

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 020-2003-CD/OSITRAN

- PROCEDENCIA** : CONSEJO DIRECTIVO
ADMINISTRADO : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
MATERIA : PROCEDIMIENTO DE COBRO DE RETRIBUCIÓN AL ESTADO Y APOORTE DE REGULACIÓN POR FACTURACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
- SUMILLA** : Declara improcedente la solicitud de rectificación de la Resolución Nº 011-2003-CD/OSITRAN de fecha 13 de agosto de 2003 y la nulidad de oficio del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución de Consejo Directivo Nº 011-2003-CD/OSITRAN en el extremo en que se requiere a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. el pago de la suma de S/.27 675,80 por concepto de aporte por regulación, dejándola subsistente en lo demás que contiene.

Lima, 14 de noviembre de 2003.

I. ANTECEDENTES

1. Por Oficio Nº 264-02-GAF-OSITRAN de 13 de diciembre de 2002, la Gerencia de Administración y Finanzas remitió a Lima Airport Partners S.R.L. (en lo sucesivo LAP), un conjunto de observaciones presentadas por los auditores contratados por OSITRAN los señores Portal Brown y Asociados, respecto a los pagos de Retribución y Tasa de Regulación por el período comprendido entre el 14 de febrero y 31 de diciembre de 2001, solicitándole sus comentarios en el más breve plazo.

Dichas observaciones se refieren a que dentro del período comprendido entre el 14 de febrero al 31 de diciembre de 2001, LAP cobró a sus arrendatarios por concepto de consumo de energía eléctrica y agua potable, montos que no han sido declarados como ingresos adicionales sujetos a las tasas de retribución y regulación correspondientes.

2. Por Carta LAP.GAF.2003-00133 de fecha 14 de enero de 2003, LAP formuló comentarios y descargos a las observaciones planteadas por los Auditores Portal Brown y Asociados.

LAP señaló que la referida observación ha sido aclarada mediante Addenda al contrato de concesión, en donde se modifica el numeral 1.26 que indica que “los ingresos brutos no incluyen (...) los costos de los servicios básicos tales como energía eléctrica, agua, telefonía fija y gas, facturados por el concesionario a terceros”.

3. Por Oficio Nº 066-03-GAF-OSITRAN de 21 de marzo de 2003, la Gerencia de Administración y Finanzas le señaló que la Adenda a que hace referencia en su respuesta entra en vigencia después de su suscripción, por lo que no tiene efectos retroactivos y en consecuencia, LAP tiene una deuda de S/. 528 099,00

(quinientos veintiocho mil noventa y nueve y 00/100 nuevos soles) por concepto de retribución al Estado y de S/.20 227,00 (veinte mil doscientos veintisiete y 00/100 nuevos soles) por concepto de tasa de regulación.

4. Por Carta LAP-GAF-2003-00506 de 12 de mayo de 2003, LAP contestó que del Acuerdo N° 168-61-01-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo con fecha 7 de mayo de 2001 se desprende que los cobros a terceros por servicios públicos (energía eléctrica, agua y teléfono) se encuentran dentro de la exclusión a la que se refiere el literal (i) del segundo párrafo del numeral 1.24 en el que se define “ingresos brutos”, teniendo en cuenta que se trata de cobranza por cuenta de terceros.

Asimismo, precisó que posteriormente se suscribió el Addendum N° 3 al Contrato de Concesión, donde se precisó la exclusión del cobro de servicios públicos como ingresos brutos, Addendum que entró en vigencia a la fecha de su suscripción, y que entendían que a través del mismo se amplió el concepto de ingreso bruto recogido en el Contrato de Concesión, y que ya se había señalado en el Acuerdo N° 168-61-01-CD-OSITRAN;

Señalan también que LAP recibe la energía eléctrica en media tensión y a efectos de brindar un buen servicio, seguro y confiable a sus usuarios, a través de las sub estaciones eléctricas (bienes entregados en Concesión), transforma la energía a baja tensión y es así que la reciben los usuarios. Esta transformación genera gastos de mantenimiento de las sub estaciones lo que explica la diferencia entre lo recibido y lo pagado como retribución al Estado.

5. Por Oficio N° 268-03-GG-OSITRAN de fecha 9 de junio de 2003, notificado a LAP con fecha 11 de junio, la Gerencia General precisó que la interpretación realizada por el Consejo Directivo en el Acuerdo N° 168-61-01-CD-OSITRAN resulta aplicable desde el inicio de vigencia del contrato de concesión al tratarse de una interpretación del mismo realizada por el órgano competente, pero que el propio acuerdo estableció que en los casos en que LAP efectúe el cobro de 15% por concepto de “costo de administración y gastos”, los ingresos generados por dicho cobro serán considerados como “Ingresos Brutos” y, por ende, serán parte de la base de cálculo de la Retribución.

Señaló también que la transformación que LAP lleva a cabo se considera un servicio que presta LAP, y como tal el íntegro debe ser facturado por ésta, e incluido como corresponde en la base de cálculo de la retribución.

En consecuencia, la Gerencia General requirió a LAP para que en el plazo de 5 días contados a partir de la recepción del oficio, abone a OSITRAN los respectivos pagos de Retribución y Regulación sobre sus ingresos por Servicios Públicos, acompañados de la información sustentatoria.

6. En atención a diversas solicitudes de prórrogas de plazo para atender el requerimiento de la Gerencia General, mediante las Cartas LAP/236-03/GL de 16 de junio de 2003 y LAP/242-03/GL de 24 de junio de 2003, por Oficios N° 286-03-GG-OSITRAN de 18 de junio de 2003 y 299-03-GG-OSITRAN de 25 de junio de 2003, se prorrogó el referido plazo hasta el día 1° de julio de 2003.
7. Por recurso de fecha 1° de julio de 2003, recibida en la fecha por OSITRAN, LAP formuló su análisis respecto al tema controvertido, precisando que durante

el período comprendido entre febrero y abril de 2001 cobró a los usuarios de los servicios públicos la tarifa por el servicio final que comprende los costos para obtener y otorgar el servicio público así como el 25% por concepto de gastos administrativos.

Asimismo, precisó que LAP no cobra el 15% ni otro monto adicional (salvo en los meses señalados) por lo que no existe ingresos generados por dicho cobro, señalando a continuación que sólo tiene a su cargo el aprovechamiento económico de los bienes de la concesión, no encontrándose dentro de estos rubros que la transformación de los servicios públicos o la disposición de los mismos por los usuarios sean considerados como una obligación contractual que implique la prestación de servicio alguno.

Por ello considera que los pagos percibidos por dicho concepto no deben considerarse como ingresos brutos constituyendo únicamente la compensación de costos que LAP debe realizar.

En atención a lo expuesto, cumplen únicamente con abonar al Estado Peruano en la fecha, las sumas de US \$5 814,61 y de US \$125,02 por concepto de energía eléctrica, pues a criterio de LAP los referidos montos son los únicos que LAP adeuda.

8. Por Carta LAP/280-03/GL de 18 de julio de 2003, LAP solicitó a OSITRAN que interprete el punto 2.1 del Addendum N° 3 por el que se modifica el numeral 1.26 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a la luz de los argumentos expuestos en la referida carta.
9. Por Memorando N° 079-2003-GAL/OSITRAN de 31 de julio de 2003 la Gerencia de Asesoría Legal, en atención a que tanto el monto pendiente de pago por concepto de Retribución al Estado como el de Tasa de Regulación sería consignado en el pronunciamiento del Consejo Directivo, solicitó a la Gerencia de Administración y Finanzas que proceda a su determinación.
10. El referido requerimiento fue atendido por Memorando N° 28-03-GAF-OSITRAN de fecha 5 de agosto de 2003.
11. Por Informe Legal N° 046-03-GAL-OSITRAN de fecha 4 de agosto de 2003 se recomendó confirmar el Oficio N° 268-03-GG-OSITRAN de fecha 9 de junio de 2003, para lo cual se cumplió con adjuntar al mismo el proyecto de resolución correspondiente.
12. Por Acuerdo de Consejo Directivo N° 394-127-03-CD/OSITRAN de 13 de agosto de 2003 se aprobó el informe N° 046-03-GAL-OSITRAN, confirmando el requerimiento de pago de Retribución al Estado y Aporte por Regulación contenido en el Oficio N° 268-03-GG-OSITRAN de fecha 9 de junio de 2003, emitiéndose la Resolución N° 011-2003-CD/OSITRAN;
13. Por escrito presentado con fecha 12 de septiembre de 2003, LAP solicitó la rectificación de la resolución.

En el referido escrito precisan que LAP ha cumplido con pagar el aporte por regulación por facturación de servicios públicos en su debido momento, en el

transcurso del año 2001 tal como pueden apreciar en las declaraciones de pago presentadas, por lo que solicitan que OSITRAN rectifique la resolución cuestionada.

Asimismo, señalan que con fecha 8 de septiembre de 2003 efectuaron el depósito de US \$179 169,49 por concepto de pago de Retribución al Estado del ejercicio 2001, adjuntado copia del referido depósito y asimismo precisan que la cancelación efectuada no implica una aceptación de la validez o procedencia de la cobranza.

14. Con fecha 6 de octubre de 2003, LAP presentó el “Cálculo de la Tasa Regulatoria” del año 2001 con los respectivos sustentos; así como la “Declaración de Pago Anual del Impuesto a la Renta Tercera Categoría” (Ejercicio Gravable 2001).
15. Por Oficio N° 242-03-GAF-OSITRAN de fecha 7 de octubre de 2003 y con motivo de la nueva información recibida, OSITRAN solicitó a sus auditores contratados, los señores Portal Brown y Asociados que precisen si LAP había omitido sólo el pago del aporte por regulación sólo por la diferencia entre lo que cobró a terceros y el pago realizado a las Empresas de Servicios Públicos correspondientes, o si simplemente no declaró la facturación a terceros por lo que el aporte no pagado sería por el total.
16. El día 7 de octubre dos funcionarios de OSITRAN realizaron una visita de supervisión a efectos de validar las liquidaciones de pago de la tasa de regulación.
17. Por Carta PBA-412/2003 de fecha 16 de octubre de 2003, los señores Portal Brown y Asociados señalaron lo siguiente:

“Mediante Oficio N° 242-03-GAF-OSITRAN dirigido a nuestra firma, OSITRAN nos solicita evaluar y confirmar la documentación expuesta por LAP, el mismo que constituye una rectificación y posterior descargo al inicialmente presentado (...) Como resultado de la revisión y evaluación realizada por nuestra Comisión de auditoría y el personal administrativo de OSITRAN, se ha confirmado que los ingresos por concepto de recuperación de costos por consumos por LAP, han sido considerados como ingresos sujetos a la Tasa de Regulación”.
18. Por Informe N° 039-03-GAF-OSITRAN de 16 de octubre de 2003, la Gerencia de Administración y Finanzas emite opinión acerca de la cobranza del aporte por regulación de servicios del período 2001 a LAP, teniendo en consideración tanto lo señalado por LAP en su escrito de fecha 12 de septiembre de 2003 (por el que solicitan la aclaración) en el sentido que ya han efectuado el aporte por regulación como lo señalado por los auditores contratados en su Carta PBA-412/2003, concluyendo que en atención a la referida evidencia, no correspondería el cobro por pago al aporte por regulación por excesos en la recuperación de costos por consumo de energía eléctrica y agua potable cobradas por LAP, del período 2001.
19. Por Oficio N° 272-03-GAF-OSITRAN de fecha 5 de noviembre de 2003 remitido por la Gerencia de Administración y Finanzas se precisó a los señores Portal Brown y Asociados que:

“no obstante a la fecha en que se realizó la auditoría se encontraba disponible para su revisión el Registro de Ventas de LAP y a que el mismo constituía el instrumento idóneo para determinar el registro de la facturación de recuperación de los montos por concepto de servicios públicos, Portal Brown & Asociados no procedió a su revisión, lo que finalmente llevó a que erróneamente se concluyera que LAP no había cumplido con pagar el aporte por regulación, cuando si lo había hecho”

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, en nuestra opinión, las cuestiones en discusión, consisten en determinar lo siguiente:

1. Si la rectificación solicitada por LAP resulta procedente.
2. Si procede declarar de oficio la nulidad de la resolución cuestionada en lo referido al requerimiento por tasa de regulación;

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Procedencia de la Rectificación:

1. La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece:

Artículo 201°.- RECTIFICACIÓN DE ERRORES

201.1. Los errores material o aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

2. De lo dispuesto por el artículo transcrito, fluye con claridad que el objetivo de la solicitud de rectificación no puede ir más allá de la modificación de un error material o de redacción, que en ningún caso se puede alterar algo sustancial de la misma.
3. De la revisión del escrito por el que LAP solicita la rectificación de la resolución, se aprecia que los extremos del mismo son:
 - 3.1 Que se interprete que la naturaleza de los servicios que LAP se encuentra llevando a cabo, no se considere como un servicio prestado a tercero por parte de LAP, y que asimismo, se declare que LAP no cobra el 15% por la prestación de los mismos (numeral 1 del acápite: FUNDAMENTOS DE NUESTRO RECURSO del escrito de LAP);
 - 3.2 Que se aclare el numeral 3 del punto III (Análisis de las cuestiones en discusión) que interpreta su solicitud como una apelación, pues LAP sostiene que su intención no fue la de apelar sino simplemente la de explicar el caso (numeral 2 del acápite: FUNDAMENTOS DE NUESTRO RECURSO del escrito de LAP); y,

- 3.3 Que se deje sin efecto el requerimiento de pago del Aporte por Regulación a LAP en atención a que LAP ha cumplido con pagar la totalidad del mismo (numeral 3 del acápite: FUNDAMENTOS DE NUESTRO RECURSO del escrito de LAP);
4. Que, resulta evidente que ninguno de los extremos solicitados puede calificarse como un error material o aritmético en atención a que los mismos pretenden cambiar la esencia de la resolución, es decir, otorgar la razón a LAP por lo que la solicitud de rectificación resulta manifiestamente improcedente;
5. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que:
- 5.1 En relación a lo argüido por LAP en el numeral 1) del acápite FUNDAMENTOS DE NUESTRO RECURSO del escrito, las razones por las que tanto la Gerencia General como el Consejo Directivo consideran que los cobros por concepto de transformación de los servicios públicos, se encuentran suficientemente desarrolladas en los numerales 4 al 11 del Acápite III de la resolución cuya rectificación se solicita.

En los referidos numerales se precisa que en atención a la naturaleza de ingresos brutos de los referidos cobros, no cabe su exclusión para efectos de la determinación de la retribución.

En consecuencia, y en cuanto a este extremo se refiere no se ha incurrido en causal que justifique su corrección.

- 5.2 En relación a lo argüido por LAP en el numeral 2) del acápite FUNDAMENTOS DE NUESTRO RECURSO argüido por LAP, debe igualmente precisarse que en los numerales 1 al 3 se señalan los fundamentos que llevan al Consejo Directivo a concluir que la intención de LAP fue la de apelar el pronunciamiento de la Gerencia General, en atención a que se pretendió obtener un nuevo pronunciamiento sobre el mismo tema sin recaudar prueba nueva.

En consecuencia, y en cuanto a este extremo se refiere, no se ha incurrido en causal que justifique su corrección.

- 5.3 En relación a lo argüido por LAP en el numeral 2) del acápite FUNDAMENTOS DE NUESTRO RECURSO del escrito, debe señalarse que si bien es cierto que se ha detectado un error que ha sido evidenciado por LAP, la corrección del referido error no puede realizarse con motivo de una solicitud de rectificación pues no se trata de un error material o aritmético sino de un aspecto sustancial o de fondo.

Declaración de oficio de la nulidad de la resolución

6. Conforme a lo señalado en el Informe N° 039-03-GAF-OSITRAN de fecha 16 de octubre de 2003 a que se refiere el acápite correspondiente a antecedentes del presente escrito, no se debió requerir el pago de la tasa de regulación por concepto de servicios públicos.

7. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 202.1 del artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en los casos en que el acto administrativo carezca de un requisito de validez, puede declararse de oficio la nulidad del mismo, aún cuando haya quedado firme, siempre que agravie el interés público.
8. El numeral 2) del artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que el contenido del acto administrativo debe ser posible jurídicamente, y resulta evidente que una obligación que ha sido cumplida se extingue y en consecuencia, no procede exigir nuevamente su cumplimiento.
9. La Resolución de Consejo Directivo N° 011-2001-CD/OSITRAN de 15 de mayo de 2001 precisó que:

“En el caso de infraestructura de uso público administrada por sociedades concesionarias, es claro que el interés público radica en que la debida interpretación de los alcances de los contratos de concesión resulta indispensable para otorgar certeza a los inversionistas respetando estrictamente los términos del contrato y el ordenamiento legal, y en particular en un ámbito tan neurálgico como para el desarrollo del país como es el de la infraestructura, resulta incuestionablemente de interés público”.

10. En el presente caso resulta necesario rectificar el error en que se incurrió pues a través de la resolución cuestionada se estaría afectando el interés público tal y como se encuentra definido por la resolución transcrita.
11. El numeral 202.3 del artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año contando a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.
12. La resolución cuya rectificación se solicita fue notificada el día 27 de agosto de 2003 y por haber sido emitida por la última instancia administrativa causó estado a partir del día siguiente de notificada y en consecuencia el Consejo Directivo puede declarar la nulidad de oficio de la misma hasta el día 27 de agosto de 2004, por lo que en el presente caso se encuentra plenamente habilitado para su revisión de oficio.
13. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que cuando el acto fue emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, que es el caso del Consejo Directivo, la nulidad será declarada por la autoridad que dictó el acto, por lo que el Consejo Directivo resulta competente para decretar la nulidad del acto.
14. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2003-CD/OSITRAN en el extremo en que se requiere a LAP el pago de la suma de S/.27 675,80 (VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTICINCO Y 80/100 NUEVOS SOLES) por concepto de aporte por regulación, dejándola subsistente en lo demás que contiene.

POR LO EXPUESTO:

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente la solicitud de rectificación presentada por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2003-CD/OSITRAN de fecha 13 de agosto de 2003.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de oficio del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2003-CD/OSITRAN en el extremo en que se requiere a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. el pago de la suma de S/.27 675,80 (VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTICINCO Y 80/100 NUEVOS SOLES) por concepto de aporte por regulación, dejándola subsistente en lo demás que contiene.

TERCERO: Notificar la presente resolución a Lima Airport Partners S.R.L. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.

Regístrese, comuníquese y archívese

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente