mismos. Del mismo modo, establecen los límites y lineamientos de OSITRAN para **la calificación de una infraestructura como facilidad esencial o un determinado servicio como servicio esencial**, emisión de mandatos y otros pronunciamientos sobre el acceso.

[...]

Artículo 20.- Difusión de la información.

Es obligatorio que la entidad prestadora haga pública, como mínimo a través de su página web, la siguiente información:

a) El Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.

[...]

e) Los proyectos de contratos de acceso presentados a OSITRAN.

f) Los contratos de acceso suscritos con los usuarios intermedios.

g) Los mandatos de acceso emitidos por OSITRAN.

h) Las solicitudes de desregulación de acceso presentadas a OSITRAN.

Los plazos para la difusión a través de la página web de la entidad prestadora están definidos en los artículos correspondientes. La fecha de difusión de dicha información a través de la página web, deberá ser puesta en conocimiento de OSITRAN el primer día de su difusión, mediante correo electrónico. La información a la que se hace referencia en los incisos b), c) y d) del presente artículo, deberá estar disponible en la misma oportunidad que se inicie el proceso de atención a la solicitud de acceso **o desregulación de acceso**.

[...]"

CAPÍTULO 2

PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE ACCESO O DESREGULACIÓN DE ACCESO

“Artículo 68.- Solicitud de desregulación de acceso.

La desregulación de acceso es el procedimiento administrativo –iniciado de oficio o de parte- por el cual, el derecho de acceso pasa de ser regulado a ser supervisado, siempre que el regulador considere que existan condiciones de competencia que establezcan libremente la entrada para nuevos proveedores de una infraestructura calificada como facilidad esencial. La desregulación podrá ser revertida, entre otras razones, si varían las condiciones de competencia que ampararon su implementación.

La entidad prestadora o el usuario intermedio podrán presentar una solicitud de desregulación de acceso a OSITRAN. Para estos efectos, dicha solicitud deberá contener, en lo que sea aplicable, los requisitos establecidos para la solicitud de acceso.

Asimismo, en cuanto resulte aplicable, el proceso de atención a la solicitud de desregulación de acceso por parte de OSITRAN será similar al establecido para las solicitudes de acceso respecto del contenido de la solicitud, plazos, publicaciones, medios impugnatorios, solución de controversias, entre otros.”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

“Segunda.- Supletoriedad del presente Reglamento.

Las entidades prestadoras que cuenten con un contrato de concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para otorgar el derecho de acceso **o desregulación de acceso** a facilidades esenciales, por lo estipulado en el presente Reglamento, salvo que dicho contrato contenga normas específicas diferentes. En consecuencia, el presente Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo contrato de concesión si este no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para el acceso **o desregulación de acceso**, o si regulando ello parcialmente existieran aspectos no previstos de manera expresa en el contrato de concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa al procedimiento para otorgar el derecho de acceso **o desregularlo**.

“Anexo 1. Lista de facilidades esenciales sujetas al REMA

AEROPUERTOS

- 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”.

“Anexo 2. Lista de servicios esenciales sujetos al REMA

AEROPUERTOS

- Traslado de carga.
- Rampa o asistencia en tierra (autoservicio/terceros).
- Abastecimiento de combustible.
- **Atención de tráfico de pasajeros y equipaje (*counters*).**
- Mantenimientos de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas”.

Anexo 14. Casos prácticos de desregulación de un servicio

En el presente anexo, comentamos dos casos prácticos en los cuales la entidad reguladora correspondiente, en el marco de su normativa aplicable, determinó que era procedente la desregulación de ciertos servicios que se encontraban regulados, toda vez que las condiciones de mercado así lo evidenciaban.

Si bien la conclusión a la que llegó el ente regulador en ambos casos, fue dentro de un proceso de revisión tarifaria, nos es útil comentarlos pues en tales situaciones, el regulador se vio en la necesidad de hacer un análisis detenido de las condiciones de mercado para determinar si correspondía que el regulador siguiera interviniendo en la regulación de dicho servicio o las condiciones del mercado habían llevado a que ello ya no sea preciso.

1. Telefónica del Perú

Un caso referido a servicios públicos que nos parece interesante comentar es el de la tarifa del servicio de larga distancia de Telefónica del Perú, que a pesar de ser una empresa con una importante y mayoritaria posición en el mercado relevante, el regulador OSIPTEL decidió que era un servicio que debía ser desregulado en lo que se refiere a tarifas y acceso al mercado, toda vez que determinó que existían otros proveedores en el mercado que ofrecían el mismo servicio o servicios similares, por lo tanto, el servicio se prestaba en competencia.

Los criterios analizados en este caso en particular fueron: establecer si este servicio se estaba otorgando a los usuarios eficientemente desde un punto de vista económico y de bienestar social; asimismo, se evaluó si existían barreras de entrada como son: las economías de escala, las ventas absolutas en costos, la diferenciación de productos y el requerimiento de capital; además, se evaluó la estructura del servicio, la conducta de los operadores y consumidores, la estructura del mercado relevante, el cargo de acceso y los *pass through*, así como también se hizo un *benchmarking* comparando el servicio en otros países como Reino Unido, Australia, Chile, Colombia, España y Argentina.

2. Terminal Portuario de Matarani - TPM (TISUR)

En esta parte del trabajo comentaremos la revisión tarifaria del TPM, un caso donde el organismo regulador competente aplicó un procedimiento de desregulación *ad-hoc* pues no

existía a esa fecha ningún lineamiento o disposición establecida. En el año 2003, OSITRAN inició –a solicitud del operador portuario- la revisión de las tarifas de los servicios portuarios del TPM, ya que enfrentaban una competencia creciente de tipo interportuaria e intermodal, pues las condiciones del mercado estaban cambiando y era esperable que en los próximos años la competencia sea más intensa por la concesión del Puerto de Arica y la mayor eficiencia de la Hidrovía Paraguay - Paraná. De los quince servicios analizados, se encontró evidencia que ocho de ellos enfrentaban competencia, por lo que durante el proceso de revisión de tarifas máximas, se procedió a desregular los servicios portuarios que enfrentaban competencia (tales como uso de muelle carga para contenedores, carga sólida a granel, carga líquida a granel, carga fraccionada).

Lo resaltante de este caso que queremos exponer son los criterios que evaluó el OSITRAN para determinar la existencia de competencia, y estando en ese contexto, concluir que la regulación de las tarifas para los servicios que enfrentaban competencia no era eficiente y, por lo tanto, correspondía desregularlos y solo hacer un monitoreo del mercado.

Las situaciones determinantes que conllevaron al OSITRAN a concluir que existía competencia en el mercado de servicios portuarios, no solo efectiva sino también potencial, fueron: (i) la evidencia de que se podía hacer uso de otra infraestructura portuaria (utilizar otro puerto), más aun con el desarrollo de otros puertos cercanos a TPM (Puerto de Arica); (ii) el fortalecimiento de medios de transporte alternativo, como la mejora en el acceso y la navegabilidad de la Hidrovía Paraguay – Paraná; (iii) la existencia de sustitutos respecto del producto de carga transportada a través de TPM.

Ante las evidencias objetivas de la existencia de competencia que encontró OSITRAN luego de su análisis del mercado portuario respecto de TPM y, al no tratarse de servicios esenciales regulados bajo el REMA, dicho organismo regulador concluyó que las tarifas de aquellos servicios portuarios que enfrentaban competencia debían ser desregulados. En ese sentido, la regulación de las tarifas resultaba innecesaria toda vez que al existir competencia entre los agentes económicos del mercado portuario, se podía asegurar la fijación de tarifas sostenibles y razonables por los propios agentes en beneficio de los usuarios.

Ante esta necesidad de desregular que tenía el OSITRAN y ante la ausencia de un procedimiento pre establecido, el organismo regulador se vio obligado a aplicar un procedimiento *ad-hoc* específico para el caso comentado.

Teniendo este precedente, la entidad reguladora consideró conveniente incluir un procedimiento de desregulación en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA) que se venía trabajando para ese entonces. Así, en la primera versión del RETA (2004)⁷¹ se incluyó un capítulo expreso denominado: “Del Procedimiento de Desregulación Tarifaria”, que establece en su artículo 14 que se dará inicio a la desregulación de las tarifas de un servicio determinado cuando se compruebe, cuando menos, lo siguiente: (i) la existencia de competencia efectiva cuya subsistencia pueda ser garantizada y (ii) que no existen barreras de acceso al mercado en cuestión.

En nuestra opinión, la primera condición referida a la existencia de competencia efectiva es inexacta, toda vez que se estaría restringiendo la existencia de condiciones de competencia a solo la denominada competencia efectiva, mas no a la potencial, error que se recoge en el RETA pese a que en el análisis efectuado en su momento por el OSITRAN en el caso TISUR, sí había considerado a la competencia potencial que significaría el desarrollo en los próximos años de otros puertos con relación a las operaciones en el TPM, como un factor adicional de análisis para determinar la existencia de competencia en el mercado portuario.

No obstante haber contemplado un procedimiento para la desregulación de tarifas en el RETA, en el año 2012 el organismo regulador decide modificar la versión del RETA⁷² y deja sin efecto los artículos que contenían dicho procedimiento. Sin perjuicio de ello, con la finalidad que diversas disposiciones del RETA resulten aplicables también a los procedimientos de desregulación tarifaria, en la versión modificada se hace precisiones a los alcances de varios artículos, los cuales solo hacían referencia a los procedimientos de fijación y revisión tarifaria, mas no de desregulación, por lo que se consideró –acertadamente- realizar esas precisiones.

En la exposición de motivos de la resolución que aprobó la modificación del RETA, se indican cuáles fueron los principales cambios a dicho reglamento. Entre ellos se menciona el tratamiento de la desregulación tarifaria y se explica el porqué de su retiro. Al respecto, se hace referencia al artículo 7.1, inciso b), numeral iii) de la Ley OSITRAN, que establece que cuando exista competencia en el mercado, OSITRAN deberá velar por el libre funcionamiento del mismo. Sobre la base de ello, en el RETA se estableció que de existir condiciones de competencia efectiva en el mercado que garanticen tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios, OSITRAN deberá abstenerse de establecer una regulación tarifaria o suprimirá

⁷¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 043-2004-CD/OSITRAN del 23 de septiembre de 2004.

⁷² Aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N.º 003-2012-CD-OSITRAN de 18 de enero de 2012.

la existente, según sea el caso. Asimismo, se hace una precisión en los alcances del artículo 14 respecto de la referencia a “competencia efectiva” dado que puede dar lugar a interpretaciones restrictivas⁷³, como lo señalamos en nuestro comentario anterior. En ese sentido, en el texto del artículo 14 se elimina la palabra “efectiva” y se deja el término general “competencia”, con lo cual se puede entender competencia tanto efectiva como potencial, lo cual nos parece una decisión correcta. Adicionalmente, se establece que el proceso de desregulación tarifaria seguirá el mismo procedimiento general que los de fijación y revisión tarifaria, a fin de simplificar y homogenizar los procedimientos señalados en el RETA. Otras modificaciones relevantes que se hacen en el RETA es recoger la definición de “desregulación tarifaria”⁷⁴ y establecer que el OSITRAN realizará un monitoreo periódico del comportamiento del mercado que haya sido desregulado, con el objeto de verificar que las condiciones que justificaron su desregulación se mantengan vigentes. (Artículos 3° y 14° respectivamente).

Con relación a lo argumentado por OSITRAN, consideramos que por razones de simplificación y homogenización, es adecuado que el procedimiento de desregulación se ciña a lo ya establecido para la fijación y la revisión de tarifas en el RETA. Sin embargo, esto estaría solo enfocado al procedimiento en sí, entiéndase las distintas etapas, requisitos para presentar la solicitud, plazos, entre otros.

Adicionalmente, consideramos indispensable que -por los principios de transparencia, predictibilidad, consistencia y seguridad jurídica-, el regulador debe plasmar los criterios o lineamientos que se aplicarán en la evaluación de la solicitud de desregulación que llevarían a concluir que una situación determinada en un mercado específico, está enfrentando condiciones de competencia y, por lo tanto, debería desregularse ciertas tarifas. No debería dejarse a la discrecionalidad de los funcionarios de turno, la decisión de qué criterios deben aplicarse para calificar determinados supuestos como existencia de competencia y concluir que se debe desregular alguna tarifa. Los criterios o lineamientos generales a ser aplicados, deberían estar preestablecidos y ser de conocimiento de las entidades prestadoras o de cualquier interesado. En ese sentido, en virtud de tales lineamientos, el interesado podrá evaluar la situación concreta y decidir si se enmarca dentro de los alcances de los mismos y así dar inicio al procedimiento de desregulación con la certeza, que al cumplir con las condiciones fijadas por el OSITRAN, su

⁷³ Refiriéndose a la competencia potencial.

⁷⁴ “Desregulación Tarifaria: Procedimiento administrativo por el cual, el régimen tarifario pasa de regulado a supervisado, siempre que el regulador considere que exista condiciones de competencia, tales que disciplinen el mercado. La desregulación puede ser revertida, entre otros motivos, si las condiciones de competencia que propiciaron su implementación se redujesen”.

solicitud debería ser procedente. Con ello, se tiene un actuar más predecible de la autoridad reguladora.

Estos criterios o lineamientos generales que a la fecha no están plasmados expresamente en un dispositivo legal, es la propuesta que haremos al final de esta investigación, como nuestro aporte al marco regulatorio.

Nota biográfica

Milagros Lizet Montes Morote

Ejecutiva con más de 17 años de experiencia profesional en el ámbito empresarial privado y público. Abogada graduada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con grado MBA de la Universidad San Ignacio de Loyola y estudios concluidos la Maestría de Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructura de la Universidad del Pacífico en convenio con la Universidad de Catalunya, España; además cuenta con estudios de especialización en temas de derecho corporativo, regulatorio, laboral, contractual y administrativo. Actualmente se desempeña como gerente de regulación de Lima Airport Partners S.R.L., empresa concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Begoña Vereau Görbitz

Abogada con más de 14 años de experiencia en derecho administrativo y comercial. Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, con estudios concluidos de la Maestría de Derecho de Empresas de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Maestría de Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructura de la Universidad del Pacífico en convenio con la Universidad de Catalunya, España. Actualmente se desempeña como socia del Estudio Forsyth Abogados, estudio jurídico líder en derecho comercial y financiero.