

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 054-2007-CD-OSITRAN

Lima, 08 de agosto de 2007

MATERIA : Solicitud de rectificación de la Resolución Nº 036-2007-CD-OSITRAN, en aplicación de lo establecido en el Artículo 201 y siguientes de la Ley Nº 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General

VISTOS:

La Carta LAP-CGCO-C-2007-00084, recibida el 09 de julio de 2007, presentado por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) y el Informe Nº 036-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 03 de agosto de 2007, elaborado por la Gerencia de Supervisión, Gerencia de Regulación y Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 7 de marzo del año 2007, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 020-07-CD-OSITRAN, se estableció el cargo de acceso para el servicio de alquiler de *counters* en el AIJCH.
2. El 12 de abril del año 2007, mediante diversos Escritos S/N, LAP, Star Up, Continental Airlines, Aerosur, Aeromexico, Líneas Aéreas de Costa Rica (LACSA), TACA Perú, Iberia Líneas Aéreas de España (IBERIA), Aeropostal, Aerolíneas Argentinas, Lloyd Aéreo Boliviano (LAB), LAN, Aerovías del Continente Americano (AVIANCA), Aerocondor y Aero Transporte S.A. (ATSA) interpusieron Recursos de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 020-07-CD-OSITRAN.
3. El 13 de abril del año 2007, mediante diversos Escritos S/N, American Airlines, Compañía Panameña de Aviación (COPA), Air Canada y Air Comet interpusieron Recursos de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 020-07-CD-OSITRAN.
4. Mediante Resolución Nº036-2007-CD-OSITRAN, OSITRAN se declara parcialmente fundado los recursos de reconsideración presentados por Aerocondor S.A.C., Aerolíneas Argentinas S.A. Sucursal Lima, Aeropostal Alas de Venezuela C.A. Sucursal del Perú, Aerotransporte S.A. – ATSA, Aerovías de México S.A. de C.V., Sucursal del Perú, Aerovías del

Continente Americano S.A. (Avianca) Sucursal del Perú, Air Canada Sucursal del Perú, Compañía Boliviana de Transporte Aéreo Privado S.A. (Aerosur) Sucursal del Perú, Continental Airlines INC. Sucursal Perú, Iberia Líneas Aéreas de España S.A. Sucursal del Perú, LAN Airlines S.A. Sucursal Perú, LAN Perú S.A., Lima Airport Partners S.R.L. – LAP, Líneas Aéreas Costarricenses S.A. (LACSA) Sucursal del Perú, Lloyd Aéreo Boliviano S.A., Star Up S.A. y Trans American Airlines S.A. - TACA Perú.

5. Mediante Carta LAP-GCCO-C-2007-00084 recibida el 09 de julio de 2007, LAP solicita la rectificación de la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN, en aplicación de lo establecido en el Artículo 201 y siguientes de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - en adelante, LPAG-.

II. MATERIA CONTROVERTIDA

6. En virtud de los ítems precedentes, constituye materia controvertida el evaluar la procedencia de la solicitud de rectificación presentada por LAP. En ese sentido, en el supuesto que sea procedente la solicitud de rectificación presentada, procederemos a evaluar los argumentos esgrimidos por la solicitante.

III. ANALISIS

7. En su Carta de vistos LAP señala lo siguiente:

“... hemos identificado determinados aspectos que entendemos constituyen errores materiales de la misma [la resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN]...”

(...)

Así, entre los errores materiales encontramos los siguientes:

1. *Respecto a los resultados de los Flujos de Caja elaborados por OSITRAN.*

De acuerdo a lo previsto en el Artículo 27 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público..., << el criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso y su modalidad debe permitir a la entidad prestadora recuperar los costos económicos (...)>>. Esto es logrado mediante la estimación de cargos a través de Flujos de Caja y cálculos del VPN. Esta metodología es aplicada por OSITRAN sin excepción para los cálculos [de] cargos de acceso, debiendo los flujos de caja arrojar un VPN igual a “0” a efectos que el

Concesionario recupere sus inversiones sin obtener ganancias extraordinarias.

De la revisión de las cifras propuestas por OSITRAN para el caso de los dos (2) flujos de caja presentados para sustentar el Cargo de Acceso fijado para el periodo 2007-2009, hemos encontrado un error al haberse fijado los VPN igual a "0" a efectos que el Concesionario recupere sus inversiones sin obtener ganancias extraordinarias.

De la revisión de las cifras propuestas por OSITRAN para el caso de los dos (2) flujos de caja presentados para sustentar el Cargo de Acceso fijado los VPN en negativo.

(...)

- 2. Subestimación de los cargos de acceso para los años 2008 y 2009.*

OSITRAN estima los cargos para los años 2008-2009 de manera separada del cargo correspondiente al año 2007. Sin embargo, en sus flujos de caja de los años 2008 y 2009, incurre en el error de no considerar el valor estimado (y propuesto) para el cargo de acceso para el año 2007, sino un valor distinto (mayor).

- 3. El cronograma de aplicación de los cargos de acceso y la recuperación de las inversiones*

Con el esquema propuesto pro OSITRAN nuestras inversiones, en extremo, se empezarían a recuperar con uno (1) o dos (2) años de retraso. Esto se daría si, por ejemplo finalizamos nuestras inversiones en los cuarenta y nueve (49) counters a principios del año 2008. OSITRAN establece que se reconocerían los incrementos del cargo para el año 2008 únicamente si es que las inversiones finalizan antes del año 2008.

Esto, a nuestro entender, constituiría un error involuntario que podría generar incentivos a retrasar inversiones y nos perjudicaría económicamente al retrasar la recuperación de las mismas.

- 4. Omisión del gasto de energía para el calculo del cargo de acceso*

Como ha sido establecido por OSITRAN, el cargo de acceso por alquiler de mostradores check in es cobrado por hora. Al respecto, se ha considerado que el cobro del consumo de energía eléctrica - el mismo que es propuesto por OSITRAN conforme al

Mandato de Acceso - debe ser ejecutado por separado del cargo de acceso.

Entendemos que ello constituiría un error generado posiblemente en la no consideración de que dicho esquema resultaría costoso para los usuarios intermedios, así como inviable en la práctica para el concesionario.

5. Cálculo del costo de la deuda

Para la realización de dicho cálculo, OSITRAN habría omitido considerar una parte del costo financiero de la deuda de LAP. No obstante que los costos de dicha deuda son calculados bajo un enfoque all – in cost, OSITRAN ha omitido (entendemos que involuntariamente) considerar los gastos financieros iniciales del primer financiamiento.

Al respecto, cabe señalar que dichos gastos financieros no son incluidos en las cuentas de gastos de los flujos de caja. Por ello, en la práctica y sin excepción, en anteriores cálculos de cargos de acceso, estos gastos han sido incorporados pro OSITRAN en el costo de la deuda. No obstante, de acuerdo con la propuesta hecha por el regulador mediante Informe N° 22-07-GRE-GAL-OSITRAN, estos gastos (los mismos que fueron incurridos a efectos de obtener la estructura financiera anterior y la actual, toda vez que ésta última ha recogido productos de la primera) serían erradamente eliminados.

En ese contexto, estando a los errores incurridos – entendemos en forma involuntaria- en la elaboración de la Resolución de la referencia, les solicitamos que se sirvan aclarar y/o precisar los extremos citados de la misma de acuerdo a ley.”

8. Como puede observarse, la solicitante afirma que la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN, contiene diversos errores materiales (relativos a los resultados de flujos de caja elaborados por OSITRAN, subestimación de los cargos de acceso para los años 2008 y 2009, cronograma de aplicación de los cargos de acceso y la recuperación de inversiones, supuesta omisión del gasto de energía para el cálculo del cargo de acceso y cálculo del costo de la deuda), razón por la cual, en aplicación del Art. 201° de la LPAG, solicita a OSITRAN la rectificación de dichos errores.
9. Al respecto el Art. 201° de la LPAG señala lo siguiente:

“Artículo 201º.- Rectificación de errores

201.1 Los errores material o aritmético 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.

201.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.”

[El subrayado es nuestro]

10. Conforme a lo señalado por la norma citada, en lo que se refiere al concepto del error material de hecho o aritmético, debemos indicar que éste es aquel que resulta notorio y obvio, cuya existencia aparece clara, sin necesidad de mayor esfuerzo o análisis, por saltar a primera vista.

En ese sentido, SANTAMARÍA PASTOR y PAREJO ALFONSO señalan que:

“El error de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible; es decir se evidencia por sí solo, sin necesidad de mayores razonamientos y se manifiesta “prima facie” por su sola contemplación. ... Las características que han de concurrir en un error para ser considerado material, de hecho o aritmético son las siguientes: en primer lugar, poseer realidad independiente de la opinión, o criterio de interpretación de las normas jurídicas establecidas; en segundo lugar, poder observarse teniendo exclusivamente en cuenta los datos del expediente administrativo; y, por último, poder rectificarse sin que padezca la subsistencia jurídica del acto que lo contiene”¹

[El subrayado es nuestro]

11. Teniendo en consideración la definición de error señalada en el ítem precedente, resulta claro que la solicitud presentada por LAP no aborda supuestos errores, sino que, por el contrario, a través de dicha figura la solicitante busca dejar sin efecto el análisis efectuado oportunamente por el organismo regulador mediante Informes números 044-07-GS-GAL-OSITRAN y 022-07-GRE-GAL, los cuales son el sustento de la Resolución

¹ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano: Derecho Administrativo, La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, primera reimpresión, 1992, página 389.

Nº 036-2007-CD-OSITRAN, hecho que de por sí obligaría a la realización de un nuevo análisis de fondo.

12. Al respecto, debe tenerse en consideración que el Art. 218º de la LPAG establece lo siguiente:

“Artículo 218º.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o
(...)”

[El subrayado es nuestro]

13. En el presente caso, al haber interpuesto LAP, en su oportunidad, el correspondiente recurso de reconsideración y al haber sido resuelto el mismo mediante la emisión de la Resolución Nº 036-2007-CD-OSITRAN, ha quedado agotada la vía administrativa.

En efecto, conforme a lo analizado en el Informe Nº 036-07-GS-GREGAL-OSITRAN de vistos, la solicitud de rectificación presentada por LAP se refiere básicamente a aspectos ya tratados en el Informe Nº 022-GREGAL-OSITRAN, relacionados a los flujos de caja elaborados por OSITRAN, la supuesta subestimación de los cargos de acceso para los años 2008 y 2009, el cronograma de aplicación de los cargos de acceso y la recuperación de las inversiones, la supuesta omisión del gasto de energía para el cálculo del cargo de acceso y el cálculo del costo de la deuda.

En consecuencia, es claro que resulta improcedente la solicitud presentada por LAP por tratarse de aspectos sustantivos, en los que, al haber quedado agotada la vía administrativa, no procede emitir un nuevo pronunciamiento en base a la exigencia de realización de un nuevo análisis de fondo, como lo pretende equivocadamente la concesionaria, mediante la indebida utilización de la figura del error material.

14. De otro lado, de una simple lectura del contenido de la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN, y de su antecedente, el Informe N° 022-GRE-GAL-OSITRAN, se ha detectado la no correspondencia entre la redacción del Numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del correspondiente al Mandato (referido erróneamente a la inclusión de la energía en el cargo) y la estimación efectuada (contenida en el citado Informe N° 022-GRE-GAL-OSITRAN).
15. Al respecto, es pertinente precisar que a través del penúltimo considerando de la Resolución N° 020-2007-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo hizo suyo el contenido del Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN, incorporándolo en la parte considerativa de dicha Resolución, razón por la cual el análisis efectuado en el citado Informe debe concordar con la parte resolutive de dicho acto administrativo.

Sobre el particular, el Numeral 64 del Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN, señala que estas Gerencias *“consideran que no debe incluirse el costo del consumo de energía eléctrica de los sistemas anexos a los mostradores (luminarias y aire acondicionado), en la determinación del cargo de acceso por el servicio de alquiler de counters (...)”*.

Concordante con ello, la cuarta conclusión del Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN dispuso que:

“En la determinación del cargo de acceso por el servicio de alquiler de counters, se consideró un incremento de 3% anual de la demanda, la eliminación de los gastos de adquisición y mantenimiento de los sistemas PaxSim y Exceed Red Hut, la eliminación de los gastos relacionados al consumo de energía eléctrica de las áreas anexas a los mostradores, y el ajuste de los gastos de mantenimiento de los ordenadores de fila.”

[El subrayado es nuestro]

16. En consecuencia, en virtud de la conclusión arribada por el Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN, correspondía que la misma sea recogida en la parte resolutive de la Resolución N° 020-2007-CD-OSITRAN; al respecto, debemos precisar que en virtud de dicha conclusión, la citada resolución debió incluir la modificación de la redacción del numeral 7.3 de la cláusula séptima del mandato de acceso para alquiler de mostradores de check – in en el Aeropuerto Internacional Jorge Chavez, en los siguientes términos (es decir, eliminándose lo que a continuación ponemos como tachado):

“7.3 El Cargo de Acceso incluye los servicios de limpieza y mantenimiento de los Mostradores, ~~así como la provisión de~~”

~~energía eléctrica necesaria para el funcionamiento del Equipamiento y, en general, para la prestación del Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (Check In), a través de las Facilidades Esenciales. Está excluido del referido cargo de acceso, el costo o contraprestación correspondiente a la provisión de los servicios de comunicaciones a favor del Usuario Intermedio, así como la provisión de los equipos necesarios para la prestación de los mismos, estando excluido del Cargo de Acceso de manera expresa la provisión de equipos de informática (computadoras personales y/o laptops). Asimismo, está excluido del referido cargo de acceso, el costo o contraprestación correspondiente a la provisión de los servicios de comunicación a favor del Usuario Intermedio.~~

~~La porción del cargo de acceso correspondiente a la operación de la infraestructura esencial necesaria para el funcionamiento de los servicios de comunicación en el AIJCH, podrá ser facturada directamente por el prestador de dichos servicios al Usuario Intermedio, aplicando para tal fin, como máximo, la contraprestación que este operador aplique a LAP. El Usuario Intermedio podrá requerir a LAP que demuestre el monto que efectivamente paga al operador de los mencionados servicios.~~

~~Sin perjuicio de que LAP no preste directamente el servicio mencionado en el párrafo anterior, es obligación de la empresa concesionaria garantizar al Usuario Intermedio que contará con la provisión de dicho servicio dentro del AIJCH.”~~

17. Sin embargo, de una simple lectura de la parte resolutive de la Resolución N° 020-2007-CD-OSITRAN, queda claro que simplemente se omitió incluir por error material, la modificación dispuesta por el Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN, informe que, debemos recordar, se constituyó como parte considerativa de dicha resolución.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de rectificación por error material presentada por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. – LAP.

SEGUNDO: RECTIFICAR de OFICIO la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN de fecha 13 de junio de 2007, incluyendo lo dispuesto por la conclusión cuarta del Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN, corrigiendo la redacción del Numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del Mandato de Acceso para el alquiler de mostradores de *check-in* en el AIJCH, en los siguientes términos:

“7.3 El Cargo de Acceso incluye los servicios de limpieza y mantenimiento de los Mostradores. Está excluido del referido cargo de acceso, el costo o contraprestación correspondiente a la provisión de los servicios de comunicaciones a favor del Usuario Intermedio, así como la

provisión de los equipos necesarios para la prestación de los mismos, estando excluido del Cargo de Acceso de manera expresa la provisión de equipos de informática (computadoras personales y/o laptops). Asimismo, está excluido del referido cargo de acceso, el costo o contraprestación correspondiente a la provisión de los servicios de comunicación a favor del Usuario Intermedio.

La porción del cargo de acceso correspondiente a la operación de la infraestructura esencial necesaria para el funcionamiento de los servicios de comunicación en el AIJCH, podrá ser facturada directamente por el prestador de dichos servicios al Usuario Intermedio, aplicando para tal fin, como máximo, la contraprestación que este operador aplique a LAP. El Usuario Intermedio podrá requerir a LAP que demuestre el monto que efectivamente paga al operador de los mencionados servicios.

Sin perjuicio de que LAP no preste directamente el servicio mencionado en el párrafo anterior, es obligación de la empresa concesionaria garantizar al Usuario Intermedio que contará con la provisión de dicho servicio dentro del AIJCH.”

TERCERO: Notificar la presente Resolución y el Informe N° 036-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN a Lima Airport Partners S.R.L. y los usuarios intermedios que fueron notificados con la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN.

CUARTO.- Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

QUINTO.- Encargar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, que supervise el cumplimiento de lo rectificado en la presente Resolución.

SEXTO.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

JUAN CARLOS ZEVALOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.N°PD11388-07