

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 006-2008-CD-OSITRAN

Lima, 27 de febrero de 2008

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

El Informe Nº 009-08-GRE-GAL-OSITRAN, que emite opinión respecto al Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP, contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 041-07-CD-OSITRAN, que establece el cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 9 de enero del año 2007, mediante los Oficios Nº 024-07-GS-OSITRAN y Nº 025-07-GS-OSITRAN, se notificó a LAP y los usuarios intermedios el Proyecto de Mandato de Acceso por el Servicio de Alquiler de Depósitos para Almacenar Equipaje Rezagado en el AIJCH.
2. Mediante Resolución Nº 021-2007-CD-OSITRAN se aprobó el Mandato de Acceso a Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), para que otorgue el acceso para el alquiler de almacenes para el depósito de equipaje rezagado; necesario para prestar el servicio de atención de tráfico de pasajeros y equipaje.
3. El 27 de junio del año 2007 se emitió la Resolución de Consejo Directivo Nº 041-2007-CD-OSITRAN, que resolviendo los recursos de reconsideración presentados por diversas aerolíneas y por LAP en contra de la Resolución Nº 021-2007-CD-OSITRAN; estableció los cargos de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado.
4. Con fecha 9 de julio del año 2007, se remite a LAP el Oficio Nº 072-07-SCD, mediante el cual se notifica la Resolución Nº 041-2007-CD-OSITRAN.
5. El 31 de julio del año 2007, mediante Escrito S/N, LAP interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo

Nº 041-2007-CD-OSITRAN. Para tal efecto, adjunta en calidad de Anexos de la reconsideración, el Memorando LAP-GPF-29-2007 (referido a la inversión inicial en los cuatro contenedores de 40 pies y el cálculo del costo de la deuda de LAP efectuado por OSITRAN), así como el Memorando Nº LAP-GPF-14-2007 (referido al cálculo de la tasa de descuento efectuado por OSITRAN).

6. El 08 de enero del año 2008, mediante el Escrito S/N, el Concesionario remitió una ampliación al Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 041-2007-CD-OSITRAN.
7. Con fecha 06 de febrero de 2008, LAP remite un nuevo escrito¹ *para mejor resolver*, referido al principio de congruencia de las Resoluciones y la prohibición de reforma en peor (*o reformatio in peius*), con relación a diversos procedimientos de emisión de Mandato de Acceso en el AIJCh.
8. Con fecha 07 de febrero de lleva a cabo la Sesión Nº 263 del Consejo Directivo de OSITRAN, en la cual en uso de la palabra concedido por la entidad, LAP expone con amplitud los fundamentos de sus diversas impugnaciones. Asimismo, los miembros del Consejo Directivo de OSITRAN solicitan a la Administración que incorpore en los informes, el análisis relativo al escrito de LAP de fecha 05 de febrero.
9. Con fecha 14 de febrero de 2008 se recibe el informe del Dr. César Ochoa Cardich, abogado especialista en Derecho Administrativo, al que se formuló una consulta legal con relación a los temas a que se refiere el último escrito de LAP;

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACION

II.1. Pretensiones de LAP

10. De acuerdo a lo manifestado por el Concesionario, el cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado debería ascender a:
 - 2007-2008: US \$4,89 por m², sin incluir IGV.
 - 2009-2011: El cargo de acceso se actualizará mediante la variación del Índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos.

II.2. Argumentos que ofrece

II.2.1. Supuesta introducción de consideraciones no tratadas en el procedimiento a través de la Resolución Nº 041-2007-CD-OSITRAN

¹ Ingresado en Mesa de Partes de OSITRAN a las 5:37 p.m.

11. LAP sostiene que su recurso de reconsideración se interpone *“como consecuencia de haberse identificado como parte de la Resolución y de los informes que la sustentan, la modificación de consideraciones que no habían sido tratadas con anterioridad como parte del presente procedimiento administrativo, con lo cual se estaría vulnerando nuestro derecho a la Doble Instancia”*.
12. Según LAP, OSITRAN, mediante Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN y los informes que la sustentan (informe N° 049-07-GS-GAL e Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN); al resolver su recurso de reconsideración en contra la Resolución N° 021-07-CD-OSITRAN, introdujo criterios no tratados con anterioridad.
13. Al respecto, LAP hace referencia a que de acuerdo al Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN *“se utilizó un flujo de caja que inicia el 2007 pero excluye parte de los costos financieros con que LAP cuenta al año 2007. OSITRAN consideró sólo los costos incurridos para el segundo financiamiento así como la penalidad de prepago de la deuda anterior, y no lo hizo con los costos financieros del primer financiamiento (los mismos que al 2007 aún no se han terminado de amortizar)”*.
14. Respecto al argumento anterior, LAP señala que *“Cabe señalar además que ésta exclusión es recién incurrida por OSITRAN en el Informe que sustenta la respuesta al recurso de reconsideración presentado por LAP² (es decir, el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN) contra el Mandato de Acceso aprobado por OSITRAN, y podría ser materia de un nuevo Recurso de reconsideración”*.

II.2.2. Inversión en contenedores

15. Mediante Memorando LAP-GPF-29-2007, que se acompaña como anexo del Recurso de reconsideración, nuevamente LAP señala que OSITRAN debería rectificarse en relación a la decisión de no incluir la inversión en los 4 contenedores de 40 pies, por las siguientes razones:
 - Mediante las Cartas N° LAP-GCCO-C-2006-00169 y N° LAP-GCCO-C-2007-00002, LAP rectificó la propuesta inicial y reconoció la existencia de diferencias en los montos de inversión.
 - Mediante los Memorandos N° LAP-GPF-32-2006 y N° LAP-GPF-05-2007, el Concesionario señaló los motivos por los que debe incrementarse la inversión en los contenedores.
 - Mediante los Memorandos N° LAP-GPF-06-2007 y N° LAP-GPF-19-2007, LAP sustentó que los 4 contenedores siempre fueron

² En contra de la resolución N° 021-07-CD-OSITRAN.

utilizados como depósitos para equipaje rezagado, dado que fueron adquiridos para dichos fines.

16. De esta manera, el Concesionario señala que *“consideramos que ya hemos presentado el debido sustento en los documentos mencionados y la evidencia más certera de que esta inversión debe ser imputada al servicio objeto del presente mandato la constituye los mismos usuarios intermedios quienes vienen utilizando la infraestructura (...)”*.

II.2.3. Costo de energía eléctrica de las áreas comunes

17. Asimismo, el concesionario sostiene nuevamente que OSITRAN debería rectificarse de la exclusión del costo de la energía eléctrica del cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado, por las siguientes razones:

- La iluminación permite que los usuarios intermedios ingresar y salir de las instalaciones sin contratiempos y riesgo de accidentes. En este contexto, los arrendatarios no sólo deben abonar la renta por el espacio que ocupan, sino también los servicios adicionales o complementarios (energía eléctrica, por ejemplo).
- El Regulador realiza una referencia incorrecta al Mandato de Acceso de Oficinas Operativas para justificar la exclusión del costo del consumo de energía eléctrica del cargo de acceso.
- La exclusión del costo del consumo de energía del cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado, podría generar un incremento de los costos administrativos y de fiscalización del Concesionario.
- En la terminología inmobiliaria, *“(...) el significado de mantenimiento va más allá del mantenimiento puro de las instalaciones, e incluye todos los costos y actividades necesarias para que el inmueble esté en óptimas condiciones de operación (...)”*. Por consiguiente, no se puede utilizar la definición de la Real Academia de la Lengua Española para determinar el costo de mantenimiento de los locales o áreas a arrendar.
- El consumo de energía eléctrica no puede diferir entre los usuarios intermedios en las áreas comunes. Si el consumo de energía eléctrica formara parte del cargo de acceso, cada usuario asumiría un costo proporcional al espacio arrendado, lo que sería una manera justa de prorratar los costos comunes de energía.
- La interpretación de OSITRAN del Informe N° 042-05-GRE-OSITRAN indicaría que el Concesionario no se encuentra facultado para cobrar por el servicio de energía eléctrica, ni como parte del cargo de acceso ni fuera de él.

18. De esta manera, LAP señala que “(...) *consideramos que por las razones expuestas en los párrafos precedentes, OSITRAN debe rectificar su mandato e incluir los costos por consumo de energía de las áreas comunes*”.
19. Es necesario mencionar, adicionalmente, que LAP sostiene en su escrito ampliatorio del Recurso de Reconsideración, que OSITRAN introdujo en la Resolución de Consejo Directivo N° 041-07-CD-OSITRAN, un elemento nuevo en el cálculo del cargo de acceso: la exclusión de los costos de energía eléctrica de las áreas comunes.

II.2.4. Tasa de descuento

Tasa libre de riesgo

20. Otra vez, LAP presenta exactamente la misma argumentación que sustentó al impugnar la Resolución N° 021-2007-CD-OSITRAN, argumentando que el periodo para calcular la tasa libre de riesgo de extenderse desde enero de 1999 hasta diciembre del año 2006, en la medida en que “*el periodo es consistente con el considerado para calcular el riesgo país y con las estimaciones de WACC presentadas por parte de LAP para las tarifas de rampa, carga y mangas (...). Asimismo, OSITRAN mediante la Resolución N° 011-2005-CD-OSITRAN (11 de febrero de 2005), actualiza el cálculo de la Rf estimada por LAP manteniendo la fecha de enero de 1999 como inicio (...).*”
21. En concordancia con lo anterior, LAP propone una tasa de libre riesgo, a marzo del año 2007, ascendente a 5,236%.

Riesgo país

22. Nuevamente, LAP presenta la misma argumentación que sustentó al impugnar la Resolución N° 021-2007-CD-OSITRAN en relación al periodo de cálculo del riesgo país utilizado por OSITRAN; sosteniendo lo siguiente:
 - Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática, la evolución económica de la economía peruana está constituida por ciclos, que registran una duración de entre 5 y 10 años.
 - Al considerar un periodo de 2 años para el cálculo del riesgo país, OSITRAN considera como base del cálculo un periodo de bonanza económica.
 - En agosto del año 2002 y mayo del año 2004, se registraron niveles de riesgo país significativamente mayores a los vigentes actualmente (893 puntos básicos y 541 puntos básicos, respectivamente).

- Suponer que en el largo plazo la evolución de la economía peruana, que depende considerablemente del desempeño de la economía mundial, será similar a la registrada en los últimos 2 años es un escenario muy optimista.
23. Por otro lado, el Concesionario señala que la afirmación de OSITRAN respecto a que en los próximos meses el Perú obtendría el grado de inversión, no es precisa, en la medida en que las clasificadoras de riesgo internacionales consideran que aún existen ciertas debilidades de la economía peruana, que deberían eliminarse para superar el grado especulativo de clasificación (elevado grado de dolarización o limitada flexibilidad fiscal, por ejemplo).
 24. En este contexto, LAP menciona que *“ante la evidencia de estos hecho, la posición de LAP no es una posición pesimista sino una realista, más aún cuando se trata de calcular el WACC que es una tasa de descuento a aplicar sobre flujos de caja proyectados de largo plazo”*.
 25. En concordancia con lo anterior, el Concesionario estima que el riesgo país actualizado a marzo del año 2007 debería ascender a 438,3 puntos básicos.
 26. Es necesario mencionar, adicionalmente, que LAP sostiene en su escrito ampliatorio del Recurso de Reconsideración que OSITRAN introdujo en la Resolución de Consejo Directivo N° 041-07-CD-OSITRAN, un elemento nuevo en el cálculo del riesgo país: la modificación del periodo referencial para éste fin.

Beta

27. En lo que respecta a la metodología de cálculo del beta país utilizada por OSITRAN, LAP presenta una vez más, los mismos argumentos de su recurso de reconsideración anterior:
 - El tráfico de los aeropuertos considerados en la muestra de OSITRAN fluctúa entre 2 y 5 veces el correspondiente al AIJCH. En la muestra utilizada por el Concesionario este indicador oscila entre 1 y 2,5 veces el tráfico del AIJCH.
 - No es claro como afecta la propiedad estatal en la gestión de las infraestructuras y en el cálculo del beta, para aquellos aeropuertos considerados en la muestra de LAP, tomando en cuenta que aquellos que son propiedad del Estado presentan menores betas.
 - La muestra de aeropuertos utilizada por LAP excluye aquellas infraestructuras que registran ratios de deuda-patrimonio menores que 1 (Japan Airport Terminal Company, por ejemplo), por lo que

es falso que se utilice el criterio del ratio de apalancamiento financiero.

- La información utilizada por OSITRAN corresponde al año 2005, por lo que no se encuentra actualizada.
28. En concordancia con lo anterior, el Concesionario señala que el beta debería ascender a 1,542, si se utiliza la muestra originalmente presentada a OSITRAN, o a 1,312 si se considera la muestra que incluye aeropuertos que registran un tráfico similar al correspondiente al AIJCH.
29. Es necesario mencionar, adicionalmente, que LAP sostiene en su escrito ampliatorio del Recurso de Reconsideración que OSITRAN introdujo en la Resolución de Consejo Directivo N° 041-07-CD-OSITRAN, 2 elementos nuevos en el cálculo del Beta: la modificación de la base de datos y los elementos que conforman la muestra utilizada por el Regulador para éste fin.

Costo de la deuda

30. Atendiendo a lo señalado por LAP mediante Memorando N° LAP-GPF-29-2007 que se acompaña como anexo del recurso de reconsideración de fecha 31 de julio de 2007, no es justificable la eliminación de los costos de financiamiento de la deuda OPIC-KFW del cálculo del WACC, en la medida en que:
- Son costos efectivamente asumidos por LAP, cuya no recuperación atentaría con el principio de sostenibilidad de la oferta y el principio de recuperación de las inversiones.
 - Los costos financieros no se encuentran distribuidos en las cuentas de gastos de la Contabilidad Regulatoria, dado que estos se recuperan a través de su inclusión en el costo de la deuda.
31. En este contexto, el escrito ampliatorio del Recurso de Reconsideración señala que *“(...) OSITRAN ha introducido un elemento nuevo que, hasta ese momento, no había sido parte de la discusión referida a la fijación del Cargo de Acceso respectivo: la exclusión de los costos incurridos por LAP respecto del primer financiamiento hasta la fecha del inicio del segundo financiamiento (...)”*.

Riesgo regulatorio

32. De acuerdo a lo señalado por LAP mediante Memorando N° LAP-GPF-14-2007 de fecha 03 de abril de 2007, que se acompaña como anexo del nuevo recurso de reconsideración presentado con fecha 31 de julio último, en relación a la reducción del riesgo regulatorio de 2% a 1%

planteada por OSITRAN; la primera tasa fue utilizada para el cargo de acceso para el servicio de rampa, para la tarifa por el servicio de carga y mangas, y para la propuesta de cargos de acceso por los servicios de alquiler de *counters*, oficinas operativas, depósitos para almacenaje de equipaje rezagado y áreas de mantenimiento.

33. Por otro lado, LAP señala que la afirmación de OSITRAN, respecto a que SUNASS y OSIPTEL no consideran en el cálculo del WACC una prima específica por riesgo regulatorio, dado que se encuentra incluido en el riesgo país que enfrenta el regulado, no es correcta. En este contexto, señala que *“(...) si bien las empresas reguladoras mencionadas no incluyen un riesgo regulatorio, tampoco señalan explícitamente que dicho riesgo se encuentre incluido dentro del riesgo país”*.
34. Adicionalmente, el Concesionario manifiesta que es necesario incluir el riesgo regulatorio, ya que la aplicación del régimen de regulación y supervisión que enfrenta la Entidad Prestadora puede derivar en cambios en el marco general de la regulación, cambios arbitrarios o unilaterales de los términos acordados, interpretación adversa de cláusulas ambiguas, cambios no esperados en tarifas, entre otros.
35. En concordancia con lo anterior, LAP sostiene que debe mantenerse para efectos del cálculo del WACC una prima de riesgo ascendente a 2%.
36. Cabe manifestar que una vez más se trata de argumentación ya sustentada al presentar el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución N° 021-07-GRE-OSITRAN.

Prima por liquidez

37. En relación a la eliminación de la prima por liquidez planteada por OSITRAN, el Concesionario manifiesta nuevamente que ésta fue utilizada para el cargo de acceso por el servicio de rampa, para la tarifa por el servicio de carga y mangas, y para la propuesta de cargos de acceso por los servicios de alquiler de *counters*, oficinas operativas, depósitos para almacenaje de equipaje rezagado y áreas de mantenimiento.
38. Por otro lado, LAP señala que *“debido a que muchas empresas concesionarias no cotizan en bolsa y no tienen mecanismos de salida inmediatos debido a restricciones contractuales con relación a transferencias de acciones de las mismas (...) es necesario considerar una prima de liquidez”*.

39. En concordancia con lo anterior, LAP sostiene que debe mantenerse para efectos del cálculo del WACC una prima por liquidez ascendente a 1%.

II.2.5. Sobre el principio de congruencia de las resoluciones y la prohibición de la “reformatio in peius” (o reforma peyorativa)

40. En su escrito ampliatorio del segundo recurso de reconsideración presentado por LAP, dicha empresa arguye que la introducción de “elementos nuevos” en la resolución de la reconsideración, ha “afectado negativa e ilegítimamente la situación que mantenía nuestra representada”, por lo que según dicha empresa, OSITRAN habría atentado contra el principio de congruencia recogido en el Artículo 187° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y habría infringido la prohibición de la “*reformatio in peius*” o reforma en peor.
41. Al respecto, mediante escrito de fecha 06 de febrero último, LAP desarrolla este planteamiento presentando los siguientes argumentos:
- De acuerdo al principio de congruencia de las resoluciones, la capacidad resolutoria de la Administración está delimitada por las peticiones o las pretensiones de los recurrentes; y que, sólo excepcionalmente, la Administración puede incorporar a su resolución elementos no planteados por los administrados, siempre que previamente les haya otorgado un plazo para que presenten sus alegaciones al respecto. Caso contrario, señala la empresa concesionaria, será nulo el acto administrativo.
 - Transgrede el principio de predictibilidad y transparencia del actuar de la Administración si es que ésta, modifica un Mandato de acceso definitivo o el proyecto de Mandato sin que el administrados haya presentado los respectivos comentarios.
 - El principio de la *non reformatio in peius* (o prohibición de la reforma en peor), se aplica a los actos administrativos que ponen fin al procedimiento recursal, de modo que se restringe la competencia resolutoria de la autoridad que conoce de un recurso, prohibiéndole que reforme la decisión impugnada en desmejora de la situación del recurrente.
 - El Artículo 187.2 de la LPAG se aplica también a los casos de emisión de Mandato de Acceso, y en caso que éste hubiera sido impugnado tanto por la Entidad Prestadora y el usuario intermedio, el Regulador debería haber declarado previamente procedente la impugnación del usuario intermedio, para cambiar la situación de la Entidad Prestadora.
 - La fecha de “corte” para la información que el Regulador puede tomar en cuenta, es la que se establece en el proyecto de Mandato de Acceso.

- Todas las contravenciones anteriores acarrearán la nulidad del acto administrativo.

III. ANALISIS

III.1. Análisis Legal

42. El primer acto materia de impugnación por parte de LAP (mediante el correspondiente recurso de reconsideración), fue la Resolución N° 021-07CD-OSITRAN, que aprobó el Mandato de Acceso a LAP para que otorgue el acceso para el alquiler de almacenes para el depósito de equipaje rezagado (necesario para prestar el servicio de atención de tráfico de pasajeros y equipaje).
43. Mediante la Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN, OSITRAN resolvió el recurso de reconsideración presentado por LAP con fecha 24 de abril de 2007.
44. De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), contra la Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN **ya no cabe interponer impugnación alguna en sede administrativa**, puesto que la precitada resolución agotó la instancia administrativa.
45. En efecto, el Artículo 207° de la LPAG establece lo siguiente:

<< Artículo 207.- Recursos administrativos

207.1 Los recursos administrativos son:

 - a) Recurso de reconsideración
 - b) Recurso de apelación
 - c) Recurso de revisión >>
46. Asimismo, el Artículo 214° de la LPAG establece lo siguiente:

<< Artículo 214.- Alcance de los recursos

Los recursos administrativos se ejercitarán por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente. >>

El subrayado es nuestro
47. Al respecto, se debe señalar que mediante escrito de fecha 31 de julio último, LAP interpuso un **segundo “recurso de reconsideración”** en contra del acto que a su vez resolvió su primer Recurso de

Reconsideración, presentado ante OSITRAN con fecha 24 de abril de 2007 (es decir, el recurso de reconsideración en contra de la Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN).

48. De acuerdo a lo preceptuado por la LPAG, **no cabe interponer dos veces el mismo recurso dentro del mismo procedimiento administrativo.**

En ese sentido, no es posible interponer recurso de reconsideración en contra al acto *que a su vez resuelve el un recurso de reconsideración.*

49. Respecto a la interposición única de los recursos, MORON URBINA³ señala lo siguiente:

<< Cada recurso puede ser deducido una vez en cada procedimiento, agotándose la posibilidad de ejercerlo con su interposición.

El doctor VALDEZ CALLE afirma que esta regla implica:

- a) **Respecto de cada expediente sólo cabe interponer un recurso de reconsideración**, un recurso de apelación y sólo un recurso de revisión, por cuanto **de otro modo se habilitaría la presentación de reconsideraciones contra las resoluciones que deciden una reconsideración anterior** o la apelación de otras apelaciones, **lo cual haría interminable el procedimiento administrativo**; y,
- b) **No se puede admitir que respecto de las resoluciones con las que se van decidiendo las impugnaciones puedan ejercitarse todas o cualesquiera de los recursos.** >>

El subrayado es nuestro

50. De acuerdo a lo anterior, es claro que conforme a lo establecido mediante la LAPG, el recurso de reconsideración presentado por LAP con fecha 31 de julio último **debe ser declarado improcedente.**
51. Asimismo, consideramos necesario instar a LAP a que en adelante, en la tramitación de los procedimientos administrativos que sigue ante esa entidad, **cumpla con lo establecido en virtud al Artículo 56° de la LPAG:**

³ En "Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", pag. 468. Gaceta Jurídica, Octubre de 2001.

<< Artículo 56.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

1. **Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.**

2. **Prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos (...)>>**

El subrayado es nuestro

52. Sin perjuicio de que solo **por el hecho que LAP ha interpuesto un recurso de reconsideración en contra de una resolución que a su vez resuelve su primer recurso de reconsideración**, lo que **de plano hace improcedente su recurso**; es necesario referirse a la argumentación sobre una supuesta trasgresión del principio de congruencia a que se refiere el Artículo 187º de la LPAG.
53. Al respecto, LAP basa su argumentación en que OSITRAN “introdujo elementos nuevos” en la resolución del recurso de reconsideración, y que ello afectó su situación inicial al reducirse el monto del cargo de acceso.

Sobre el particular, este Consejo Directivo considera conveniente realizar algunas apreciaciones previas de carácter formal.

54. Así, el Artículo 187º de la LPAG establece lo siguiente:

“Artículo 187.- Contenido de la resolución

187.1 La resolución que pone fin al procedimiento cumplirá los requisitos del acto administrativo señalados en el Capítulo Primero del Título Primero de la presente Ley.

187.2 **En los procedimientos iniciados a petición del interesado**, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, **sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial** y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.”

El subrayado es nuestro

55. Comentando el Artículo 187° de la LPAG, Juan Carlos MORON URBINA⁴, señala lo siguiente:

“En el campo procesal administrativo, la aplicación de esta figura, presenta sus matices propios, ya que el funcionario público **no agota su cometido y obligaciones con el análisis y el pronunciamiento sobre lo expuesto por el administrado** (en la solicitud, pruebas, alegatos, etc), sino que al funcionario público corresponde, como proyección de su deber de oficialidad y satisfacción de los intereses públicos, **resolver sobre cuantos aspectos obren en el expediente, cualquiera sea su origen.**

Por ello, la congruencia en el procedimiento administrativo adquiere singularidad hasta configurar la **necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por los interesados.** En tal sentido, **el contenido mismo del expediente y no los extremos planteados por los interesados es el límite natural al requisito de la congruencia de las resoluciones administrativas.**

En general, **el acto de inicio** (petición o resolución administrativa) **del procedimiento administrativo** no produce efecto delimitador del contenido de las subsiguientes actuaciones procesales, como sucede en el proceso judicial. Por ello, la Administración debe pronunciarse no sólo sobre lo planteado en la petición inicial, sino también sobre otros aspectos que hayan surgido durante la tramitación del expediente, provengan del escrito inicial, de modificaciones cuantitativas o cualitativas posteriores al petitorio, o de información oficial a que se tuviere acceso y consten en el expediente.

Lo que sí afecta al debido procedimiento del administrado, sería que la autoridad decidiese sobre aspectos no documentados en el expediente y consiguientemente, sobre los cuales no hayan mostrado su parecer los administrados. Del mismo modo, contraviene al ordenamiento que la instancia decisoria no se pronuncie sobre algunas pretensiones o evidencias fundamentales aportadas en el procedimiento (incongruencia omisiva). Ambas circunstancias constituyen incorrecciones del procedimiento, susceptibles de contestación y sanción”.

⁴ En “Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, pag. 77 y 392. Gaceta Jurídica, Octubre de 2001.

56. En ese orden de ideas, la congruencia en las resoluciones administrativas importa lo siguiente:
- a. Que la resolución decida todos los planteamientos de los administrados;
 - b. Que la resolución decida todas las cuestiones que hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por los interesados;
 - c. Que en ningún caso se agrave la situación del interesado que da inicio al procedimiento administrativo.
57. De acuerdo a lo anterior, es claro que el principio de congruencia se aplica al procedimiento administrativo en su totalidad y no sólo al “procedimiento recursal” (como erradamente sostiene LAP), el cual forma parte integrante del primero; y, que en este caso es el procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de acceso.
58. También es necesario tomar en cuenta que, en el caso de un procedimiento administrativo para la emisión de un Mandato de Acceso, conforme a lo que establece el Artículo 44° del Reglamento Marco de Acceso a la infraestructura de transporte de Uso Público (REMA)⁵, el procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de Acceso **sólo puede ser solicitado por los usuarios intermedios**⁶, es decir, en el presente caso, el procedimiento administrativo **sólo se inicia a solicitud de las aerolíneas**:

“Artículo 44°.- Casos de emisión de un Mandato de Acceso.

El Consejo Directivo de OSITRAN está facultado a emitir Mandatos de Acceso, a solicitud del usuario intermedio, en los siguientes supuestos:

⁵ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN y modificado mediante Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN.

⁶ Conforme a lo que establece el Artículo 3° del REMA, USUARIO INTERMEDIO está definido del modo siguiente:

“x) Usuario intermedio.

Es la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura de transporte de uso público para brindar servicios de transporte o vinculados a esta actividad.”

Es así que en el caso del acceso a la infraestructura aeroportuaria de uso público, dentro del universo de los usuarios intermedios **están las aerolíneas**.

- 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.**
- 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.”

El subrayado es nuestro

- 59. En ese orden de ideas, como quiera que el procedimiento administrativo para la emisión de un Mandato de Acceso sólo se inicia a petición del usuario intermedio, la regla que establece el Artículo 187° de la LPAG, tendría que ser entendida en el sentido que, en vía de reconsideración, no podría perjudicarse la situación inicial del usuario intermedio (las aerolíneas), que es el único que puede dar lugar al inicio al procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de Acceso.
- 60. Sin embargo, más allá de estas consideraciones formales, este Consejo Directivo considera que **tratándose de procedimientos administrativos de fijación de tarifas y cargos de acceso**, en los que claramente existe dentro del procedimiento administrativo **más de un administrado con legítimo interés** (por un lado el prestador del servicio o quien detenta la Facilidad Esencial; por otro, el usuario que paga por el servicio o por el acceso a la Facilidad Esencial correspondiente; y por último, el usuario final que espera consumir el servicio ofrecido por el usuario intermedio en condiciones de competencia y eficiencia), esta regla debe ser entendida en el marco de la satisfacción de los intereses públicos que persigue la función administrativa que está siendo ejercida.
- 61. En efecto, en la fijación de una tarifa o en la determinación de un cargo de acceso (fijado dentro de la emisión de un Mandato de Acceso), **la función que ejerce OSITRAN es la Función reguladora y la normativa**, enmarcada especialmente dentro de determinados intereses públicos, que han motivado incluso que dicha función esté regulada por una Ley especial, la Ley N° 27838 (Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas).
- 62. En ese sentido, en los procedimientos administrativos de fijación de tarifas y cargos de acceso, donde existe más de un interesado con legítimo interés, **la tarifa o cargo de acceso puede válidamente subir en algunos casos, o bajar, en otros**. El objeto del cargo de acceso es fijar como cargo el costo económico de la prestación del servicio ofrecido (o de la Facilidad Esencial a la cual se accede), de

manera que los usuarios intermedios puedan acceder en igualdad de condiciones a la Facilidad Esencial de que se trate, y el operador incumbente pueda recibir una retribución económica apropiada a la inversión realizada. Para cumplir dicha función, el regulador debe considerar todos los elementos de juicio a su disposición para procurar una tarificación lo más certera posible, sin desconocer en ningún momento, claro está, los derechos del administrado a formular sus opiniones y comentarios (como ha ocurrido en este caso, contrariamente a lo afirmado por LAP, como se verá más adelante) y a formular las impugnaciones que estime conveniente a su derecho.

En este orden de ideas, no escapa al criterio de este colegiado que la interpretación propuesta por LAP sería inconsistente con estas premisas fundamentales del régimen regulatorio que corresponde aplicar a este regulador.

63. De otro lado, en relación con el argumento de la reforma peyorativa sostenido por LAP, este Consejo Directivo considera que dicha figura es aplicable a los procedimientos sancionadores, no pudiendo ser aplicable extensivamente a otras áreas de la actuación de la Administración, como propone LAP.
64. En efecto, la norma que propiamente regula la “Reforma peyorativa” es el Artículo 237° de la LPAG, en la sección referida precisamente al Procedimiento Sancionador, el mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 237.- Resolución

237.1 En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

237.2 La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.

237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.”

El subrayado es nuestro

65. La Non Reformatio in Peius supone la prohibición de la Administración de establecer sanciones mayores a las materia de impugnación por parte del administrado recurrente (o que empeoren su situación). Sin embargo, como se ha visto, el Artículo 237° de la LPAG está

restringido sólo al caso en el que se haya iniciado un procedimiento administrativo sancionador, caso claramente distinto a un procedimiento administrativo de fijación o determinación de un cargo de acceso dentro de la emisión de un Mandato de Acceso. No resiste el menor análisis sostener que el establecimiento de un cargo de acceso tiene naturaleza de “sanción”. Como se ha dicho anteriormente, es simplemente el establecimiento del precio (o tarifa) de un bien o servicio sujeto a regulación, en ejercicio regular y ordinario de la función reguladora atribuida, precisamente, a organismos reguladores como OSITRAN.

66. En efecto, la prohibición de la “Reforma peyorativa” (*Non reformatio in peius*) es una figura que proviene del Derecho Penal, y se aplica únicamente al procedimiento administrativo sancionador.

Esta figura no puede extrapolarse indiscriminadamente a todo el espectro de la actuación de la Administración Pública, especialmente si se trata de procedimientos regulatorios en los que la relación “Administración” - “administrado” no es unívoca, como en el caso del procedimiento administrativo sancionador; sino que los pronunciamientos de la Administración surten efectos a un universo más amplio de administrados con legítimo interés; la empresa prestadora de servicios, los usuarios intermedios y también los usuarios finales (como es el caso en el procedimiento administrativo para la emisión de un Mandato de Acceso).

67. Es necesario considerar que el propio consultor de LAP, cita una **sentencia del Tribunal Constitucional**⁷, que reconoce que **la prohibición de la reforma peyorativa se aplica únicamente** al proceso judicial y al **procedimiento administrativo sancionador**:

“25. La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión de una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correo un riesgo mayor que aumente la **SANCION** impuesta en la primera instancia.

26. En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos **TAMBIEN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR y en general, en todo procedimiento donde el**

⁷ Se trata de la sentencia del TC recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA.

estado ejerce SU PODER DE SANCIÓN y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.”

68. Al respecto, en el informe de LAP de fecha 06 de febrero se hace una interpretación sesgada de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, asimilando de manera errónea la noción de cargo de acceso (o tarifa) a “sanción”, lo cual no tiene asidero ni legal ni doctrinario, pues es claro que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 35° del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos (aprobado mediante D.S. N° 059-96-MTC); las tarifas (o cargos de acceso) que pagan los usuarios son **contraprestaciones que éstos pagan por la prestación de servicios que en su favor hacen las Entidades Prestadoras**. En ese sentido, como se ha dicho, asimilar la fijación de una tarifa o un cargo de acceso con la imposición de una sanción no tiene asidero legal.
69. Asimismo, se debe considerar que la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, establece que los Mandatos de Acceso se emiten en ejercicio de la función normativa, pues el Literal c) del Artículo 3° de dicha norma establece que la función normativa:
- “comprende la facultad de dictar** en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general **y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios”**.
70. El hecho de que el Mandato de Acceso sea una *norma de carácter particular*, la inscribe en un ámbito de la actuación de la Administración Pública en donde la prerrogativa de ésta para determinar el contenido del pronunciamiento es aún más amplia (vinculada con la función normativa en cuanto la emisión del Mandato y la función reguladora, en cuanto a la fijación del cargo de acceso que contiene el Mandato); en base a la satisfacción de los intereses públicos que subyacen a la regulación económica, instrumento de la cual es el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.
71. Cuando se trata de un Mandatos de Acceso que contienen un cargo de acceso (la contraprestación por el uso de las Facilidades Esenciales), el pronunciamiento de la Administración no se aplica a uno solo particular (caso en el que conflicto se da exclusivamente entre la Administración y un sujeto particular); sino que el conflicto tiene una amplitud general, pues el Mandato se aplica a la Entidad Prestadora y a todos los usuarios intermedios que requieran el acceso, y subyace un interés público que defiende la administración (el vinculado con la aplicación del marco normativo regulatorio).

72. En tal virtud, tratándose de sectores sometidos a la regulación económica, la regulación tarifaria y la regulación del Acceso podría ser virtualmente inoperante, si equivocadamente se pretendiera aplicar el principio de la reforma en peor a todo el ámbito de actuación del Organismo Regulador.
73. En consecuencia, carece de sustento legal la argumentación de LAP en el sentido que OSITRAN ha transgredido el principio de congruencia recogido en el Artículo 187º de la LPAG y menos aún, que haya violado la prohibición de reforma en peor en el presente caso.
74. Adicionalmente, cabe señalar que con el fin de acogerse a lo establecido en el Artículo 187º de la LPAG, LAP pretende sostener, de manera errónea, que la interposición de su recurso de reconsideración constituye un “*nuevo procedimiento administrativo*”, (distinto al verdadero procedimiento administrativo iniciado por los usuarios intermedios, cual es el de emisión del mandato de acceso), lo cual es del todo incorrecto.
75. En efecto, si bien el recurso de reconsideración inicia un **“procedimiento recursal”, ello no implica en modo alguno que éste se trate de un nuevo procedimiento administrativo** “iniciado a solicitud del interesado” (que se pretendería señalar que es LAP), ajeno e independiente del expediente que contiene todo lo actuado en el procedimiento administrativo constitutivo para la emisión del Mandato de Acceso.
76. Este es un tema que en los escritos de LAP se fundamenta con una cita incompleta del Dr. Juan Carlos Morón Urbina:

“Procedimiento recursal

El procedimiento seguido para sustanciar y decidir la controversia iniciada por la interposición de cualquier recurso administrativo corresponde a los procedimientos de evaluación previa, por cuanto siempre debe abrirse a debate para analizar detenidamente los extremos del contradictorio y resolverse conforme a derecho.

Esa evaluación previa, demanda la existencia de pruebas, actuación, análisis y decisión dentro del cauce de sustanciación que denominamos procedimiento recursal.

(...)

Los procedimientos constitutivo y recursal no son dos categorías jurídicas distintas, por el contrario, se trata de etapas sucesivas de un mismo íter reglado bajo un único régimen jurídico y con diseños que responden a idénticos principios.

El procedimiento recursal, llamado por algunas legislaciones como vía gubernativa, es a su vez, un procedimiento de constitución de nuevos actos administrativo decisorios sobre la impugnación, por lo que le resultan aplicables los mismos principios y características explicadas para la sustanciación, prueba y conclusión del procedimiento constitutivo.

Como afirma DROMI, ninguna de las dos puede erigirse como una categoría jurídica propia, ni tampoco alguna de ellas absorber el contenido íntegro del procedimiento administrativo, excluyendo a la otra, ya que la distinción entre ambas es de grado o de diversos momentos por los cuales atraviesa la voluntad administrativa.

La decisión del recurso debe comprender todos los asuntos sometidos a su consideración dentro del ámbito de su competencia o aquellos que surjan con motivo de la sustanciación, aunque no hayan sido alegados por los administrados o motivado su impugnación. Por su parte, el contenido de la resolución puede ser confirmatorio, modificatorio o revocatorio del acto impugnado."⁸

77. Con la cita incompleta a que se ha hecho referencia en el Numeral anterior, LAP pretende sostener de manera errónea, que al interponer el recurso de reconsideración inició *un nuevo procedimiento administrativo a su solicitud*, por lo cual, al resolverse la reconsideración no debería "empeorarse la situación inicial de LAP".
78. Como es evidente, la cita del Dr. Morón tiene como fin señalar que en la resolución del recurso de reconsideración (procedimiento recursal), son aplicables los mismos principios y características explicadas para la sustanciación, prueba y conclusión del procedimiento constitutivo; **lo que de ninguna manera significa que el recurso de reconsideración inicie un nuevo procedimiento administrativo distinto al procedimiento administrativo constitutivo**, que es el de emisión del Mandato de Acceso, que como ya se señaló sólo puede ser iniciado a petición de los usuarios intermedios (en este caso aerolíneas).

⁸ Nótese que, LAP excluye de la cita original del Dr. Morón Urbina, los textos que se resaltados en negritas en el numeral 76 de la presente Resolución.

79. Asimismo, se debe señalar que los temas supuestamente “nuevos” que según LAP OSITRAN introdujo al resolver los recursos de reconsideración presentados, no son tales, pues **se trata de temas ya planteados e incluidos por OSITRAN en el proyecto de Mandato de Acceso**, los que la administración cumplió con notificar a LAP (y a las aerolíneas); momento en el que **LAP no presentó objeción alguna sobre esos puntos**.

En ese sentido, se trata de temas que si obran en el expediente administrativo, respecto de los cuales LAP **no formuló observaciones** al remitir sus comentarios al proyecto de mandato de acceso, por lo que **en aplicación del art. 100° del REMA, se entiende que LAP estaba de acuerdo con tales puntos**, razón por la que no cabe impugnarlos argumentando que “son temas nuevos” o no aceptados por dicha empresa.

**Cuadro N° 1
TEMAS CONSIDERADOS POR LAP COMO
NUEVOS EN EL PROCEDIMIENTO**

Tema	Etapa del procedimiento en que se incluye	Documento	Fecha	Oficio de respuesta
Tratamiento del valor residual Flujo de caja separados Costos del consumo de energía eléctrica WACC	Proyecto de Mandato de Acceso Proyecto de Mandato de Acceso Proyecto de Mandato de Acceso	Informe N° 043-06-GRE-OSITRAN Informe N° 043-06GRE-OSITRAN Informe N° 043-06-GRE-OSITRAN	21/12/2006 21/12/2006 21/12/2006	Se Notificó a las 22 aerolíneas con fecha 26/12/2006 con N° Oficio N° 1823-06-GS-OSITRAN y Se Notificó a LAP con fecha 26/12/2006 con Oficio N° 1822-06-GS-OSITRAN
Riesgo país Beta	Recurso de Reconsideración Recurso de	Escrito S/N Escrito S/N	12/04/2007 12/04/2	

Costo de la deuda	Reconsideración Comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso	Carta N° LAP-GCC-00091-2007-C	007 25/01/2007	Se notificó a LAP con fecha 21/06/2007 con Oficio N° 068-07-SCD-OSITRAN Se Notificó a LAP con fecha 14/02/02007 con el Oficio N° 013-07-GRE-OSITRAN
-------------------	---	-------------------------------	-----------------------	--

80. De lo anterior que queda meridianamente claro que lo que OSITRAN hizo fue resolver un tema que sí está considerado en el desarrollo de la tramitación del procedimiento, que sí fue oportunamente notificado a las partes, y respecto de los cuales las partes (incluyendo a LAP), sí tuvieron oportunidad de exponer su eventual disconformidad; con el fin de adecuar el texto del Mandato definitivo, al proyecto de Mandato notificado a las partes. No hubo, pues, ningún hecho nuevo que haya sido incorporado en la resolución impugnada, y respecto del cual LAP no haya podido formular sus apreciaciones o puntos de vista.
81. Finalmente, el LAP señala que la “fecha de corte” para que el Regulador considere información que pueda incluir en el Mandato de Acceso, es *la fecha de elaboración del proyecto de Mandato de acceso (o de la prepublicación de la fijación tarifaria) por lo que la administración de oficio no puede actualizar uno o más conceptos.*
82. Sin embargo, el referido informe omite considerar que fue LAP quien pidió expresamente a OSITRAN actualizar el costo de la deuda, por lo que no se trató de una actualización unilateral, ni mucho menos de un tema “nuevo” incluido por ositran al resolver los recursos de reconsideración y en el cual se tomó en consideración información presentada por la propia empresa concesionaria ante OSITRAN.
83. De acuerdo a lo analizado con anterioridad, es claro que conforme a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, contra la Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN ya no cabe interponer una

nueva impugnación en sede administrativa, puesto que la precitada resolución agotó la instancia administrativa.

84. Como quiera que, mediante escrito de fecha 31 de julio último, LAP interpuso un “Recurso de Reconsideración” en contra del acto que a su vez, resolvió su Recurso de Reconsideración presentado ante OSITRAN con fecha 24 de abril de 2007 (el recurso de reconsideración en contra de la Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN), en estricta aplicación de lo establecido expresamente en el Artículo 214° de la precitada Ley, el segundo escrito de reconsideración presentado por LAP debe ser declarado improcedente.
85. El procedimiento administrativo constitutivo que ha dado inicio al presente procedimiento, es el procedimiento administrativo para la emisión del Mandato de Acceso, el cual sólo se inicia a petición de los usuarios intermedios (en este caso las aerolíneas). Asimismo, el hecho que en la etapa recursal se apliquen los mismos principios y características explicadas para la sustanciación, prueba y conclusión del procedimiento constitutivo; no implica en modo alguno que el procedimiento recursal sea un “nuevo procedimiento administrativo iniciado a petición de LAP”, sino que se trata de una etapa más dentro del mismo procedimiento administrativo, por lo que resulta equivocada y carente de sustento legal, la pretensión de LAP respecto a que se ha transgredido en principio de congruencia recogido en el Artículo 187° de la LPAG.
86. La prohibición de la reforma en peor sólo se aplica al procedimiento administrativo sancionador, lo cual ha sido confirmado por lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional.
87. La decisión del recurso de reconsideración debe comprender todos los asuntos sometidos a consideración del organismo regulador o aquellos que surjan con motivo de la sustanciación, aunque no hayan sido alegados por los administrados o motivado su impugnación. Por tanto, el contenido de la resolución puede ser confirmatorio, modificadorio o revocatorio del acto impugnado.

III.2. Análisis Económico

88. Sin perjuicio de que por la sustentación legal desarrollada el segundo recurso de reconsideración presentado por LAP debe ser declarado improcedente, procederemos a analizar en detalle los argumentos de fondo planteados por LAP en su solicitud de Rectificación de Errores Materiales, así como en el presente recurso de reconsideración.

III.2.1. Argumentos del Recurso de Reconsideración

III.2.1.1. Inversión en contenedores

89. Como se ha mencionado en el Informe N° 003-07-GRE-OSITRAN⁹, el plan de inversiones de LAP en depósitos para almacenar equipaje rezagado, remitido el 15 de noviembre del año 2006, consideraba sólo la adquisición del mobiliario (un contenedor de 40 pies y su adecuación) y la instalación de infraestructura eléctrica.
90. Según lo mencionado por el Concesionario en la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00153, *“cabe señalar que si bien se ofertan 152,64 metros cuadrados por los 5 contenedores que se han puesto a disposición de este servicio, el flujo de caja sólo ha considerado la inversión de un solo contenedor, **toda vez que el costo de los 4 restantes fueron asumidos en la ampliación del Terminal**”*.
91. Adicionalmente, en la celda G9 de la hoja “Investment” del archivo de Excel “Copia de Anexo 1 Carta Sustento CARGO DE ACCESO AREAS AREA EQUIPAJE REZAGADO Air Madrid TACA Lloyd”, que fue remitido con la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00153, el Concesionario manifiesta que el rubro “mobiliario” del plan de inversiones *“es la inversión de un solo contenedor. Se eliminan las inversiones realizadas en los otros contenedores ya que fueron recuperados en el EPC”*.
92. Posteriormente, en la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00169, remitida el 20 de diciembre del año 2006, LAP señala que el plan de inversiones actualizado en depósitos para almacenar equipaje rezagado incluye los siguientes rubros:
 - Obras preliminares y provisionales. Corresponde a la movilización de 2 contenedores.
 - Arquitectura. Corresponde a la adecuación de los contenedores.
 - Contenedores de 20 pies. Los contenedores fueron habilitados por Palmanova S.A. para su utilización temporal en la playa de estacionamiento del AIJCH. Cabe resaltar que el costo no incluye ni acabados ni acondicionamientos adicionales.
 - Contenedores de 40 pies. Corresponde a una parte del desembolso efectuado en la adquisición de 4 contenedores.
 - Instalaciones eléctricas. Relacionado a las labores de arquitectura, instalaciones eléctricas y otros para la adecuación de los contenedores.

⁹ Este informe contiene la propuesta de cargo de acceso elaborada por la Gerencia de Regulación.

93. Como se muestra en el Cuadro N° 1, el plan de inversiones actualizado es 17,1% (US \$2,5 miles) mayor que el plan de inversiones originalmente remitido por el Concesionario.

Cuadro N° 1
PLAN DE INVERSIONES CONSIDERADO EN LA
PROPUESTA DE CARGO DE ACCESO PARA
ALMACENAJE DE EQUIPAJE REZAGADO

(US\$ miles)

	15/11/2006	20/12/2006
Obras preliminares provisionales		0,4
Arquitectura		1,1
Contenedores de 20 pies		4,7
Contenedores de 40 pies	8,4	6,4
Instalaciones eléctricas	6,3	2,3
Varios		2,2
Total	14,6	17,1

Fuente: Carta N° LAP-GCC-02236-2006-C y Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00169

Elaboración: Gerencia de Regulación

94. La principal diferencia entre ambos planes de inversión se encuentra en el rubro adquisición de contenedores. En el plan de inversiones original, el Concesionario consideró la compra de un contenedor de 40 pies, mientras que en el plan de inversiones actualizado incluye la adquisición de 2 contenedores de 20 pies.
95. En otras palabras, LAP reemplaza la adquisición de un contenedor de 40 pies de capacidad por la compra de 2 contenedores de 20 pies de capacidad cada uno. Según lo manifestado por el Concesionario, "(...) *la razón principal de esta compra es que estos contenedores ya se encontraban en el aeropuerto y eran propiedad de Palmanova*". Este cambio fue incluido en la determinación del cargo de acceso correspondiente.
96. Es necesario mencionar, sin embargo, que LAP incluye en el plan de inversiones actualizado el costo (prorrateado por el periodo de vida útil consumida) de los 4 contenedores de 40 pies que, según la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00153, fue asumido totalmente como parte del proyecto de ampliación del Terminal. En opinión de LAP, "(...) *dado que estos 4 contenedores fueron comprados única y exclusivamente para equipajes rezagados, es necesario incorporar esta compra como parte de la inversión inicial*".
97. En este contexto, la Gerencia de Regulación solicitó al Concesionario, mediante el Oficio N° 138-06-GRE-OSITRAN, una aclaración respecto

a este tema, que fue remitida a través de la Carta N° LAP-GCCO-C-2007-00002.

98. Considerando que la citada comunicación no desvirtuó lo manifestado por el propio LAP en la comunicación la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00153, así como en la hoja de inversiones del archivo digital remitido, la inversión inicial en depósitos para almacenar equipaje rezagado, propuesta por OSITRAN sólo consideró la adquisición de dos contenedores de 20 pies cada uno. Esta decisión se mantuvo inalterada en los Informes N° 015-07-GRE-OSITRAN¹⁰ y N° 028-07-GRE-OSITRAN¹¹.
99. En concordancia con lo mencionado anteriormente, estas Gerencias se reafirman en lo manifestado en los Informes N° 003-07-GRE-OSITRAN, N° 015-07-GRE-OSITRAN y N° 028-07-GRE-OSITRAN, por lo que la propuesta del Concesionario de incorporar en la determinación del cargo de acceso, por el servicio de almacenamiento de equipaje rezagado, la recuperación parcial o total de los 4 contenedores adicionales de 40 pies debe desestimarse, en la medida en que la inversión relacionada fue asumida como parte del proyecto de ampliación del Terminal, tal y como LAP lo ha reconocido explícitamente.
100. Es necesario recalcar, adicionalmente, que la exclusión del flujo de caja de la inversión de los 4 contenedores de 40 pies no es un tema nuevo ni introducido por el Regulador en una parte del procedimiento que no permitiera a LAP contradecir el mismo. El reconocimiento de la inversión de solo 2 contenedores de 20 pies, para efectos de la determinación del cargo de acceso por el servicio de alquiler de equipaje rezagado, es un tema que se introduce al inicio del procedimiento, es decir, en el informe que contiene la propuesta de cargo de acceso por el mencionado servicio.

III.2.1.2. Costo de energía eléctrica de las áreas comunes

101. Como se ha mencionado anteriormente, en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN se excluyó del cargo de acceso por el servicio de almacenamiento de equipaje rezagado, los costos relacionados al consumo de energía eléctrica. En relación a los argumentos señalados por el Concesionario en contra de la decisión de OSITRAN, deben realizarse los siguientes comentarios:
 - En primer lugar, el Mandato de Acceso no sostiene, bajo ningún punto de vista, que LAP no pueda cobrar por el servicio de energía eléctrica brindado en las áreas comunes de los depósitos

¹⁰ Este informe analiza los comentarios a la propuesta de cargo de acceso elaborada por la Gerencia de Regulación.

¹¹ Este informe absuelve el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario y los usuarios intermedios.

para almacenar equipaje rezagado. Lo que establece el Mandato es que el costo de la energía eléctrica relacionado a dichas áreas, no puede formar parte del cargo de acceso por el servicio en cuestión.

- En segundo lugar, el Concesionario, al parecer, no entendió que la referencia al Mandato de Acceso para el servicio de alquiler de oficinas operativas, se realizó con el objetivo de enmarcar la discusión en las prácticas de tarificación usualmente utilizadas por el Regulador. Estas últimas, señalan que el costo de los servicios públicos no debe ni puede formar parte de los cargos de acceso.
- En tercer lugar, el Concesionario probablemente confunde el término mantenimiento con el de gastos comunes. El mantenimiento forma parte de los gastos comunes en la terminología inmobiliaria, pero los gastos comunes no constituyen exclusivamente el mantenimiento. En este contexto, el consumo de energía eléctrica forma parte de los gastos comunes inmobiliarios, pero no de los costos de mantenimiento.
- En cuarto lugar, LAP se contradice cuando señala que el consumo de electricidad en las áreas comunes no puede diferir entre usuarios intermedios; y luego señala que una manera justa de prorratear el costo de la energía eléctrica, consistiría en que cada usuario asumiera un costo proporcional al espacio arrendado.

Claramente, el supuesto detrás del argumento anterior es quién mayor espacio arrienda, más intensivamente utiliza el servicio y, por lo tanto, mayor uso realiza de las instalaciones (incluyendo las áreas comunes). En este contexto, el espacio arrendado puede utilizarse como un *driver*, para calcular el costo del consumo de energía eléctrica de las áreas comunes correspondiente a cada usuario.

- Por último, el objetivo de excluir el costo del consumo de energía eléctrica del cargo de acceso es no regular un servicio que de por sí se encuentra ya regulado. En este contexto, la interpretación del Informe N° 042-05-GRE-OSITRAN señala que el Concesionario está facultado para cobrar por el consumo de energía eléctrica que realizan los usuarios, ya sea en las áreas alquiladas o en las áreas comunes, pero nunca como parte del cargo de acceso correspondiente.

Cabe resaltar que el costo del consumo de energía de los usuarios intermedios del AIJCH, se encuentra conformado por el

costo de la electricidad propiamente dicha (factura de EDELNOR), y los costos de transformación de la misma en que incurre LAP. El primero debe trasladarse directamente a los usuarios intermedios, mientras que el segundo debe determinarse por acuerdo entre las partes, aunque siempre respetando el principio de racionalidad de los cobros.

102. En este contexto, estas Gerencias se reafirman en lo señalado en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN, en lo que se refiere a la exclusión de los costos del consumo de energía eléctrica del cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado.

III.2.1.3. Tasa de descuento

Tasa Libre de Riesgo (R_f)

103. LAP, en este punto se limita a afirmar que la tasa libre de riesgo formulada es la que se utilizó para fijar otros cargos y tarifas. No obstante los procedimientos que se citan datan de los años 2003, 2004 y 2005; habiendo variado de manera importante las condiciones del mercado financiero y la percepción de riesgo o costos de capital, en tal sentido, se ratifica lo expresado en el informe N° 028-07-GRE-OSITRAN, en el cual, se señaló lo siguiente:

“LAP considera adecuado que la estimación de la tasa libre de riesgo se efectúe desde el mes de enero de 1999. No obstante, por el principio de Consistencia, el cual establece que “los horizontes de los datos estadísticos del retorno de mercado y la tasa libre de riesgo serán los mismos”¹², el período considerado para la tasa libre de riesgo tiene que ser el mismo al empleado para la prima de riesgo. Por consiguiente, el promedio aritmético de la tasa libre de riesgo deberá considerar el período 1928-2006.”

104. En consecuencia, la tasa libre de riesgo para el período 1928-2006 será de 5,199%.

Riesgo País ($R_{país}$)

105. Sobre este punto, LAP no ha presentado argumentos adicionales a los planteados en sus escritos anteriores. En tal sentido, el OSITRAN ratifica su posición del Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN, en el sentido que el riesgo país sólo se estimará para un período de 24 meses. Al respecto, se debe precisar que la calificación de riesgo del país, está reflejando la percepción futura que tienen los inversionistas

¹² Ver Bravo (2004) “Los parámetros del Capital Asset Pricing Model: Conceptos y Estimaciones”.

acerca de la probabilidad de que un gobierno deje de cumplir con sus pagos. Al respecto, Choy (2007)¹³ define la calificación de riesgo de la siguiente forma:

“En términos generales el rating o calificación de riesgo es la opinión actual de las agencias sobre el riesgo de un emisor de deuda respecto al cumplimiento de una determinada obligación o programa financiero. En particular, la calificación de riesgo o rating soberano es la opinión sobre la habilidad y la disposición de un gobierno soberano de pagar puntualmente todas sus obligaciones financieras; es decir, es una estimación de la probabilidad futura de que un gobierno caiga en cesación de pagos (default).”

Las agencias calificadoras de riesgo hacen sus evaluaciones sobre la base de indicadores cuantitativos (indicadores macroeconómicos relativos a la estructura de la economía, a la flexibilidad monetaria y fiscal, a la carga de la deuda pública y en moneda extranjera y sobre la vulnerabilidad y liquidez externa) y cualitativos (riesgo político e institucional). Estos indicadores no tienen una ponderación definida (...).”

106. En otras palabras, los indicadores de riesgo país son un pronóstico a futuro, que también incorpora información pasada. De esta forma, basta con considerar un período corto de tiempo, para que se efectivamente refleje la percepción de los agentes económicos en relación a las variaciones de la rentabilidad futura.

107. Asimismo, la experiencia de los organismos reguladores y de otras entidades del Estado, muestra que el período de tiempo que se ha utilizado para proyectar el riesgo país, fluctúa en un rango de 12 a 24 meses (Ver Cuadro N° 2).

**Cuadro N° 2
PERÍODO PARA CALCULAR RIESGO PAÍS**

Institución	Documento	Fecha de Publicación	Número de Meses
OSIPTEL	Revisión del Factor de Productividad correspondientes al régimen de Fórmula de Tarifas Tope para Telefonía del Perú S.A.A: Segunda aplicación 2004-2007	2004	12
	Determinación de tasa de costo de oportunidad del capital de las empresas de servicios móviles	2005	12
SUNASS	Determinación de la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión aplicable a la Empresa Sedapal S.A, para el período 2006-2011	2007	16
PROINVERSION ¹⁷	Evaluación Económica de la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao-Zona Sur	2006	24

Eliminado: ¶

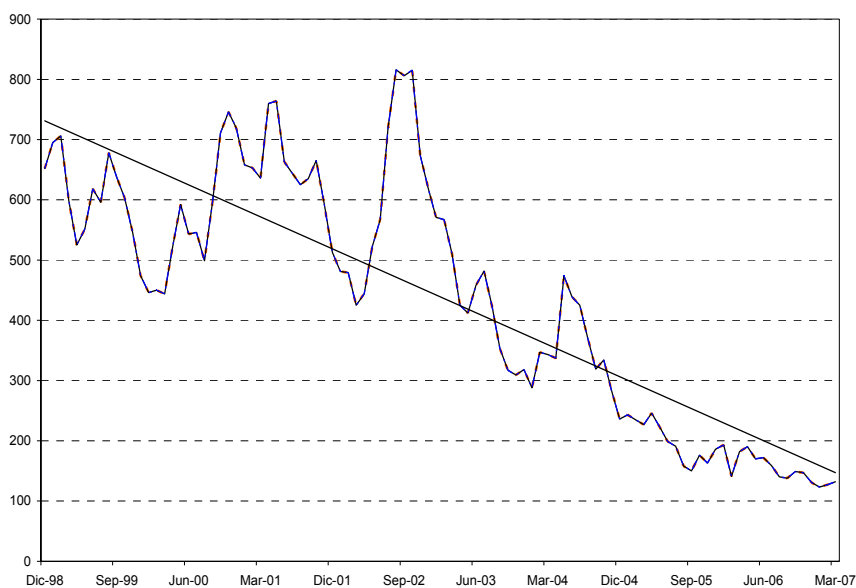
¹⁷ MACROINVEST fue la empresa contratada por PROINVERSION para realizar la evaluación económica y financiera del Terminal Portuario del Callao Zona-Sur.

Con formato: Fuente: 10 pt

¹³ Ver Choy (2007) “Perú: Grado de Inversión un reto de Corto Plazo”. Banco Central de Reserva del Perú. Serie de Documentos de Trabajo. DT N° 2007-001.

108. Sin bien es cierto que el informe de Moody's¹⁴, así como Choy (2007), reconocen que existen factores que podría limitar o retrasar la obtención del grado de "inversión" para Perú, ello no invalida el hecho que el riesgo país continúa con una tendencia marcadamente decreciente (Ver Gráfico N° 1).

**Gráfico N° 1
EVOLUCIÓN DEL RIESGO PAÍS
(Diciembre 1999- Marzo 2007)**



Eliminado: ¶

*Fuente: BRCP
Elaboración: Gerencia de Regulación*

109. Por lo expuesto anteriormente, y considerando el valor de $\lambda=1$, el riesgo país para cálculo del WACC asciende a 1,661. Este promedio fue calculado considerando el período entre abril de 2005 y marzo de 2007, tal cual se señala en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN.

Beta (β)

110. LAP señala que no es claro cómo impacta negativamente la propiedad del Estado en el manejo de los aeropuertos. En términos generales, se puede afirmar que los aeropuertos con participación del Estado, suelen

¹⁴ Citado en el informe de LAP.

estar menos expuestos a los riesgos sectoriales y de mercado, que aquellos aeropuertos con presencia mayoritaria del sector privado.

111. La razón es que en el caso de aeropuertos controlados por el Estado, se pueden implementar políticas que limitan o brindan explícitamente (o implícitamente) un “marco de protección” para la empresa, respecto a los mecanismos tradicionales de ajuste del mercado. Ello reduce, por ejemplo, el riesgo de quiebra, puesto que el Estado en estos casos puede aparecer como garante de última instancia.
112. Otra diferencia con las empresas privadas es que, por lo general, en las compañías estatales no existen esquemas compatibles por incentivos para los ejecutivos que administran estas empresas. En las empresas privadas, el fenómeno de *moral hazard*, se suele reducir (o atenuar) a través del otorgamiento de incentivos a los trabajadores, y esto motiva que los Gerentes (o Administradores) reduzcan costos con el fin de incrementar los dividendos de los accionistas, y obtener mayores pagos por eficiencia. En el caso de las compañías estatales, esta situación se exagera, al no existir un “propietario” definido. De esta forma, el uso ineficiente de los recursos¹⁵ en este tipo de empresas, puede ser cubierto con mayores aportes de capital por parte del Estado o los contribuyentes, situación que no se presenta en el caso de una compañía privada.
113. En consecuencia, las betas de las empresas estatales podrían verse afectadas por estas distorsiones, que no están relacionadas con variaciones en las condiciones del mercado, sino que se encuentran vinculadas directamente con el tipo de administración. Por lo explicado anteriormente, no es posible considerar en la muestra de aeropuertos, aquellos bajo administración y propiedad del Estado. Por esta razón, el OSITRAN decidió sólo considerar como criterio de selección que los aeropuertos sean administrados (o propiedad) por el sector privado.
114. Por otra parte, LAP señala que es falso que sólo se haya considerado en su muestra betas con un apalancamiento financiero menor o igual a uno, ya que en su muestra no consideraron aeropuertos como *Japan Airport Terminal Co Ltd* y *Beijing Capital International Airport Company Limited*, que presentan un ratio menor que 1. Sin embargo, para estimar el valor del beta, efectivamente, LAP sólo consideró betas con un valor menor o igual uno, tal y como se manifiesta en el Memorando LAP-GPF -05-2007.
115. Con relación a la estimación del beta, LAP considera oportuno que se actualice la información del beta al año 2006, ya que el OSITRAN sólo utilizó información del año 2005. Al respecto, afirma: “(...) en este

15 Ver Zhang (2006)

sentido, consideramos conveniente que el OSITRAN utilice la información más actualizada”.

116. El Concesionario señala que un ejemplo de que la información está desactualizada, es la inclusión en los cálculos del OSITRAN de la empresa aeroportuaria BAA PLC, cuando ésta no cotiza de manera individual y fue adquirida por FERROVIAL¹⁶ en julio del año 2006.
117. OSITRAN está de acuerdo con realizar la modificación que plantea el Concesionario, es decir, con actualizar la información de la beta al período más reciente. Adicionalmente, se han incorporado nuevos aeropuertos, que cumplan con el requisito de ser administrados o de propiedad del sector privado a fin de que la muestra sea estadísticamente más robusta.
118. En la página Web de Damodarán se precisa que los betas que utiliza tienen como fuente el servicio de Bloomberg¹⁷. Sólo en el caso de las empresas que cotizan en los Estados Unidos, emplea la información que provee Value Line. Por lo tanto, con el fin de ser consistentes con la base de Damodarán, se ha empleado las betas provistas por el servicio de Bloomberg.
119. Cabe mencionar que el uso de diferentes fuentes para estimar el beta podría significar que un aeropuerto tenga por lo menos dos o más betas distintas de manera simultánea¹⁸. Por ejemplo, se observa que el Grupo Aeroportuario del Pacífico SAB y el Grupo Aeroportuario del Sureste presentan dos betas bastante diferenciadas. Mientras que para *Yahoo Finance*, ambos títulos tienen un riesgo superior al mercado, en el caso de *Google Finance*, la situación es contraria para el caso del Grupo Aeroportuario del Sureste SA del CV. La volatilidad de las estimaciones del beta es tan significativa, que inclusive el beta

¹⁶ Para ser más preciso, el propietario de BAA PLC en la actualidad es Airport Development and Investment Ltd (ADI), un consorcio que es integrado por Ferrovial Infraestructuras S.A., Caisse de dépôt du Québec y GIC Special Investments Pte Ltd (GCIC).

¹⁷ Fuente: <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>

Date of last update:

Market	Date of last update	Number of firms	Data source
United States	January 2007	7661	Value Line
Europe (EU, UK, Switzerland & Scandinavia)	January 2007	4284	Bloomberg
Japan	January 2007	2896	Bloomberg
Emerging Markets (Asia, Latin America, Eastern Europe, Mid East and Africa)	January 2007	10062	Bloomberg
Australia, New Zealand & Canada	January 2007	1528	Bloomberg

¹⁸ Ver : <http://finance.yahoo.com/q/ks?s=PAC> . Fecha de ingreso: 02 de mayo de 2007.

que utiliza LAP, y que toma como fuente *Yahoo Finance*, no es de 1,430 como lo plantea el Concesionario, sino que de acuerdo con la misma fuente citada por LAP asciende a 1,21 (Ver Cuadro N° 3).

Cuadro N° 3 COMPARATIVO DE BETAS

Eliminado: ¶
¶

Aeropuerto	Símbolo	Yahoo Finance (LAP)	Yahoo Finance	Google Finance
Grupo Aeroportuario del Pacífico SAB del CV	PAC	1,423	1,210	1,000
Grupo Aeroportuario del Sureste SA del CV	ASR		1,050	0,840

Fuente: *Google Finance, Yahoo Finance, LAP*

Elaboración: *Gerencia de Regulación*

120. Las diferencias que se presentan entre los estimados de los betas pueden atribuirse a dos factores principalmente: la elección del índice de la bolsa con respecto al cual se está realizando la estimación de la beta; y el período de tiempo que se emplea para hacer la estimación econométrica. Asimismo, las técnicas econométricas que se emplean también influyen decisivamente en los valores estimados de los betas.

121. De esta forma, para ser consistentes con la información financiera que emplea Damodarán, el OSITRAN actualizó el valor de las betas utilizando como única fuente Bloomberg. Adicionalmente, incorporó nuevos aeropuertos a la muestra, tal y como lo propuso el propio Concesionario. Efectuando las modificaciones antes señaladas, el valor de la beta apalancada para LAP es de 0,991 (Ver Cuadro N° 4), tal cual se señala en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN.

Cuadro N° 4 ESTIMACION DEL BETA AEROPUERTO INTERNACIONAL JORGE CHÁVEZ

Aeropuerto	Fuente Beta	Símbolo	Impuesto	Deuda/Capital	Beta Apalancada	Beta No Apalancado	Beta Apalancado LAP
Auckland Airport	Bloomberg	BZT:GR	30%	46%	0,097	0,073	0,154
Kobenhavns Lufthavne A/S	Bloomberg	KLH:GR	21%	110%	0,344	0,184	0,389
Gemina SPA	Bloomberg	GEMR:IM	0%	274%	0,699	0,187	0,395
Flughafen Zuerich Ag	Bloomberg	UZA:GR	22%	221%	0,670	0,245	0,517
Auckland Airport	Bloomberg	AIA:AU	30%	46%	0,476	0,359	0,758
Flughafen Wien AG	Bloomberg	FLW:GR	25%	26%	0,670	0,562	1,187
Airport Facilities Co LTD	Bloomberg	8864:JP	42%	39%	0,773	0,629	1,328
Aeroporto Di Firenze SPA	Bloomberg	AFI:IM	50%	7,12%	0,656	0,634	1,339
Grupo Aeroportuario del Sureste S.A.B De C.V.	Bloomberg	AEDA:GR	30%	0%	0,742	0,742	1,567
Save SPA	Bloomberg	SAVE:IM	52%	52%	0,959	0,768	1,622
Fraport AG	Bloomberg	FRA:GR	43%	36%	0,937	0,779	1,645
Promedio							0,991

Fuente: *Damodaran*¹⁹ (2006) y *Bloomberg*²⁰ (2007).

¹⁹ Fuente: <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>

²⁰ Fuente: <http://www.bloomberg.com/>. Fecha y día de ingreso a pagina Bloomberg: 03 de mayo de 2007

Riesgo Regulatorio y prima de iliquidez

122. LAP señala que los Informes N° 043-06-GRE-OSITRAN y N° 044-06-GRE-OSITRAN (diciembre del año 2006), expresaron la concordancia de OSITRAN respecto al valor de la prima por riesgo regulatorio (2%) y a la prima de iliquidez (1%) presentado por el Concesionario, incluyendo dicho valor en el cálculo del WACC.
123. En este punto, conviene realizar una precisión con relación a la afirmación de LAP. Las modificaciones del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN²¹, entraron en vigencia el 31 de diciembre del año 2006. Por lo tanto, en aplicación estricta de este Reglamento, es que el OSITRAN propuso que el riesgo regulatorio y la prima de iliquidez, tomen valores de 1% y 0%, respectivamente.
124. LAP reconoce que OSIPTEL y SUNASS no incluyen, como parte del WACC, el riesgo regulatorio y la prima de iliquidez. Cabe mencionar que, en estos casos se podría inferir que dichos conceptos, han sido incluidos en el riesgo país o en su defecto estaría considerados al interior del beta.
125. Por otra parte como parte del sustento para solicitar el 2% del riesgo regulatorio, LAP utiliza dos trabajos de José Luis Guash, "La Regulación Económica de los Servicios Públicos- Rol y Diseño de las Agencias Reguladoras: La experiencia Internacional" y "*Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions*". Ambos documentos publicados durante el año 2004.
126. Sin embargo, y tal como se mostró en el Informe N° 012-07-GRE-OSITRAN, este mismo autor en una publicación correspondiente al año 2005, señalaba que el riesgo país esta influenciado por varios factores entre los cuales se incluía los riesgos de tipo de cambio, el riesgo político y el riesgo regulatorio²². En otras palabras, se puede afirmar que el riesgo regulatorio estaría incorporado en el riesgo país.
127. En efecto, Bravo²³ (2004), comparte también esta idea. El autor separa las fuentes del riesgo país en dos grandes grupos: factores económico-financieros y factores político-sociales. En este último grupo, uno de los factores es el marco regulatorio: "la existencia de [...] organismos reguladores [que actúen] en perjuicio de las

²¹ Resolución del Consejo Directivo N°082-2006-CD-OSITRAN

²² Ver Sirtaine, Pinglo, Guash y Foster (2005) "How Profitable Are Infraestructura Concessions in Latin America? Empirical Evidence and Regulatory Implications". *Trends and Policy Options* N°2. January 2005.

²³ "El Riesgo País: Concepto y Metodologías de Cálculo".

empresas privadas, constituye uno de los factores más actuales y vigentes que influyen en la determinación del Riesgo País".

128. Por otro lado, Estache y Pinglo²⁴ (2004), proponen una metodología para estimar el costo ponderado promedio de capital, para casos de concesiones de infraestructura. En la ecuación del costo de capital, estos autores consideran, la tasa libre de riesgo, el factor beta asociado al activo, el retorno de mercado esperado y el riesgo país. En ningún caso, consideran un factor específico para cuantificar el riesgo regulatorio y la prima de iliquidez.
129. Adicionalmente, Estache, Pardina, Schlirf y Sember²⁵ (2004)²⁶, al igual que en el caso anterior, en ningún caso consideran un factor específico para cuantificar el riesgo regulatorio o la prima de iliquidez. Estos autores definen el costo de capital en función del rendimiento de un activo libre de riesgo, el rendimiento de una cartera diversificada en un país desarrollado, el beta y el riesgo país.
130. En opinión de esta Gerencia, el argumento que LAP presenta para sustentar el valor del riesgo regulatorio es insuficiente. Tal y como ha quedado demostrado, el uso de estas variables en el cálculo del costo promedio ponderado de capital, no constituye una "mejor práctica" o práctica generalizada a nivel internacional. Por consiguiente, el OSITRAN considera adecuado mantener una prima por riesgo regulatorio ascendente a 1% y dejar de lado la prima por iliquidez.

WACC

131. En concordancia con lo anterior, el WACC estimado ascendió a 9,227% (Ver Cuadro N° 5).

²⁴ "Are returns to private infrastructure in developing countries consistent with risks since Asian Crisis?"

²⁵ "Introducción a la Creación de Modelos Económico Financieros para Autoridades Regulatoras de Servicios de Infraestructura de Transporte".

²⁶ Alexander, Estache y Oliveri (1999) no consideran en el cálculo del costo de capital de infraestructura de transporte: riesgo país, riesgo regulatorio y prima de iliquidez.

**Cuadro N° 5
ESTIMACIÓN DEL WACC**

	LAP		OSITRAN
	Propuesta (I)	Propuesta (II)	
Rf	5,236	5,236	5,200
Rm-Rf	6,567	6,567	6,567
Bap	1,542	1,312	0,991
Riesgo País	4,383	4,383	1,661
rr	2,000	2,000	1,000
ip	1,000	1,000	0,000
Ke	22,745	21,235	14,368
Rd	10,850	10,850	7,828
T	25,90%	25,90%	25,90%
Kd	8,040	8,040	5,800
Deuda	0,60	0,60	0,60
Patrimonio	0,40	0,40	0,40
WACC	13,922	13,318	9,227

Eliminado: ¶

Fuente: LAP

Elaboración: Gerencia de Regulación

Con formato: Fuente: 10 pt

III.2.2. Argumentos del escrito ampliatorio al Recurso de Reconsideración

III.2.2.1. Exclusión de los costos incurridos por LAP en el primer financiamiento

132. En lo que se refiere al tema del costo de la deuda, es necesario señalar que los argumentos esgrimidos por el Concesionario son similares a aquellos mencionados en el Escrito S/N, que contiene el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 021-07-CD-OSITRAN. En este contexto, LAP señala que en el informe N° 028-07-GRE-OSITRAN, “se excluyó” parte de los costos financieros de LAP relativos al primer financiamiento. Al respecto, es necesario realizar los siguientes comentarios.
133. En primer lugar, la literatura económica y financiera, así como la experiencia internacional, sostienen que el costo de la deuda se obtiene bajo el criterio *all in cost*, es decir, se considera en el cálculo de la tasa interna de retorno el flujo de pagos totales relacionados al financiamiento obtenido, incluyendo los costos iniciales (*fee* de originación y prepagos, por ejemplo) y el servicio de la deuda.
134. Es necesario mencionar, sin embargo, que la literatura económica y la experiencia internacional, sostienen también que la utilización del criterio *all in cost* para calcular el costo de la deuda, hace referencia a “nueva deuda” y que ésta se encuentra directamente asociada con la tasa libre de riesgo más un “*spread*” por riesgo (por el carácter prospectivo de la tasa de descuento, sólo es posible considerar el costo de la deuda nueva). Esta forma de interpretar el costo de la

deuda, proviene del modelo CAPM que se está utilizando para calcular el WACC en el caso de LAP.

135. Según Ross, Westerfiel y Jordan (1999), el costo de la deuda en el WACC, se define como “*el rendimiento que exigen los acreedores de la empresa para **préstamos nuevos***”. Por lo tanto, según estos autores, el costo de la deuda es la tasa de interés que debe pagar la empresa por los nuevos préstamos.

136. En ese mismo sentido, Copelan y Weston²⁷ (1988) señalan lo siguiente:

*“Although we use the term weighted average cost of capital to mean the cost of a mixture of sources of funds, it is important to emphasize that **the cost of these funds must be measured as marginal cost.** Hence **the weighted average cost of capital is a weighted average of the marginal cost of the firm’s various sources of capital.** In this context the word marginal has two meanings. Foremost is **that marginal cost means the cost of new financing at current market equilibrium rates of return-not historical cost (...)**”*

137. Asimismo, la experiencia internacional aeroportuaria corrobora lo que señalan los autores antes mencionados. En Hutson y Kearney²⁸ (2005), el costo de la deuda para la Autoridad del Aeropuerto de Dublín es medido como la tasa libre de riesgo más un premio por deuda o de riesgo.

138. De manera similar, la *Competition Commission*²⁹ (2002) del Reino Unido plantea que el costo de deuda debe ser calculado como la tasa libre de riesgo, usualmente aproximada por la tasa de mediano o largo plazo de los bonos del gobierno, más un premio por riesgo de deuda, el cual es típicamente establecido en función del sector al que pertenece la compañía. Similar procedimiento se aplicó en el caso del aeropuerto del Manchester.

139. En el mismo sentido, Estache, Pardina, Schlirf y Sember³⁰ (2004), plantean que el costo de la deuda debe ser igual a la tasa libre de riesgo más el riesgo específico del país. Similar metodología se encuentra en Alexander, Estache y Oliveri³¹ (1999).

²⁷ Ver “Financial Theory and Corporate Policy”, tercera edición. Ed. Addison Wesley. pp. 526

²⁸ Ver “Dublín Airport Authority’s Cost of Capital”. Report to the Comisión for Aviation Regulation.

²⁹ Ver “Manchester Airport PLC: A report on the economic regulation of Manchester Airport PLC”.

³⁰ Ver “Introducción a la Creación de los Modelos Económico Financieros para Autoridades Reguladoras de Servicios de Infraestructura del Transporte”

³¹ Ver “A Few Things Transport Regulators Should Know About Risk and The Cost of Capital”. Banco Mundial.

140. En Estache y Pinglo³² (2004) y en Sirtaine, Pinglo, Guash y Foster³³ (2005) se plantea una variante al modelo anterior, y se propone agregar a la tasa libre y al premio por riesgo país, la prima riesgo por “emisión corporativa”, la cual, en opinión de estos autores sería de 20 puntos básicos.

141. Según la definición del modelo CAPM, el costo de la deuda quedaría definido como:

$$k_D = R_f + [E(R_m) - R_f] \beta_D + Spread$$

142. Como se ha asumido que el beta de la deuda (β_D) es igual a cero, entonces se tiene que el costo de la deuda, según el modelo del CAPM, quedaría definida como la tasa libre de riesgo, más un “spread”, que en el caso de mercados emergentes como Perú, sería el riesgo país, mientras que en el caso de Europa, es una prima por deuda. Esta prima mide el nivel de riesgo de los títulos que emiten los aeropuertos.

143. De lo explicado anteriormente, se deduce que el WACC no debe comprender costos históricos, sino que debe considerar “costos marginales” o “incrementales”. En tal sentido, en el caso de LAP sólo debería considerarse el costo de la “deuda nueva” y no de la “deuda antigua”, para efectos del cálculo del costo de la deuda utilizando el criterio *all in cost*.

144. En segundo lugar, el criterio *all in cost* para el cálculo del costo de la deuda no constituye un elemento nuevo, ni introducido por el Regulador en una etapa del procedimiento que no permitió a LAP contradecir el mismo. Como puede observarse en el expediente respectivo, este tema fue incorporado al procedimiento en el Informe N° 015-07-GRE-OSITRAN, y a solicitud del propio Concesionario (ver Carta N° LAP-GCC-00239-2007-C). En el Numeral 73 del mencionado informe se señala lo siguiente:

“Para calcular el Costo de la Deuda (all in cost) de LAP, se ha estimado la tasa interna de retorno del flujo de pagos de la deuda, la que incluye los costos reales incurridos a la fecha, así como la proyección de los pagos del servicio de la deuda. Sin embargo, es importante señalar que es práctica común en los organismos reguladores el establecer el costo de capital de las empresas

³² Ver “Are Returns to Private infraestructura in Developing Countries Consistent with Risks since the Asian Crisis”. Working Paper. Banco Mundial.

³³ Ver “How Profitable Are Infraestructura Concessions in Latin America”. Trends and Policy Options. N°2.

aeroportuarias a partir de la tasa de bonos libre de riesgo más una prima de riesgo³⁴.”

145. En este sentido, OSITRAN no introdujo elementos nuevos en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN, simplemente actualizó el costo de la deuda de LAP, utilizando la información y los criterios de cálculo que el Concesionario propuso, y en el mismo sentido que se utilizaron en el Informe N° 015-07-GRE-OSITRAN. De esta manera, considerando el criterio *all in cost*, así como la tasa de interés y los costos iniciales del segundo financiamiento, el costo de la deuda de LAP se redujo de 10,85% a 7,83%.
146. En tercer lugar, el reajuste del costo de la deuda realizado en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN es consistente con lo establecido en el Literal d) del Artículo 26 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA). Dicho dispositivo señala lo siguiente:

“Artículo 26°.- Principios económicos para determinar el Cargo de Acceso

Los principios económicos que rigen la determinación de los Cargos de Acceso son, entre otros, los siguientes:

(...)

- d) Incentivar la entrada de prestadores de servicios eficientes, a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de recursos.(...)”*

147. En otras palabras, los cargos de acceso determinados por el Regulador deben replicar, en la medida de lo posible, los resultados en términos de bienestar que registraría un mercado competitivo. En este contexto, considerar una tasa de descuento de 10,85%, cuando la tasa de descuento “real” asciende a 7,83%, generaría una reducción del excedente del consumidor (usuarios intermedios) y del bienestar relacionado, lo que no es precisamente el entorno que desea promover el REMA.

III.2.2.2. Modificación del periodo de cálculo del riesgo país

148. Como se ha mencionado anteriormente, en opinión del Concesionario, *“(...) OSITRAN ha introducido un nuevo elemento que, hasta el momento, no había sido parte de la discusión referida a la fijación del Cargo de Acceso respectivo: la actualización del periodo considerado*

³⁴ Ver Estache, Pardina, Schrlirf y Sember (2004), Hutson y Kearney (2005), OSIPTEL (2005), Competition Commission (2002), entre otros.

por OSITRAN originalmente para la estimación de la tasa del riesgo país”.

149. Sobre el particular, el Informe N° 003-07-GRE-OSITRAN (propuesta de cargo de acceso) propuso utilizar un periodo de 24 meses para el cálculo del riesgo país. El Concesionario, mediante la Carta N° LAP-GCC-00239-2007-C, que contiene sus comentarios al cargo de acceso propuesto, planteó que el periodo de cálculo del riesgo país debería abarcar desde enero del año 1999, incluyendo la última información disponible³⁵. El Memorando LAP-GPF-05-2007, que se adjuntó a dicha comunicación, señaló lo siguiente:

“Por lo tanto, LAP mantiene su posición respecto al cálculo del riesgo país el cual se estima en 447.5 pbs (actualizado con información a diciembre de 2006).”

150. Posteriormente, el Informe N° 015-07-GRE-OSITRAN (análisis de comentarios de LAP y los usuarios intermedios) se reafirma en la posición de calcular el riesgo país para un periodo de 24 meses. Es necesario mencionar que el Regulador utilizó la última información disponible, tal cual lo solicitó LAP, por lo que el periodo de cálculo transcurrió entre enero del año 2005 y diciembre del año 2006.

151. En este contexto, LAP presentó un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 021-07-CD-OSITRAN (aprobó el Informe N° 015-07-GRE-OSITRAN), que mantuvo la posición de considerar un periodo de cálculo que abarque desde enero de 1999, incluyendo la última información disponible³⁶. El Memorando LAP-GPF-14-2007, que se adjuntó a dicha comunicación, señaló lo siguiente:

“El riesgo país actualizado a marzo de 2007, se estima en 438.3 puntos básicos.”

152. El Informe N° 028-07-GRE-GAL-OSITRAN, que absuelve los Recursos de Reconsideración, se reafirma en la posición de calcular el riesgo país para un periodo de 24 meses. Es necesario mencionar que el Regulador utilizó la última información disponible, tal cual lo solicitó LAP, por lo que el periodo de cálculo transcurrió entre abril del año 2005 y marzo del año 2007.

153. En resumen, la Gerencia de Regulación no introdujo elementos no solicitados por el Concesionario en el Informe N° 028-07-GRE-GAL-

³⁵ En la mencionada comunicación, que es remitida el 12 de febrero del año 2007, el periodo de cálculo concluye en diciembre del año 2006.

³⁶ En la mencionada comunicación, que es remitida el 25 de abril del año 2007, el periodo de cálculo concluye en marzo del mismo año.

OSITRAN. Por el contrario, OSITRAN consideró un periodo de 24 meses en función a los criterios y recomendaciones señalados por LAP en su Recurso de Reconsideración.

III.2.2.3. Modificación de la base de datos y elementos que conforman la muestra de cálculo del Beta

154. Como se ha mencionado anteriormente, en el Escrito ampliatorio de la solicitud de Nulidad, el Concesionario sostiene que “(...) OSITRAN ha introducido dos (2) nuevos elementos que, hasta ese momento, no habían sido parte de la discusión referida a la fijación del Cargo de Acceso respectivo: **(i) cambio de la base de datos utilizada para el beta; e (ii) inclusión de nuevos aeropuertos en la muestra tomada en cuenta a efectos del cálculo del beta** (...)”.
155. En lo que se refiere al primer argumento (cambio de la base de datos), LAP señala que “(...) OSITRAN realizó el cálculo del beta atendiendo a la base de datos de 2007 disponible en **BLOOMBERG**, lo cual significó un cambio de criterio respecto de lo considerado en la Resolución de Consejo Directivo N° 021-07-CD-OSITRAN (donde se utilizó, como hemos indicado, la fuente de DAMODARAN correspondiente al año 2005 para todos –excepto para uno de un total de ocho casos-)”.
156. En lo que respecta al segundo argumento (inclusión de nuevos aeropuertos en la muestra), el Concesionario menciona que “(...) OSITRAN optó por incorporar los siguientes aeropuertos: (...); modificando sin un criterio claro la muestra considerada en el cálculo que sustenta el cargo de acceso determinado en la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2007-CD-OSITRAN”.
157. Sobre el particular, es necesario mencionar que en el Informe N° 003-07-GRE-OSITRAN (propuesta de cargo de acceso), el criterio para elaborar la muestra de cálculo del Beta, fue la incorporación en la misma de aeropuertos que registraran un ratio de deuda-*equity* similar al que presenta LAP, según los Estados Financieros auditados de la empresa correspondientes al año 2005. De esta manera, fueron seleccionados de la base de datos de Damodaran, aquellos aeropuertos que observaran un ratio deuda-capital mayor a 1, por lo que se obtuvo un Beta apalancado de 0,897 para el Concesionario³⁷.
158. En la Carta N° LAP-GCC-00239-2007-C, que contiene los comentarios de LAP a la propuesta de OSITRAN, la empresa Concesionaria propone como criterios para confeccionar la muestra, la incorporación

³⁷ Los aeropuertos que conformaron la muestra fueron Gemina Spa, Kobenhavns Lufth, Unique Zurich y Auckland Airport.

de grupos aeroportuarios³⁸ y la selección de aeropuertos que registren un tráfico similar al correspondiente al AIJCH³⁹. En este contexto, el Beta propuesto por LAP ascendió a 1,542 y 1,312, respectivamente.

159. Posteriormente, el Informe N° 015-07-GRE-OSITRAN (análisis de comentarios de LAP y los usuarios intermedios) propone como criterio para confeccionar la muestra de cálculo del Beta, la selección de aeropuertos/grupos aeroportuarios que sean administrados por el sector privado. Considerando información de la base de datos de Damodaran para el año 2005, el Beta propuesto por OSITRAN ascendió a 0,954.
160. En este contexto, el Concesionario interpone un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 021-07-GRE-OSITRAN (que aprueba el Informe N° 015-07-GRE-OSITRAN), señalando que los argumentos de OSITRAN no descalifican la posición de LAP, por lo que se reafirman en su propuesta de un Beta que ascienda a 1,312 o 1,542, de acuerdo a la metodología utilizada.
161. Es necesario mencionar que el Memorando LAP-GPF-14-2007, que fue adjuntado al Recurso de Reconsideración del Concesionario, menciona además lo siguiente:

“(...)

Sin perjuicio de lo comentado anteriormente, también hemos revisado la estimación del Beta con la nueva propuesta de selección de muestra planteada por OSITRAN y tenemos las siguientes observaciones:

- *Desde el mes de enero del presente año, en la página Web de Damodaran existe información correspondiente a los Betas del año 2006 mientras que OSITRAN en su estimación del Beta utilizó información del año 2005 (ver <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>). En este sentido, consideramos conveniente que OSITRAN utilice la información más actualizada.*
- *Un ejemplo de que la información está desactualizada, es la inclusión en los cálculos de OSITRAN de la empresa aeroportuaria BAA PCL, cuando ésta actualmente no cotiza de manera individual puesto que fue adquirida por FERROVIAL en julio de 2006.*
- *Por otro lado, estamos incluyendo en el cálculo al Grupo Aeroportuario del Pacífico debido a que cumple con el criterio*

³⁸ Los grupos aeroportuarios que conforman la muestra del Concesionario son Grupo Aeroportuario del Sur Este S.A., Grupo Aeroportuario del Pacífico S.A., BAA y Fraport.

³⁹ Los aeropuertos/grupos aeroportuarios que conforman la muestra de LAP son Grupo Aeroportuario del Sur Este S.A., Hainan Melian International Airport y Xiamen International Airport.

propuesto por OSITRAN y a su vez aparece en la información de Damodaran del año 2006.

*El siguiente cuadro muestra el cálculo actualizado del Beta para el Sector Aeroportuario con Administración Privada. **El resultado es un Beta para el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de 1,423.(...)***

162. En concordancia con lo anterior, en el Recurso de Reconsideración el Concesionario propuso 3 criterios para confeccionar la muestra de cálculo del Beta: nivel de tráfico, pertenencia a un grupo aeroportuario y administración del sector privado. En todos los casos, LAP planteó los aeropuertos/grupos aeroportuarios que conforman cada muestra⁴⁰, así como el Beta obtenido en función a cada uno de los criterios.
163. De esta manera, LAP señala que, si la Gerencia de Regulación optara por utilizar como criterio para seleccionar los aeropuertos/grupos aeroportuarios de la muestra, la administración privada de los mismos, la información utilizada debería contar con las siguientes características:
- Inclusión de aeropuertos/grupos aeroportuarios para los que no existía Beta para el año 2005, pero sí para el año 2006 (Grupo Aeroportuario del Pacífico, ejemplo citado por el Concesionario).
 - Actualización de los Betas, según la última información disponible.
164. En concordancia con lo anterior, en el Informe N° 028-07-GRE-GAL-OSITRAN, que absuelve los Recursos de Reconsideración, el Regulador optó por el criterio de la administración privada para confeccionar la muestra de cálculo del Beta. En línea con las características de la información planteadas por el Concesionario, OSITRAN actualizó la estadística de los aeropuertos incluidos inicialmente, además que incluyó otros aeropuertos privados que presentaban información para el año 2006.
165. Cabe resaltar que el Concesionario se encuentra en lo cierto, cuando menciona que el Informe N° 028-07-GRE-GAL-OSITRAN utilizó información estadística proveniente del servicio de Bloomberg. La razón para ello fue considerar en el cálculo del Beta la información más actualizada posible (cifras y elementos de la muestra), tal cual lo propuso LAP en su Recurso de Reconsideración.
166. Sobre el particular, el Concesionario parece olvidar que la página *web* de Damodaran señala explícitamente que la fuente de información que

⁴⁰ En el caso del criterio de administración privada, los aeropuertos considerados por el Concesionario fueron Kobenhavns Lufthavne, Flughafen Zuerich, Aeroporto di Firenze, Gemina SPA, Save SPA, Fraport, BAA PCL, Grupo Aeroportuario del Sudeste y Grupo Aeroportuario del Pacífico.

ésta utiliza es la base de datos de Bloomberg, es decir, ambas páginas contienen el mismo tipo de información. La única diferencia entre las estadísticas que aparecen en ambas páginas es que Bloomberg, al ser la fuente de información utilizada por Damodaran, podría encontrarse en algunos momentos más actualizada que esta última.

167. Por lo tanto, el Regulador no modificó ni la fuente ni la metodología de elaboración de la muestra para efectos del cálculo del Beta. OSITRAN optó por el criterio de administración privada y, conforme con lo solicitado por el Concesionario en el Recurso de Reconsideración, utilizó la información más actualizada posible (cifras y elementos de la muestra).
168. En resumen, la Gerencia de Regulación no introdujo elementos no solicitados por el Concesionario en el Informe N° 028-07-GRE-GAL-OSITRAN. Por el contrario, OSITRAN calculó el Beta del AIJCH en base a los criterios y recomendaciones señalados por LAP en su Recurso de Reconsideración.

III.2.2.4. Exclusión del consumo de energía eléctrica de las áreas comunes

169. En opinión del Concesionario, *“(...) OSITRAN ha introducido un nuevo elemento que, hasta ese momento, no había sido parte de la discusión referida a la fijación del Cargo de Acceso respectivo: **la exclusión de los costos de energía de áreas comunes**”.*
170. Es necesario señalar que, si bien es cierto la exclusión de los costos relacionados al consumo de energía eléctrica, fue realizada recién en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN, no es un tema nuevo ni introducido por el Regulador en una parte del procedimiento que no permitiera a LAP contradecir el mismo.
171. En este contexto, el Mandato de Acceso para prestar el servicio de almacenamiento de equipaje rezagado en el AIJCH, emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 021-07-CD-OSITRAN, establece en el Numeral 12.7 de la Cláusula Duodécima lo siguiente:

“Cláusula Duodécima.- Obligaciones generales de LA AEROLINEA

(...)

12.7 Pagar a LAP puntualmente las sumas que se devenguen por todos los servicios básicos u otros prestados por LAP cuya prestación haya sido contemplada en el presente Mandato.(...)”

172. De esta manera, el Mandato de Acceso siempre consideró que los costos relacionados al consumo de energía eléctrica de las facilidades

esenciales o infraestructura complementaria, no forman parte del cargo de acceso. En otras palabras, los usuarios intermedios deben cancelar dichos costos “por fuera”, es decir, de manera independiente al cargo de acceso determinado por el Regulador.

173. Cabe mencionar, adicionalmente, que durante el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, el Concesionario no cuestionó la exclusión del cargo de acceso de los costos relacionados al consumo de energía eléctrica. En concordancia con lo anterior, ni en la Carta N° LAP-GCC-00239-2007-C⁴¹ (que remite los comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso), ni en el Escrito S/N⁴² (que interpuso el Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2007-CD-OSITRAN), LAP mencionó objeción alguna a la exclusión del cargo de acceso del costo del consumo de energía eléctrica.
174. En este contexto, si bien es cierto que la corrección del cargo de acceso fue realizada en el Informe N° 028-07-GRE-OSITRAN, la exclusión del cargo de acceso del costo del consumo de energía eléctrica es un tema que se introdujo en el Proyecto de Mandato de Acceso, y sobre el cuál el Concesionario no sostuvo a lo largo del procedimiento objeción alguna. Por esta razón, la decisión de OSITRAN debe considerarse como una adecuación del cargo de acceso a lo establecido previamente en el Mandato de Acceso, y no la introducción de nuevos elementos en la determinación del mismo.

En atención a lo señalado en los considerandos que anteceden, este Órgano Colegiado estima que:

175. De acuerdo a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, contra la Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN ya no cabe interponer una nueva impugnación en sede administrativa, puesto que la precitada resolución agotó la instancia administrativa.
176. Como quiera que, mediante escrito de fecha 31 de julio último, LAP interpuso un “Recurso de Reconsideración” en contra del acto que a su vez, resolvió su Recurso de Reconsideración presentado ante OSITRAN con fecha 24 de abril de 2007 (el recurso de reconsideración en contra de la Resolución N° 041-07-CD-OSITRAN), en estricta aplicación de lo establecido expresamente en el Artículo 214° de la precitada Ley, el segundo escrito de reconsideración presentado por LAP debe ser declarado improcedente.

⁴¹ 5 de febrero del año 2007.

⁴² 24 de abril del año 2007.

177. El procedimiento administrativo constitutivo que ha dado inicio al presente procedimiento, es el procedimiento administrativo para la emisión del Mandato de Acceso, el cual sólo se inicia a petición de los usuarios intermedios (en este caso las aerolíneas). Asimismo, el hecho que en la etapa recursal se apliquen los mismos principios y características explicadas para la sustanciación, prueba y conclusión del procedimiento constitutivo; no implica en modo alguno que el procedimiento recursal sea un “nuevo procedimiento administrativo iniciado a petición de LAP”, sino que se trata de una etapa más dentro del mismo procedimiento administrativo, por lo que resulta equivocada y carente de sustento legal, la pretensión de LAP respecto a que se ha transgredido en principio de congruencia recogido en el Artículo 187° de la LPAG.
178. La prohibición de la reforma en peor sólo se aplica al procedimiento administrativo sancionador, lo cual ha sido confirmado por lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional.
179. La decisión del recurso de reconsideración debe comprender todos los asuntos sometidos a consideración del organismo regulador o aquellos que surjan con motivo de la sustanciación, aunque no hayan sido alegados por los administrados o motivado su impugnación. Por tanto, el contenido de la resolución puede ser confirmatorio, modificatorio o revocatorio del acto impugnado.
180. Se ha demostrado que OSITRAN no introdujo elementos ni criterios nuevos en la elaboración de la muestra de cálculo del Beta, el periodo de cálculo del riesgo país y la metodología de cálculo del costo de la deuda del Concesionario, puesto que se trata de criterios planteados desde el inicio del procedimiento administrativo para la emisión del Mandato de Acceso.
181. Asimismo, la exclusión de la inversión en los contenedores y los costos de energía eléctrica, para efectos del cálculo del cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado en el AIJCH;

En mérito a las funciones previstas en el Literal a) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, el Literal a) del Numeral 3.1 del Artículo 3°, de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y el Artículo 32° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 21 de febrero de 2008 y, sobre la base al análisis contenido en el Informe N° 009-08-GRE-GAL-OSITRAN

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar improcedente el segundo recurso de reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L.

Artículo 2º.- Instar a Lima Airport Partners S.R.L., a que en adelante, en la tramitación de los procedimientos administrativos que sigue ante esta entidad, cumpla con lo establecido en virtud al Artículo 56º de la LPAG, absteniéndose de formular pretensiones o articulaciones ilegales o de solicitar actuaciones meramente dilatorias, que de cualquier otro modo afecten el debido respeto al principio de conducta procedimental.

Artículo 3º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 009-08-GRE-GAL-OSITRAN a Lima Airport Partners S.R.L.

Artículo 4º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal N° PD2836-08