

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 015-2005-CD-OSITRAN

Lima, 09 de marzo de 2005

MATERIA: RECURSO DE RECONSIDERACIÓN A LA RESOLUCIÓN Nº 068-2004-CD-OSITRAN

ENTIDAD PRESTADORA: LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (LAP)

SECTOR: EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA DE USO PUBLICO.

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP), mediante escrito de fecha 21 de enero de 2005, contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 068-2004-CD-OSITRAN; el Informe Nº 010-05-GRE-GAL-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Asesoría Legal y la Gerencia de Regulación del OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Carta LAP-GCCO-C-2004-00083 de fecha 22 de octubre de 2004, la empresa Lima Airport Partners (LAP), presentó al OSITRAN una propuesta tarifaria por el uso del sistema de equipos de rayos X para la revisión (inspección) de equipaje en bodega, para el período 2005-2007, solicitando la confidencialidad de la información remitida.
2. Con fecha 03 de noviembre del 2004, se hizo entrega de la información referida a la solicitud de fijación tarifaria arriba descrita a la Gerencia de Regulación, suscribiendo un compromiso de confidencialidad..
3. El 04 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Acuerdo 549-153-2004-CD declaró improcedente la solicitud de LAP para la declaración de información confidencial de la información remitida, por no constituir secreto comercial.
4. Con fecha 11 de noviembre del 2004, mediante Carta LAP-GCCO-C-2004-00092 LAP solicitó la aprobación de tarifas provisionales para el servicio de revisión de equipaje (inspección) mediante un sistema de equipos de rayos X.
5. Con fecha 12 de noviembre, se sostuvo una audiencia privada con funcionarios de las American Airlines, Aerolíneas Argentinas, Lan Perú y Varig en relación a las características del servicio de inspección de equipajes mediante rayos X, en el AIJCH.
6. Con fecha 15 de noviembre, mediante Oficio Circular Nº102-04-GRE-OSTRAN se solicitó información a las empresas de transporte aéreo en relación a las

características del servicio revisión de equipaje (inspección) en bodega mediante un sistema de rayos X.

7. Con fecha 16 de noviembre, se sostuvo una audiencia privada con funcionarios de LAP en relación a las características de la propuesta de servicio de revisión de equipaje (inspección) en bodega mediante un sistema de rayos X.
8. Mediante Oficio N° 103-04-GRE-OSITRAN, de fecha 19 de noviembre, se remitió a LAP un cuestionario requiriendo información adicional y complementaria relativa al servicio de revisión de equipaje (inspección) en bodega mediante un sistema de rayos X.
9. Mediante Oficio N° 049-04-GRE-OSITRAN, de fecha 07 de diciembre de 2004, esta Gerencia solicitó opinión a la Gerencia de Asesoría Legal, sobre si el Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH), y/o las leyes vigentes, otorgan al Concesionario LAP la potestad de impedir que las líneas aéreas contraten de manera competitiva el servicio de inspección de equipaje a través de rayos X.
10. Con fecha 07 de diciembre se sostuvo una audiencia privada con funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil.
11. Mediante Informe N° 132-04-GAL-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Legal remitió opinión legal señalando que ni las leyes vigentes ni el Contrato de Concesión, confieren al Concesionario la potestad de impedir que las líneas aéreas contraten de manera competitiva el servicio de inspección de equipaje a través de rayos X, siempre que dicha competencia sea tecnológicamente posible y no ponga en riesgo las condiciones de seguridad en el AIJCH.
12. Por Informe N° 075-04-GRE-OSITRAN de 10 de noviembre de 2004 se recomendó: (a) declarar improcedente la solicitud de fijación tarifaria para la prestación del servicio de revisión (inspección) de equipaje mediante un sistema de rayos x; y, (b) Solicitar a LAP remitir a OSITRAN su nuevo Plan de Seguridad debidamente aprobado por la DGAC, así como presentar las razones técnicas y económicas, por las cuales las empresas que actualmente vienen prestando el servicio de revisión (inspección) de equipaje mediante un sistema de rayos x, no podrán competir con LAP en la prestación de dicho servicio;
13. Por Resolución N° 068-2004-CD-OSITRAN se declaró improcedente la solicitud de fijación de tarifas formulada por LAP, para la prestación del servicio de revisión (inspección de equipaje) mediante un sistema de rayos X en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" y se solicitó que LAP remita a OSITRAN su nuevo Plan de Seguridad del AIJCH debidamente aprobado por la Dirección General de Aeronáutica Civil, así como sustentar las razones técnicas y económicas por las cuales las empresas que actualmente vienen prestando el servicio de revisión (inspección) de equipaje mediante un sistema de Rayos "X", no podrán competir con la empresa concesionaria de la prestación de dicho servicio;

La resolución fue notificada a LAP con fecha 4 de enero de 2005 por Oficio Circular N° 074-04-GG-OSITRAN de 16 de diciembre de 2004 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 7 de enero de 2005;

14. Con fecha 21 de enero de 2005 LAP interpuso recurso de reconsideración contra la referida resolución;

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

En atención a que el escrito de reconsideración ha sido presentado dentro del plazo de ley por la Entidad Prestadora que cuenta con legitimidad para ello, corresponde determinar las cuestiones en discusión:

1. Si se ha vulnerado el derecho al debido procedimiento de LAP al haberla privado de informarle las razones por las cuales las empresas que actualmente vienen prestando el servicio en cuestión, no podrán competir con LAP en la prestación del mismo, una vez que éste entre en operación el sistema de equipos de rayos X instalado por LAP en el AIJCH;
2. Si al momento de expedir la resolución impugnada, se ha incumplido con expresar inequívocamente su objeto, de conformidad con el numeral 2) del artículo 3º de la LPAG;
3. Si los argumentos de LAP permiten reconsiderar la decisión en cuanto al fondo y aprobar la tarifa solicitada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1. Vulneración del derecho al debido procedimiento:

1. LAP señala que se ha vulnerado su derecho al debido procedimiento porque: (i) OSITRAN no le solicitó que sustente las razones técnicas y económicas por las cuales las empresas que actualmente vienen prestando el servicio de inspección de equipaje mediante el sistema de rayos X, no podrán competir con LAP en la prestación de dicho servicio una vez que entre en funcionamiento el sistema instalado por LAP, conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión; y, (ii) OSITRAN tampoco solicitó a LAP la presentación del Programa de Seguridad del Aeropuerto, ni condicionó la aprobación de la tarifa propuesta a determinadas modificaciones del referido Programa de Seguridad;
2. LAP señala que OSITRAN se limitó a solicitarle, mediante Oficio N° 103-04-GRE-OSITRAN de 19 de noviembre de 2004, que informe si el sistema de inspección de rayos X instalado por LAP en el Aeropuerto, admitirá la exclusión en sus procesos de alguna línea aérea lo que fue respondido por LAP por Carta LAP-GCCO-C-2004-0105 de fecha 26 de noviembre en sentido afirmativo;
3. Señalan que en atención a lo anteriormente expuesto, se ha privado a LAP de la posibilidad de exponer sus explicaciones sobre la referida exclusión, pues entienden que si OSITRAN requería dicha explicación debió haber solicitado que exponga dichas razones;
4. Asimismo, señalan no entender la razón por la que, no obstante señalar en el artículo 2º de la Resolución, que a efectos de evaluar la solicitud se requiere de mayor información, se declara improcedente la solicitud;
5. Al respecto, debe señalarse que un principio fundamental sobre el que se sustenta el ordenamiento jurídico es que nadie puede alegar desconocimiento de

la Ley (en sentido amplio, es decir, incluyendo Decretos Supremos y normas de inferior jerarquía).

6. En este estado, es importante señalar que el Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, en lo sucesivo RETA, señala lo siguiente:

Artículo 11°.- Necesidad de regulación tarifaria

En los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, en los que no exista competencia efectiva o no sea posible garantizarla, a través de la regulación del acceso a las Facilidades Esenciales asociadas a dichas infraestructuras, OSITRAN determinará las Tarifas aplicables a los servicios relativos a dichos mercados.

Artículo 13°.- Libre funcionamiento del mercado

En los casos en que los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público se desarrollen en condiciones de competencia, OSITRAN fomentará y preservará la competencia en la utilización de dicha infraestructura y en la prestación de los servicios derivados de ella, no siendo aplicable en tal caso la fijación tarifaria por parte de OSITRAN.

Artículo 14°.- Desregulación

OSITRAN de oficio o a solicitud de las Entidades Prestadoras deberá abstenerse de establecer una regulación tarifaria o suprimirá la regulación tarifaria vigente, siempre que se verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado respectivo y la regulación ya no resulte necesaria, debido a que la competencia entre los agentes económicos de los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público puede asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios.

7. De las normas anteriormente transcritas, se desprende que el único caso en el que corresponde fijar y/o revisar tarifas, es en aquellos en que no exista competencia en el mercado lo que evidentemente tiene que acreditarse. En efecto, el RETA señala que el solicitante debe presentar entre otros documentos el marco general y la justificación de su solicitud así como el estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros y bases de datos utilizados en el estudio¹. Es decir, se solicita no sólo que se alegue, sino que se acredite las argumentaciones.

¹ **Artículo 62°.- Contenido de la solicitud de fijación o revisión tarifaria**

La solicitud de fijación o revisión tarifaria deberá contener cuando menos la siguiente información:

1. Indicación de la Entidad Prestadora solicitante;
2. Poder del representante legal de la Entidad Prestadora;
3. Marco general y justificación;
4. Definición del servicio o servicios objeto de la solicitud de fijación o revisión tarifaria;
5. Estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros y bases de datos utilizados en el estudio;
6. Definición y sustentación de la metodología utilizada como base para la propuesta de fijación o revisión tarifaria;
7. Proyección de la demanda;
8. Plan de inversiones;
9. Costos operativos;
10. Costo de capital;
11. Flujo de caja;
12. Análisis de sensibilidad;
13. Comparación tarifaria internacional, de ser el caso;
14. Análisis financiero de la empresa.

8. En atención a que la solicitud de fijación fue presentada por LAP, en el presente caso nos encontramos dentro de un procedimiento iniciado a pedido de parte y en consecuencia, se aplican las reglas correspondientes, de modo que es al administrado LAP a quien le corresponde probar lo que alega, sin perjuicio del deber de la administración de actuar las pruebas necesarias para la tutela del interés público;

9. Juan Carlos Morón, en este sentido señala que:

“el particular que reclama una decisión de la Administración o el contrainteresado que alega la existencia de ciertos hechos impositivos adversos a esas pretensiones, o la Administración que estima que es momento de aplicar una sanción u otorgar un derecho, tienen a su cargo la prueba del hecho invocado como acción o excepción”².

10. De la revisión de las normas citadas, resulta por demás evidente que en atención a que el interesado en cambiar la situación jurídica, constituida por una situación de libre competencia por una de exclusividad en la prestación de un servicio; es LAP, por lo que le corresponde a ésta alegar y probar los hechos que sustentan su pretensión.

11. Esta conclusión se encuentra reforzada por lo señalado en el Reglamento General de OSITRAN aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, en lo sucesivo REGO, que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 10° Principio de Subsidiariedad.

En el ejercicio de su función normativa y/o reguladora, la actuación del OSITRAN es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los USUARIOS. En caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladoras, se optará por no dictarlas. Entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que afecte menos a la autonomía privada.

En tal sentido la adopción de una disposición normativa y/o reguladora deberá sustentarse en existencia de monopolios u oligopolios, existencia de barreras legales o económicas significativas de acceso al mercado o niveles significativos de asimetría de información en el mercado correspondiente entre las ENTIDADES PRESTADORAS, de un lado, y los proveedores de servicios y los USUARIOS, en el otro.

12. Es así que, si LAP considera que existen razones que sustenten la necesidad de una fijación tarifaria, no sólo tenía que alegarlas sino acreditarlas ante OSITRAN, sin necesidad de que OSITRAN tenga que señalárselo de manera distinta a la simple expedición de las normas anteriormente señaladas (REGO y RETA);

13. En ese sentido resulta, por decir lo menos, incorrecta, la afirmación de LAP en el sentido que al no habérsele exigido explicar las razones por las que el servicio de inspección no podía prestarse en libre competencia o que debía entregar documentación determinada, vulnera su derecho al debido proceso;

² MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. P. 444.

14. En todo caso, es importante señalar que el propio LAP al señalar a la letra que:

“Si OSITRAN requería que LAP sustente dichas razones para aprobar la solicitud de fijación tarifaria presentada, en virtud del Principio de Debido Procedimiento, OSITRAN debería haber solicitado a LAP que exponga dichas razones antes de resolver la referida solicitud”

reconoce expresamente que no sustentó las razones que fundamentaban su solicitud lo que finalmente devino en la desestimación de la misma, cumpliéndose el supuesto que permite aplicar el dicho “a confesión de parte, relevo de prueba”;

15. Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que conforme lo reconoce el propio LAP, OSITRAN sí le requirió por Oficio N° 103-04-GRE-OSITRAN que precise si es que la instalación del equipo impediría que el servicio de inspección sea prestado por otros competidores, lo que llevaba implícito el requerimiento de sustento de dicha situación, por lo que resulta absolutamente injustificado que LAP alegue que se ha vulnerado en modo alguno su derecho al debido procedimiento;
16. Finalmente, resulta importante precisar que además de haber requerido información a LAP, OSITRAN no sólo ha evaluado la información proporcionada por LAP, sino que - respetando el principio de verdad material, que debe matizarse con el principio relativo a que en los procedimientos de parte, es al administrado a quien corresponde la carga de la prueba – OSITRAN también ha realizado la evaluación – tal como consta en los propios fundamentos del Informe N° 075-04-GRE-OSITRAN - del marco jurídico y contractual, concluyendo que el referido marco no autoriza a LAP a prestar el servicio de inspección en exclusividad, si es que el servicio en cuestión en cuestión pudiera prestarse en condiciones de competencia, por lo que en el caso que LAP insista en dicha pretensión, deberá sustentarla en otros argumentos;

III.2. Si OSITRAN cumplió con expresar el objeto de la resolución impugnada:

17. LAP señala que existe discordancia entre lo expresado en la parte considerativa y en la parte resolutive de la resolución, en la medida que en el Octavo Considerando, se señala que cuando OSITRAN conozca las modificaciones al Programa de Seguridad y LAP sustente las razones técnicas y económicas por las cuales las empresas, que actualmente prestan el servicio de inspección por rayos X, no podrán competir con LAP en la prestación de dicho servicio, OSITRAN aprobaría o no la solicitud tarifaria presentada por LAP, en tanto que dicha conclusión no se desprendería de la parte resolutive, por lo que solicitan un precisión;
18. Sin perjuicio de que consideramos que el hecho de haber señalado en el segundo numeral de la parte resolutive de la resolución, que LAP deberá remitir su nuevo Plan de Seguridad del AIJCH debidamente aprobado por la Dirección General de Aeronáutica Civil, así como sustentar las razones técnicas y económicas por las cuales las empresas que actualmente vienen prestando el servicio de inspección, no podrán competir con la empresa concesionaria; resulta suficiente para entender que el pronunciamiento efectivamente se hará conforme a lo señalado en la parte considerativa, a efectos de garantizar con la mayor amplitud los derechos del concesionario, resultaría recomendable dejar a salvo su derecho para presentar una nueva solicitud cuando cuenten con la información necesaria;

19. De esta manera, queda igualmente salvado el cuestionamiento a que se refiere el acápite anterior;

III.3. Análisis de fondo de la reconsideración:

20. LAP ha presentado copia de la parte pertinente del Programa de Seguridad 2005 del Aeropuerto remitido por LAP a la DGAC mediante la Carta LAP-GSEG-2004-G-00524 de 16 de diciembre de 2004;
21. Asimismo, sustenta la necesidad de la fijación tarifaria en razones de (a) seguridad; (b) de insuficiencia de espacio e infraestructura y (c) de carácter económico (permitir la recuperación de costos);
22. Al respecto, debemos señalar que LAP nuevamente confirma que OSITRAN resolvió correctamente pues a la fecha de la emisión de la resolución impugnada (15 de diciembre de 2004), LAP no había cumplido aún con presentar su Programa de Seguridad 2005 del Aeropuerto, que fue presentado el día 16 de diciembre de 2004;
23. Por otro lado, en cuanto al argumento de LAP en el sentido que la instalación del sistema de inspección de equipajes por parte de LAP, garantizará una mayor seguridad conforme a lo señalado en la Sección 4.3.1.5 del Anexo 6, no resulta suficiente para sustentar la prestación exclusiva por parte de LAP;
24. El único efecto que se desprende de la referida Sección, es que LAP tiene que cumplir la referida obligación y en todo caso, cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones apruebe el procedimiento pertinente determinará si las exigencias de seguridad ameritan que el servicio se preste de manera centralizada;
25. En relación a los problemas de espacio e infraestructura, debido a la estrecha vinculación con el Programa de Seguridad 2005 del Aeropuerto, y a que la información proporcionada por LAP no es suficiente para evaluar dicho aspecto, no resulta posible la emisión de pronunciamiento alguno en este tema;
26. En relación al argumento de LAP en el sentido que desde el punto de vista económico, OSITRAN debe fijar las tarifas teniendo en consideración que permitan la recuperación de todos los costos en que deba incurrir el concesionario, debe señalarse que esta discusión sólo tendrá lugar en la medida en que se logre acreditar que el servicio debe ser prestado en exclusividad por LAP;
27. Es así que, en atención a que LAP no ha logrado acreditar que a la fecha existen razones que sustentan la necesidad de que el servicio se preste en exclusividad por ésta, no corresponde la fijación de tarifa alguna;

POR LO EXPUESTO, en virtud de las funciones establecidas en el literal e) del Artículo 50° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 010-2001-PCM; en el literal b) del numeral 3.1 de la Ley N° 27332; y Artículo 1° del Decreto Supremo N° 032-2001-PCM; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión del 28 de febrero de 2005;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Desestimar los fundamentos del recurso de reconsideración presentado por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., confirmando la resolución reconsiderada.

Artículo 2º.- Precisar que queda a salvo el derecho de LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. para iniciar el procedimiento de fijación de tarifas en el momento en que se apruebe el referido procedimiento por parte de la autoridad competente.

Artículo 3º: Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Artículo 4º.- Notificar la presente resolución a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.

Artículo 5º.- Notificar la presente resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente