

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 008-2008-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 011-08-GRE-GAL-OSITRAN, que emite opinión Solicitud de Nulidad de la Resolución de Consejo Directivo Nº 054-2007-CD-OSITRAN, remitida por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP);

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 7 de marzo de 2007, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 020-07-CD-OSITRAN, se dictó Mandato de Acceso a LAP en favor de diversas aerolíneas (Usuarios Intermedios), para que se preste el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (alquiler de mostradores para check – in) en el AIJCH.
2. El 12 de abril de 2007, mediante diversos escritos S/N, LAP, Star Up, Continental Airlines, Aerosur, Aeromexico, Líneas Aéreas de Costa Rica (LACSA), TACA Perú, Iberia Líneas Aéreas de España (IBERIA), Aeropostal, Aerolíneas Argentinas, Lloyd Aéreo Boliviano (LAB), LAN, Aerovías del Continente Americano (AVIANCA), Aerocondor y Aero Transporte S.A. (ATSA); interponen Recursos de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 020-07-CD-OSITRAN.
3. El 13 de abril de 2007, mediante diversos escritos S/N, American Airlines, Compañía Panameña de Aviación (COPA), Air Canada y Air Comet interpusieron Recursos de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 020-07-CD-OSITRAN.
4. Mediante Resolución Nº 036-2007-CD-OSITRAN, OSITRAN declara parcialmente fundados los recursos de reconsideración presentados por LAP, Aerocóndor S.A.C., Aerolíneas Argentinas S.A. Sucursal Lima, Aeropostal Alas de Venezuela C.A. Sucursal del Perú, Aerotransporte S.A. – ATSA, Aerovías de México S.A. de C.V., Sucursal del Perú, Aerovías del Continente Americano S.A. (Avianca)

Sucursal del Perú, Air Canada Sucursal del Perú, Compañía Boliviana de Transporte Aéreo Privado S.A. (Aerosur) Sucursal del Perú, Continental Airlines INC. Sucursal Perú, Iberia Líneas Aéreas de España S.A. Sucursal del Perú, LAN Airlines S.A. Sucursal Perú, LAN Perú S.A., Líneas Aéreas Costarricenses S.A. (LACSA) Sucursal del Perú, Lloyd Aéreo Boliviano S.A., Star Up S.A. y Trans American Airlines S.A. - TACA Perú.

5. Con fecha 9 de julio del año 2007, mediante Carta LAP-GCCO-C-2007-00084, LAP solicita la rectificación de lo que califica como “errores materiales” en la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN, en aplicación de lo establecido en el Artículo 201 y siguientes de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

El 31 de julio del año 2007, mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2007-00091, el Concesionario remitió información adicional a la contenida en la solicitud de rectificación.

6. El 8 de agosto del año 2007, en Sesión N° 251¹, se aprobó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1003-251-07-CD-OSITRAN, que a su vez aprueba la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2007-CD-OSITRAN, mediante la cual el Consejo Directivo de OSITRAN declaró *improcedente la solicitud de rectificación de errores materiales* de la Resolución de Consejo Directivo N° 036-2007-CD-OSITRAN, que resolvió los Recursos de Reconsideración interpuestos por LAP y diversas aerolíneas contra el Mandato de Acceso emitido para que se brinde el servicio de alquiler de *counters* en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).
7. El mismo 08 de agosto de 2007, siendo las 05:16 p.m., LAP remite vía fax, la Carta N° LAP-GCCO-C-2007-00100, a través de la cual solicita que OSITRAN considere que; los dos primeros extremos incluidos en su solicitud de rectificación de error material, son propiamente errores materiales; y, los otros tres (del total de cinco extremos de la solicitud de rectificación de errores materiales), son en realidad extremos de una Reconsideración en contra de la Resolución N° 036-2006-CD-OSITRAN, que a su vez se pronuncia sobre la Reconsideración presentada por LAP y las aerolíneas en contra de la Resolución N° 020-2007-CD-OSITRAN.
8. La precitada carta de LAP fue formalmente presentada ante OSITRAN con fecha 09 de agosto de 2007.

¹ Celebrada a las 4:00 p.m. de ese día.

9. El 06 de septiembre del año 2007, mediante Escrito S/N, LAP solicitó la Nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 054-07-CD-OSITRAN.
10. El 8 de enero del año 2008, mediante Escrito S/N, el Concesionario remitió una ampliación de la solicitud de Nulidad interpuesta contra la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2007-CD-OSITRAN.
11. Con fecha 06 de febrero de 2008, LAP remite un nuevo escrito² *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.
12. Con fecha 07 de febrero de lleva a cabo la Sesión N° 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.
13. 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. ARGUMENTOS DE LA NULIDAD

14. Con el fin de ofrecer sustento a su solicitud de declaración de la nulidad de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN, LAP arguye lo siguiente:
 - a. La Resolución de Consejo Directivo N° 036-2006-CD-OSITRAN introdujo modificaciones que resultan “elementos nuevos” de juicio, anteriormente no tratados por OSITRAN durante el procedimiento administrativo. Señala que los elementos que califica como “nuevos” son los siguientes:
 - (i) Se modifica los flujos de caja utilizados por OSITRAN para la estimación de los cargos de acceso para los años 2007 – 2009, como consecuencia de lo cual se arroja un valor presente neto (VPN) negativo;
 - (ii) Se estiman los cargos de acceso correspondientes a los años 2008 y 2009; y el correspondiente al año

² Ingresado en Mesa de Partes de OSITRAN a las 5:37 p.m.

2007, por separado. Luego, para la elaboración del flujo de caja con el que OSITRAN estima los cargos de acceso para los años 2008 y 2009, se toma como cargo de acceso para el año 2007 un valor distinto al propuesto, como consecuencia de lo cual se produce una subestimación de los cargos de acceso para el período (2008 – 2009);

- (iii) Se reconocen incrementos de cargos de acceso para los años 2008 – 2009, sólo si las inversiones de los counters son realizadas antes del inicio de año 2008, respecto de lo cual LAP señala que se afecta su oportunidad de recuperación de dichas inversiones;
 - (iv) Se omite considerar a los gastos de energía como parte del cálculo de los cargos de acceso;
 - (v) Se omite considerar el costo de la deuda para efectos de la estimación de los cargos de acceso;
- b. LAP no solicitó tales *cambios* por lo que asumió que se trataba de “errores” cometidos por OSITRAN, razón por la que solicitó la rectificación de errores materiales;
- c. Con fecha 09 de agosto, LAP solicitó que OSITRAN *rectifique* su solicitud de error material, a efectos de considerar los siguientes extremos como la interposición de un recurso de Reconsideración en contra de la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN:
- (i) El relativo al “cronograma de aplicación de los cargos de acceso y la recuperación de las inversiones”;
 - (ii) El relativo a la “omisión del gasto de energía eléctrica para el cálculo de los cargos de acceso”;
 - (iii) El relativo al “cálculo del costo de la deuda”;
- d. La Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN no ha evaluado ni considerado la solicitud de LAP de fecha 09 de agosto, limitándose a señalar que la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN no contiene errores materiales y que los cuestionamientos de LAP son de fondo;
- e. OSITRAN reconoce que se trata de elementos sustantivos, por lo que ello debió ser considerado por OSITRAN al emitir la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN, omisión que configura

una causal de nulidad de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN;

- f. LAP señala que no pudo evaluar con anterioridad los elementos de fondo que califica como nuevos, lo que configura una causal de nulidad de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN.
 - g. OSITRAN debió permitir que LAP ejerza su legítimo derecho de defensa en sede administrativa.
 - h. OSITRAN debió encausar de oficio la errada solicitud de LAP de rectificación de error material como recurso de reconsideración.
15. Posteriormente, mediante el escrito ampliatorio de la solicitud de Nulidad, el Concesionario señala 2 elementos adicionales “nuevos” que OSITRAN habría incorporado en el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, sin permitirle ejercer adecuadamente su derecho de defensa. En opinión de LAP, dichos elementos nuevos son:
- (i) Se modifica la base de datos utilizada y se incluyen nuevos aeropuertos en la muestra, para efectos del cálculo del beta.
 - (ii) Se modifica el periodo de tiempo utilizado para la estimación de la tasa de riesgo país.
16. Asimismo, mediante el precitado escrito ampliatorio de la solicitud de nulidad de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN, LAP arguye que la Resolución de Consejo Directivo N° 036-2007-CD-OSITRAN (que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por LAP en contra de la Resolución N° 020-2007-CD-OSITRAN), “*está afectando negativa e ilegítimamente la situación que mantenía nuestra representada*”, por lo que según LAP, se ha transgredido el principio de congruencia de la resoluciones a que se refiere el Artículo 187° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
17. En base a los argumentos expuestos, LAP solicita se declare la nulidad de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN.

III. ANALISIS

III.1. Respecto a la procedencia de interponer un recurso de Reconsideración contra una decisión que a su vez resuelve un recurso de Reconsideración anterior

18. Lo primero que se debe considerar es que la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN contiene el pronunciamiento del Consejo Directivo de

OSITRAN respecto al recurso de Reconsideración que LAP interpuso en contra de la Resolución N° 020-2007-CD-OSITRAN (que aprueba el Mandato de Acceso).

19. Al respecto, el Artículo 214° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (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 sub-rayado es nuestro

20. Al analizar los alcances de dicho artículo, Juan Carlos Morón Urbina señala que *“cada recurso sólo puede ser deducido una vez en cada procedimiento, agotándose la posibilidad de ejercerlo con su interposición.”*
21. Asimismo, el Doctor Valdez Calle afirma que *“Respecto de cada expediente sólo cabe interponer un recurso de reconsideración, un recurso de apelación y sólo uno de revisión, por cuanto de otro modo se habilitaría la presentación de reconsideraciones contra resoluciones que deciden una reconsideración anterior o la apelación de otras apelaciones, lo cual haría interminable el procedimiento administrativo.”*
22. De acuerdo a lo anterior, es claro que con la interposición de su recurso de Reconsideración de fecha 12 de abril de 2007, en contra de la Resolución N° 020-2007 - CD-OSITRAN (que aprueba el Mandato de Acceso); **LAP agotó su derecho de interponer, dentro del mismo procedimiento, el recurso de Reconsideración correspondiente.**
23. El escrito de LAP de fecha 09 de agosto, mediante el cual solicitó a OSITRAN que *rectificara* su solicitud de corrección de “errores materiales”, considerándola como un recurso de Reconsideración, constituye justamente lo que Valdez Calle menciona en la cita anterior, “la presentación de reconsideraciones contra resoluciones que deciden una reconsideración anterior”.
24. Como es evidente, la pretensión de LAP de impugnar la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN, a través de la interposición de un segundo recurso de Reconsideración es claramente improcedente, al amparo de lo que expresamente establece la Ley del Procedimiento Administrativo General.

25. En ese sentido, carece de sustento legal el argumento de LAP respecto a que la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN debió considerar su solicitud como una “Reconsideración”, pues ello sí hubiera atentado contra lo dispuesto en el Literal 1, del Artículo 10° de la LPAG, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)”

26. Como es evidente, OSITRAN mal podría haber considerado la solicitud de LAP de fecha 09 de agosto de 2007 como una Reconsideración, pues ello hubiera supuesto una actuación equivocada e ilegal por parte de nuestro organismo, al violar lo expresamente establecido mediante el Artículo 214° de la LPAG.
27. De lo anterior se desprende claramente que OSITRAN no ha violado ni la constitución ni la Ley, sino que en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 214°, no era jurídicamente posible considerar la solicitud de LAP como una (nueva) Reconsideración.
28. En consecuencia, se debe desestimar, por carecer de fundamento legal, el argumento de LAP en el sentido que como la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN no consideró su solicitud como una “Reconsideración”; incurrió en causal de nulidad.
29. En la misma línea, LAP señala que OSITRAN debió “encauzar de oficio” el error de LAP, considerando su solicitud como una Reconsideración, conforme a lo establecido en el Artículo 75°³ y 213°⁴ de la LPAG.

³ El cual establece lo siguiente:

“**Artículo 75.-** Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

3. Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos (...).”

⁴ El cual establece lo siguiente:

“**Artículo 213.-** Error en la calificación

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.”

30. Al respecto y en adición a lo ya analizado, respecto a este punto es necesario considerar que cuando el Artículo 213° alude a que “siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter”; se debe considerar que si tal carácter es ilegal, el órgano de la Administración no puede encauzar el procedimiento de modo que la pretensión del administrado sea declarada como tal, por lo que dada la prohibición a que se refiere el Artículo 214°, no era posible “encauzar” la solicitud de LAP como una Reconsideración.
31. De acuerdo a lo anterior, con la interposición de su Recurso de Reconsideración de fecha 12 de abril de 2007, en contra de la Resolución N° 020-2007 - CD-OSITRAN (que aprueba el Mandato de Acceso), LAP agotó su derecho de interponer, dentro del mismo procedimiento, el recurso de Reconsideración correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 214° de la LPAG.
32. Asimismo, OSITRAN no podía haber considerado la solicitud de LAP de fecha 09 de agosto de 2007 como una Reconsideración, pues ello hubiera supuesto una actuación ilegal, contraviniendo, lo establecido en el artículo 214 de la LPAG.
33. La Resolución de Consejo Directivo N° 054-2007-CD-OSITRAN se aprobó el 08 de agosto de 2007 (en la Sesión N° 251), mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 1003-251-07-CD-OSITRAN; un día antes de que LAP presentara su solicitud para que se rectifique su errónea solicitud de corrección de errores materiales; por lo que es incorrecto que haya presentado tal solicitud de manera oportuna.
34. Se debe desestimar los argumentos de LAP en el sentido que OSITRAN modificó, en vía de reconsideración, la metodología de fijación del cargo de acceso utilizada (impidiendo su derecho de defensa e impidiendo que se pronuncie e impugne con anterioridad tales aspectos), pues todos ellos constituyen elementos previamente discutidos con LAP y analizados durante el desarrollo del procedimiento administrativo.
35. Es incorrecto que OSITRAN haya omitido pronunciarse sobre las observaciones de fondo planteadas por LAP, pues aún cuando las calificó correctamente como observaciones de fondo, analizó todas ellas con el fin de no dejar sin respuesta a LAP, tanto en el Informe N° 022-GRE-GAL-OSITRAN y, como en el Informe N° 036-06-GS-GRE-GAL.
36. 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).

III.2. Respecto a la *oportunidad* en la que LAP solicitó la rectificación de su solicitud, a fin de que no sea considerada como una *aclaración de error material* sino como una *Reconsideración*

37. Sin perjuicio del análisis anterior, se debe señalar que la solicitud que LAP presentó formalmente con fecha 09 de agosto de 2007 (para que OSITRAN considere su solicitud de corrección de “errores materiales” como una Reconsideración), fue presentada ante OSITRAN cuando en sesión de Consejo Directivo ya se había resuelto la solicitud de rectificación de “errores materiales”.
38. En efecto, la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2007-CD-OSITRAN se aprobó el 08 de agosto de 2007 (en la Sesión N° 251), mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 1003-251-07-CD-OSITRAN; es decir, un día antes de que LAP presentara su solicitud para que se rectifique su errónea solicitud de corrección de errores materiales.
39. En ese sentido, es incorrecta la afirmación de LAP en el sentido que corrigió su error (pidiendo que se considere su solicitud de corrección de errores materiales como una Reconsideración) de manera “oportuna”, ante OSITRAN.

III.3. Respecto a que OSITRAN introdujo en etapa de reconsideración elementos “nuevos” no tratados en el procedimiento administrativo

40. LAP señala que existen elementos de fondo “nuevos” en el análisis realizado por OSITRAN, en el cálculo del cargo de acceso contenido en la Resolución N° 036-2007-CD-OSITRAN.

Basado en ello, arguye que no pudo ejercer su derecho de defensa, que no tuvo oportunidad ni de evaluar ni de impugnar esos extremos con anterioridad, y que ello configura otra causal de nulidad de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN.

Al respecto, a continuación se procede a realizar el análisis técnico correspondiente a si se trató o no de elementos de fondo efectivamente nuevos.

III. 3.1. Modificación del flujo de caja

41. En relación a los resultados del flujo de caja elaborados por OSITRAN, el Concesionario incurre en un error al afirmar que el resultado de estos serían negativos. El valor presente neto (VPN) estimado por LAP considera el valor de recupero como si fuera un flujo de efectivo adicional en el año 10. El valor de recupero, es el valor que se espera

que tendrá el activo, una vez finalizado el período del proyecto. De esta manera, este valor debe considerarse en el año 9, y no en el año 10, como lo está proponiendo el Concesionario.

42. Sobre el particular, el Profesor Nassir Sapag Chain en su libro “Criterios de Evaluación de Proyectos” señala lo siguiente:

“EL HORIZONTE DE EVALUACION

(...)

*Los beneficios que son posibles de esperar después del décimo año se reflejan en el valor de desecho del proyecto, que pueden calcularse con los métodos que explicamos en el capítulo anterior. **Este valor se anota como beneficio del proyecto en el último momento del flujo.***

(...)”

43. La inclusión del valor de recupero en el último año del horizonte del flujo de caja, no constituye un elemento nuevo en la determinación del flujo de caja, ni fue introducido en una etapa del procedimiento que no permitió al Concesionario contradecir el mismo.
44. En este contexto, en la propuesta de cargo de acceso remitida por el Concesionario mediante la Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00140⁵, no se incluye el valor de recupero en el flujo de caja. En la medida en que la presencia del valor de recupero es metodológicamente válida, en el Informe N° 043-06-GRE-OSITRAN⁶ el Regulador consideró el mismo en el año 9 de los flujos de caja correspondientes.
45. Posteriormente, en los comentarios a la propuesta de cargo de acceso de OSITRAN, remitidos mediante la Carta N° LAP-GCC-00091-2007-C⁷, LAP considera un horizonte del flujo de caja que transcurre entre los años 2006 y 2016, y considera un valor de recupero como un flujo efectivo adicional en el año 11 de este último. Esta propuesta no fue considerada razonable por el Regulador, por lo que en el Informe N° 012-07-GRE-OSITRAN⁸ reafirmó la posición de considerar el valor de recupero en el año 9 del flujo de caja.
46. Por último, uno de los extremos del Recurso de Reconsideración que interpuso LAP contra la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2007-CD-OSITRAN, remitido a OSITRAN mediante Escrito S/N⁹, fue la presencia del valor de recupero como flujo efectivo en el onceavo año del flujo de caja. De la misma manera que el Informe N° 012-07-GRE-

⁵ 31 de octubre del año 2006.

⁶ Contiene la propuesta de cargo de acceso de OSITRAN.

⁷ 25 de enero del año 2007.

⁸ Contiene el análisis de los comentarios remitidos por el Concesionario y los usuarios intermedios.

⁹ 12 de abril del año 2007.

OSITRAN, el Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN¹⁰ desestimó los argumentos del Concesionario.

47. En concordancia con lo anterior, el Informe N° 043-06-GRE-OSITRAN, el Informe N° 012-07-GRE-OSITRAN y el Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN consideraron metodológicamente válida la inclusión del valor de recupero en el año 9 del flujo de caja.

De esta manera, se considera que la supuesta modificación de los flujos de caja elaborados por OSITRAN no es tal, y que la inclusión del valor de recupero en el último año del flujo de caja, no constituyó un elemento nuevo en el cálculo del cargo de acceso para el servicio de alquiler de *counters*.

III.3.2. Flujos de caja separados e incremento de los cargos de acceso

48. El Concesionario señala que OSITRAN estima los cargos de acceso para los años 2008-2009, de manera separada al correspondiente para el año 2007. En este contexto, LAP argumenta que en el flujo de caja que determina el cargo de acceso para el periodo 2008-2009, el Regulador incurre en el error de no considerar el valor estimado (y propuesto) del cargo de acceso para el año 2007, sino un valor distinto (mayor).
49. El objetivo de OSITRAN de calcular el cargo de acceso para el año 2007, de manera independiente de los correspondientes a los años 2008 y 2009, fue incentivar al Concesionario a que realice las inversiones relacionadas al servicio, y que estaban presupuestadas en su propuesta para el año 2007, lo más pronto posible. En este contexto, si OSITRAN considerara el cargo de acceso para el año 2007 en el flujo de caja que determina el correspondiente a los periodos 2008-2009, originaría un incremento del cargo de acceso para este periodo, que no necesariamente incentivaría a LAP a invertir y mejorar la calidad de servicio.
50. En línea con lo anterior y vinculado con el tercer argumento planteado por el Concesionario, se debe precisar que en la propuesta de OSITRAN, el Concesionario puede ejercer su opción de inversión a partir del año 2007. Si LAP ejerce su opción, automáticamente entraría en vigencia la tarifa que le corresponde al nuevo nivel de inversión. De esta manera, dicho incremento deberá estar asociado a la fecha de puesta en servicio de las citadas inversiones, teniendo OSITRAN la potestad de definir de oficio dicho cambio con posterioridad o anterioridad a dicha fecha.

¹⁰ Absuelve el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2007-CD-OSITRAN.

51. En opinión de estas Gerencias, la inclusión del valor de recupero en el último año del horizonte del flujo de caja, no constituye un elemento nuevo en la determinación del flujo de caja, ni fue introducido en una etapa del procedimiento que no permitió al Concesionario contradecir el mismo.
52. En este contexto, la propuesta de cargo de acceso por el servicio de alquiler de mostradores de check in, elaborada por el Regulador en el Informe N° 043-06-GRE-OSITRAN, consideró la presencia de 2 flujos de caja, uno que supuso que el Concesionario no realizaría las inversiones comprometidas en *counters*, y otro que supuso lo contrario.
53. Es necesario mencionar que, tanto en la Carta N° LAP-GCC-00091-2007-C como en el Escrito S/N que interpuso el Recurso de Reconsideración, el Concesionario señaló que el cargo de acceso para el año 2007, debe ser igual en los flujos de caja con y sin inversión comprometida. Esta propuesta no fue considerada razonable ni en el Informe N° 012-07-GRE-OSITRAN ni en el Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN, por lo que el argumento de LAP fue desestimado en ambas oportunidades.
54. En concordancia con lo anterior, el Informe N° 043-06-GRE-OSITRAN, el Informe N° 012-07-GRE-OSITRAN y el Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN consideraron el cálculo del cargo de acceso utilizando 2 flujos de caja, con y sin inversión. De esta manera, estas Gerencias consideran que dicha forma de cálculo no constituyó un elemento nuevo en la estimación del cargo de acceso para el servicio de alquiler de *counters*.

III.3.3. Omisión de los gastos relacionados al consumo de energía eléctrica

55. El Concesionario señala que la no inclusión del gasto en energía eléctrica como un elemento nuevo dentro del cálculo del cargo de acceso correspondiente.
56. Sobre el particular, debemos mencionar, en primer término, que el objetivo de los Contratos de Acceso es permitir que los usuarios intermedios, cumpliendo determinados estipulaciones y condiciones, puedan brindar los denominados servicios esenciales, que no incluyen los servicios públicos. Adicionalmente, el consumo de energía eléctrica puede diferir entre los usuarios intermedios en función a la intensidad de consumo, por lo que resulta más eficiente que este servicio, al igual que el resto de servicios públicos, no formen parte del cargo de acceso por el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento.

57. En segundo lugar, el Informe N° 042-05-GRE-OSITRAN, aprobado mediante el Acuerdo de Consejo Directivo N° 727-193-05-CD-OSITRAN, estableció que aquellos cobros por servicios complementarios, que no se encuentren incorporados en el cargo de acceso (gastos administrativos, áreas comunes, reparación o mantenimiento de generadores, por ejemplo), y que sean distintos a los correspondientes al consumo de energía eléctrica¹¹, se determinen por acuerdo entre las partes.
58. En tercer lugar, el informe mencionado anteriormente señaló también que los cobros que el Concesionario realice por la provisión de los servicios públicos (energía eléctrica, por ejemplo), deben regirse por el principio de racionalidad, es decir, deben guardar estricta correspondencia con los costos de provisión del servicio correspondiente.
59. 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° 022-07-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.
60. En este contexto, el Mandato de Acceso para el alquiler de los mostradores para prestar el servicio esencial de check in, emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 020-07-CD-OSITRAN, establece en el Literal d) del Numeral 12.1 de la Cláusula Décimo Segunda lo siguiente:

“Cláusula Décimo Segunda.- Obligaciones del Usuario Intermedio

12.1 Sin perjuicio de otras obligaciones contenidas en el presente Mandato, el Usuario Intermedio debe:

(...)

- d) 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.(...)”

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

¹¹ Facturado por EDELNOR, de acuerdo a las disposiciones específicas del sector eléctrico.

62. Es necesario mencionar, sin embargo, que el Numeral 7.3 de la Cláusula Sétima del Mandato de Acceso determinó lo siguiente:

“Cláusula Sétima.- Cargo de Acceso y forma de pago

(...)

7.3 El Cargo de Acceso incluye los servicios de limpieza y mantenimiento de los Mostradores, **así como la provisión de energía eléctrica necesaria para el funcionamiento del Equipamiento y, en general, para la prestación del Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (Check in, a través de las Facilidades Esenciales. (...).”**

63. Si bien es cierto que, respecto a la inclusión del cargo de acceso del costo relacionado al consumo de energía eléctrica, existió una contradicción en el Mandato de Acceso, la intención del Regulador fue siempre excluir dicho gasto del cargo determinado para el alquiler de *counters*. Lo anterior se demuestra mediante la corrección de errores materiales de la Resolución de Consejo Directivo N° 036-2007-CD-OSITRAN, que realizó de oficio OSITRAN mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2007-CD-OSITRAN¹².
64. Cabe señalar, adicionalmente, que durante el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, el Concesionario no cuestionó la referida contradicción presente en el Mandato de Acceso. En concordancia con lo anterior, ni en la Carta N° LAP-GCC-00091-2007-C (que remite los comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso), ni en el Escrito S/N (que interpuso el Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2007-CD-OSITRAN), LAP mencionó precisión alguna respecto a la exclusión o la inclusión en el cargo de acceso del costo del consumo de energía eléctrica.
65. 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. 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.

III.3.4. Omisión de parte del costo de la deuda

66. 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

¹² 8 de agosto del año 2007.

Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 020-07-CD-OSITRAN. En este contexto, LAP señala que en el informe N° 022-07-GRE-OSITRAN, “se excluyó” parte de los costos financieros de LAP relativos al primer financiamiento. Al respecto, es necesario realizar los siguientes comentarios.

67. 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.
68. 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.
69. 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.
70. En ese mismo sentido, Copelan y Weston¹³ (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 (...)**”*
71. Asimismo, la experiencia internacional aeroportuaria corrobora lo que señalan los autores antes mencionados. En Hutson y Kearney¹⁴ (2005), el costo de la deuda para la Autoridad del Aeropuerto de

¹³ Ver “Financial Theory and Corporate Policy”, tercera edición. Ed. Addison Wesley. pp. 526

¹⁴ Ver “Dublín Airport Authority’s Cost of Capital”. Report to the Comisión for Aviation Regulation.

Dublín es medido como la tasa libre de riesgo más un premio por deuda o de riesgo.

72. De manera similar, la *Competition Commission*¹⁵ (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.
73. En el mismo sentido, Estache, Pardina, Schlirf y Sember¹⁶ (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 Oliveri¹⁷ (1999).
74. En Estache y Pinglo¹⁸ (2004) y en Sirtaine, Pinglo, Guash y Foster¹⁹ (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.
75. Según la definición del modelo CAPM, el costo de la deuda quedaría definido como:

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

76. 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.
77. 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*.

¹⁵ Ver “Manchester Airport PLC: A report on the economic regulation of Manchester Airport PLC”.

¹⁶ Ver “Introducción a la Creación de los Modelos Económico Financieros para Autoridades Reguladoras de Servicios de Infraestructura del Transporte”

¹⁷ Ver “A Few Things Transport Regulators Should Know About Risk and The Cost of Capital”. Banco Mundial.

¹⁸ Ver “Are Returns to Private Infraestructura in Developing Countries Consistent with Risks since the Asian Crisis”. Working Paper. Banco Mundial.

¹⁹ Ver “How Profitable Are Infraestructura Concessions in Latin America”. Trends and Policy Options. N°2.

78. 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° 012-07-GRE-OSITRAN, y a solicitud del propio Concesionario (ver Carta N° LAP-GCC-00091-2007-C). En el Numeral 115 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 aeroportuarias a partir de la tasa de bonos libre de riesgo más una prima de riesgo²⁰.”

79. En este sentido, OSITRAN no introdujo elementos nuevos en el Informe N° 022-07-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° 012-07-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%.
80. En tercer lugar, el reajuste del costo de la deuda realizado en el Informe N° 022-07-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.(...)”

81. En otras palabras, los cargos de acceso determinados por el Regulador deben replicar, en la medida de lo posible, los resultados en

²⁰ Ver Estache, Pardina, Schirif y Sember (2004), Hutson y Kearney (2005), OSIPTEL (2005), Competition Commission (2002), entre otros.

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.3.5. Modificación de la base de datos y muestra para el cálculo del Beta

82. 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** (...)”.
83. 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° 022-07-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-)”.
84. 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° 020-2007-CD-OSITRAN”.
85. Sobre el particular, es necesario mencionar que en el Informe N° 043-06-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 Concesionario²¹.
86. En la Carta N° LAP-GCC-00091-2007-C, que contiene los comentarios de LAP a la propuesta de OSITRAN, la empresa Concesionaria propone como criterios para confeccionar la muestra, la incorporación

²¹ Los aeropuertos que conformaron la muestra fueron Gemina Spa, Kobenhavns Lufth, Unique Zurich y Auckland Airport.

de grupos aeroportuarios²² y la selección de aeropuertos que registren un tráfico similar al correspondiente al AIJCH²³. En este contexto, el Beta propuesto por LAP ascendió a 1,542 y 1,312, respectivamente.

87. Posteriormente, el Informe N° 012-07-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.
88. En este contexto, el Concesionario interpone un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 036-07-GRE-OSITRAN (que aprueba el Informe N° 012-07-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.
89. 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*

²² 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.

²³ 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.(...)***"

90. 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 muestra²⁴, así como el Beta obtenido en función a cada uno de los criterios.
91. 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.
92. En concordancia con lo anterior, en el Informe N° 022-07-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.
93. Cabe resaltar que el Concesionario se encuentra en lo cierto, cuando menciona que el Informe N° 022-07-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.
94. Sobre el particular, el Concesionario parece olvidar que la página web de Damodaran señala explícitamente que la fuente de información que

²⁴ 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.

95. 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).
96. En resumen, no se introdujo elementos no solicitados por el Concesionario en el Informe N° 022-07-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.3.6. Modificación del periodo de cálculo del riesgo país

97. 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 por OSITRAN originalmente para la estimación de la tasa del riesgo país”*.
98. Sobre el particular, el Informe N° 043-06-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-00091-2007-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 disponible²⁵. 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)**.”*
99. Posteriormente, el Informe N° 012-07-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

²⁵ En la mencionada comunicación, que es remitida el 25 de enero del año 2007, el periodo de cálculo concluye en diciembre del año 2006.

disponible, tal cual lo solicitó LAP, por lo que el periodo de cálculo transcurrió entre enero del año 2005 y diciembre del año 2006.

100. En este contexto, LAP presentó un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 036-07-CD-OSITRAN (aprobó el Informe N° 012-07-GRE-OSITRAN), que mantuvo la posición de considerar un periodo de cálculo que abarque desde enero de 1999, incluyendo la última información disponible²⁶. 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.”

101. El Informe N° 022-07-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.
102. En resumen, no se introdujo elementos no solicitados por el Concesionario en el Informe N° 022-07-GRE-GAL-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.4. Respecto a que OSITRAN no evaluó ni se pronunció respecto a los elementos sustantivos que pretendió impugnar

103. No obstante las motivaciones de orden legal que hacían ilegal “considerar” el escrito de LAP de fecha 09 de agosto de 2007 como una Reconsideración, lo cierto es que respecto a los supuestos “errores materiales” de OSITRAN, que éste correctamente identificó como observaciones de fondo; el Informe N° 036-06-GS-GRE-GAL (que se notificó junto con la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN) se pronuncia sobre todos aquellos elementos sustantivos observados por LAP.
104. En efecto, en el Informe N° 036-06-GS-GRE-GAL (que sirvió de base para la aprobación de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN), se señala expresamente que *“en el caso de todos los temas presentados por LAP como supuestos errores, no se trata de errores sino de apreciaciones inexactas, en temas de fondo, esgrimidas por el*

²⁶ En la mencionada comunicación, que es remitida el 12 de abril del año 2007, el periodo de cálculo concluye en marzo del mismo año.

Concesionario y que, en su mayoría, ya han sido sustentadas debidamente en el Informe N° 022-GRE-GAL-OSITRAN.”

105. Sin perjuicio de ello, en el Punto **III.1.2** del Informe N° 036-06-GS-GRE-GAL, que contiene el análisis técnico de las observaciones presentadas por LAP; se realiza el análisis económico de los temas que LAP erradamente calificó como “errores materiales”, siendo observaciones de fondo. Asimismo, se debe considerar que el mismo análisis ya había sido efectuado mediante Informe N° 022-GRE-GAL-OSITRAN.
106. En ese sentido, es incorrecto que OSITRAN haya omitido pronunciarse sobre el fondo de las observaciones consideradas en la solicitud de LAP, pues calificándolas como observaciones de fondo, analizó todas ellas con el fin de no dejar sin respuesta a LAP.

III.5. Sobre el principio de congruencia de las resoluciones y la prohibición de la “reformatio in peius” (o reforma peyorativa)

107. 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.

108. Así, el Artículo 187° 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

109. Comentando el Artículo 187° de la LPAG, Juan Carlos MORON URBINA²⁷, 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”.

²⁷ En “Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, pag. 77 y 392. Gaceta Jurídica, Octubre de 2001.

110. 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.

111. 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.

112. 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)²⁸, el procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de Acceso **sólo puede ser solicitado por los usuarios intermedios**²⁹, 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:

- 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.**

²⁸ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN y modificado mediante Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN.

²⁹ 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**.

- 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

113. 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.
114. 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.
115. 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).
116. 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.

117. 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.
118. 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

119. 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.

120. 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).

121. Es necesario considerar que el propio consultor de LAP, cita una **sentencia del Tribunal Constitucional**³⁰, 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 estado ejerce SU PODER DE SANCIÓN** y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.”

³⁰ Se trata de la sentencia del TC recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA.

122. 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.
123. 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”.**
124. 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.
125. 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).

126. 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.
127. 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 187° de la LPAG y menos aún, que haya violado la prohibición de reforma en peor en el presente caso.
128. Adicionalmente, cabe señalar que con el fin de acogerse a lo establecido en el Artículo 187° 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.
129. 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.
130. 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, modificadorio o revocatorio del acto impugnado.”³¹

131. 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”.
132. 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).

³¹ Nótese que, LAP excluye de la cita original del Dr. Morón Urbina, los textos que se resaltados en negritas en el numeral 130 de la presente Resolución.

133. 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 Notifico a las 22 aerolíneas con fecha 26/12/2006 con N° Oficio N° 1823-06-GS-OSITRAN y Se Notifico a LAP con fecha 26/12/2006 con Oficio N° 1822-06-GS-OSITRAN

Riesgo país Beta	Recurso de Reconsideración Recurso de Reconsideración	Escrito S/N Escrito S/N	12/04/2 007 12/04/2 007	Se notifico a LAP con fecha 21/06/2007 con Oficio N° 068-07- SCD- OSITRAN
Costo de la deuda	Comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso	Carta N° LAP-GCC- 00091-2007-C	25/01/2 007	Se Notifico a LAP con fecha 14/02/02007 con el Oficio N° 013-07- GRE- OSITRAN

134. 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.
135. 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.*
136. 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.

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

151. Con la interposición de su Recurso de Reconsideración de fecha 12 de abril de 2007, en contra de la Resolución N° 020-2007 - CD-OSITRAN (que aprueba el Mandato de Acceso), LAP agotó su derecho de interponer, dentro del mismo procedimiento, el recurso de Reconsideración correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 214° de la LPAG.
152. OSITRAN no podía haber considerado la solicitud de LAP de fecha 09 de agosto de 2007 como una Reconsideración, pues ello hubiera supuesto una actuación ilegal, contraviniendo, lo establecido en el artículo 214 de la LPAG.
153. La Resolución de Consejo Directivo N° 054-2007-CD-OSITRAN se aprobó el 08 de agosto de 2007 (en la Sesión N° 251), mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 1003-251-07-CD-OSITRAN; un día antes de que LAP presentara su solicitud para que se rectifique su errónea solicitud de corrección de errores materiales; por lo que es incorrecto que haya presentado tal solicitud de manera oportuna.
154. Se debe desestimar los argumentos de LAP en el sentido que OSITRAN modificó, en vía de reconsideración, la metodología de fijación del cargo de acceso utilizada (impidiendo su derecho de defensa e impidiendo que se pronuncie e impugne con anterioridad tales aspectos), pues todos ellos constituyen elementos previamente discutidos con LAP y analizados durante el desarrollo del procedimiento administrativo.
155. Es incorrecto que OSITRAN haya omitido pronunciarse sobre las observaciones de fondo planteadas por LAP, pues aún cuando las calificó correctamente como observaciones de fondo, analizó todas ellas con el fin de no dejar sin respuesta a LAP, tanto en el Informe N° 022-07-GRE-GAL-OSITRAN y, como en el Informe N° 036-07-GS-GRE-GAL.
156. 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).
157. 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.

158. Resulta equivocada y carente de sustento legal, la pretensión de LAP respecto a que se ha transgredido el principio de congruencia recogido en el Artículo 187° de la LPAG.
159. 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.
160. 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.

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 del el Informe N° 011-08-GRE-GAL;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADA la solicitud de declaración de nulidad de la Resolución N° 054-2007-CD-OSITRAN, interpuesta por Lima Airport Partners S.R.L.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 011-08-GRE-GAL-OSITRAN a Lima Airport Partners S.R.L., así como a todas las partes involucradas en el presente procedimiento.

Artículo 3°.- 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° PD2840-08