

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 018-2008-CD-OSITRAN

Lima, 12 de marzo de 2008

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

VISTOS:

El Informe Nº 013-08-GRE-GAL-OSITRAN, que emite opinión sobre la solicitud de declaración de nulidad de la Resolución de Consejo Directivo Nº 052-2007-CD-OSITRAN, presentada por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP);

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de enero del 2007, mediante los Oficios Nº 108-07-GS-OSITRAN y Nº 109-07-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión remitió el Proyecto de Mandato de Acceso para brindar el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris) en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).
2. El 07 de marzo del 2007, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 019-2007-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Mandato de Acceso para brindar el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris) en el AIJCH.
3. El 13 de junio del 2007, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 035-07-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN resolvió el Recurso de Reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 019-2007-CD-OSITRAN.
4. El 18 de julio del 2007, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 052-2007-CD-OSITRAN, se declaró procedente la solicitud de rectificación de errores materiales de la Resolución de Consejo Directivo Nº 035-2007-CD-OSITRAN, en el extremo referido a la incorporación de la Retribución y la Tasa de Regulación en el costo de mantenimiento del servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris) en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).

5. El 20 de agosto del 2007, mediante Escrito S/N, LAP solicitó la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 052-07-CD-OSITRAN.
6. Con fecha 10 de enero de 2008, mediante Escrito S/N, LAP amplió los argumentos de su Solicitud de declaración de Oficio de nulidad de la Resolución N° 052-2007-CD-OSITRAN.

II. ARGUMENTOS DE LA NULIDAD

7. En opinión del Concesionario, la solicitud de nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 052-2007-CD-OSITRAN se sustenta en los siguientes argumentos:
 - La Resolución de Consejo Directivo N° 035-2007-CD-OSITRAN, que resolvió el Recurso de Reconsideración presentado por LAP contra el Mandato de Acceso para el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris), excluyó del cálculo del cargo de acceso por concepto de mantenimiento el costo del consumo de energía eléctrica de aire acondicionado, el costo del seguro y el costo indirecto de mantenimiento. Dicha exclusión fue realizada en base a una referencia a lo que la Real Academia de la Lengua considera como mantenimiento.
 - Dado que dicha exclusión no fue solicitada por LAP o ningún tercero interesado, el Concesionario consideró que dicha exclusión habría sido parte de un error por parte del OSITRAN. En este contexto, LAP presentó una solicitud de rectificación de error material, con el objetivo de enmendar el supuesto error.
 - En la medida en que la Resolución de Consejo Directivo N° 052-07-CD-OSITRAN declaró improcedente la solicitud de rectificación de errores materiales, correspondía que el Concesionario contara con la posibilidad de contradecir en la vía administrativa dicha decisión, ya que ésta contenía elementos de fondo que no habían sido analizados durante el procedimiento administrativo.
 - En este contexto, la declaración de improcedencia de un pronunciamiento respecto de los temas de fondo que determinaron el costo de mantenimiento, sin permitir al Concesionario contradecir los argumentos de la improcedencia en sede administrativa, configuran una causal de nulidad parcial de la Resolución de Consejo Directivo N° 052-07-CD-OSITRAN.
 - Cabe resaltar que el presente caso no involucra argumentos adicionales planteados por el OSITRAN para rebatir el Recurso

de Reconsideración de LAP, sino supuestos o elementos introducidos por primera vez por el Organismo Regulador en el procedimiento administrativo. En otras palabras, conceptos sobre los que OSITRAN no se había pronunciado anteriormente y, por lo tanto, respecto de los que LAP no tuvo oportunidad de contradecir.

- Si el OSITRAN consideró que la invocación de un supuesto error no era el mecanismo o la vía apropiada para tramitar los cuestionamientos de LAP, respecto de los nuevos elementos introducidos en el procedimiento administrativo, correspondía que el Organismo Regulador encausara de oficio la solicitud del Concesionario. Por el contrario, OSITRAN consideró que no correspondía pronunciarse respecto a los argumentos de LAP, limitándose a sostener que dichos extremos no constituían un error.
- Agrega LAP, en su escrito ampliatorio, mayores fundamentos respecto de los nuevos elementos introducidos por OSITRAN en la Resolución N° 035-2007-CD-OSITRAN, relativos a: i) Exclusión de costos de energía de aire acondicionado; ii) Exclusión de costos indirectos y de seguros; iii) No reconocimiento de costos económicos.

III. ANALISIS

III.1. Procedimiento de determinación del cargo de acceso

8. El 10 de noviembre del 2006, mediante la Carta S/N, LAN Perú solicitó ante OSITRAN la emisión de un Mandato de Acceso para brindar el servicio esencial de procesamiento de pasajeros y equipaje, mediante el alquiler de oficinas operativas (área gris).
9. El 23 de noviembre del 2006, mediante la Carta N° LAP-GCC-02283-2006-C, el Concesionario remitió su propuesta de cargo de acceso por el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris). La mencionada propuesta incluyó un cargo de acceso de US \$16,98 por m² para el periodo enero 2007-mayo 2009, considerando un factor de actualización equivalente a la inflación de Estados Unidos para los años 2008 y 2009.
10. Es necesario mencionar que el cargo de acceso propuesto por LAP incluyó, dentro del rubro de gastos operativos, el mantenimiento de los sistemas electromecánicos (aire acondicionado y sistema contraincendios), el mantenimiento de la infraestructura (tabiquería), la limpieza de instalaciones, el consumo de energía eléctrica de los sistemas y el gasto en seguros.

11. El 17 de enero del 2007, mediante los Oficios N° 108-07-GS-OSITRAN y N° 109-07-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión remitió el Proyecto de Mandato de Acceso para brindar el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris) en el AIJCH. Dicho proyecto, que estableció un cargo de acceso de US \$16,74 por m² para el periodo 2007-2009 (ver Informe N° 007-07-GRE-OSITRAN), consideró los rubros y montos de gastos operativos propuestos inicialmente por el Concesionario en la Carta N° LAP-GCC-02283-2006-C.
12. El 2 de febrero del 2007, mediante la Carta S/N, LAN Perú remitió sus comentarios al Proyecto de Mandato de acceso para el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris). En dicha comunicación, el usuario intermedio señala lo siguiente:

“(…)

Al respecto, en el mes de noviembre del 2006, nuestra empresa solicitó el Mandato de Acceso para las Áreas de Oficinas Operativas en el AIJCH, en dicha solicitud se indicó –entre otros temas- que:

- a. *El 16 de mayo de 2006, LAP remitió el proyecto de “Contrato de Acceso a Oficinas Operativas en el AIJCH”, precisando en éste que el cargo de acceso para el periodo “2007-2010” ha sido fijado en US \$ 12.50 por metro cuadrado. Cabe precisar dichos Contratos contaban con los vistos de su área legal y comercial, por lo que se constituye claramente una oferta válida y cierta, tal conforme lo señala en su carta N° LAP-GCC-00928-2006-C.*
- b. *Ante la realización de esta oferta certera por parte de LAP, nuestra empresa tras su evaluación procedió a aceptarla, motivo por el cual alcanzó los Contratos debidamente suscritos como señal de nuestra aceptación y siguiendo las indicaciones otorgadas por LAP en su propia carta LAP-GCC-00928-2006-C.*

(…)

De lo anterior, se infiere claramente que: i) ya existía un acuerdo, y ii) se estableció como formalidad para manifestar nuestra aceptación a la oferta de LAP, la devolución de los contratos con los V°B° respectivos, lo cual efectivamente se verificó en los hechos

(…)”

13. Considerando lo mencionado anteriormente, el Informe N° 013-07-GRE-OSITRAN (1 de marzo del año 2007) estableció el cargo de acceso por el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris) en

US \$12,5 por m², más los costos de mantenimiento de la infraestructura esencial, tal y como lo establece el Proyecto de Contrato suscrito el 16 de mayo del año 2006 por LAN, y que contó con el visto bueno de las áreas legal y comercial de LAP.

14. Es necesario mencionar que los comentarios del Concesionario al Proyecto de Mandato de Acceso, remitidos el 2 de febrero del año 2007 mediante la Carta N° LAP-GCC-00210-2007-C, consideraron un cargo de acceso equivalente a US \$22,9 por m² para el periodo 2007-2009. El mencionado cálculo consideró los rubros y montos de gastos operativos, propuestos inicialmente por el Concesionario en la Carta N° LAP-GCC-02283-2006-C.
15. El 12 de abril del año 2007, mediante Escrito S/N, LAP interpuso un Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo de Consejo Directivo de OSITRAN N° 939-236-07-CD-OSITRAN. El Recurso de Reconsideración propuso un cargo de acceso y costo de mantenimiento equivalente a US \$24,03 por m² y a US \$4,24 por m², respectivamente, para el periodo 2007-2009.
16. En el caso de la determinación del cargo de acceso, el factor que determina el incremento propuesto es el recálculo de la tasa de descuento (rubros de gastos operativos y montos respectivos no se modifican). En el caso de la determinación del costo de mantenimiento, el Concesionario utiliza la siguiente metodología:
 - Etapa 1. Se determina la contribución de la inversión total al cargo de acceso, mediante la elaboración de un flujo de caja que no considera gastos operativos ni costos indirectos. Según lo manifestado por LAP, esta contribución ascendería a US \$17,34 por m².
 - Etapa 2. Se determina la contribución de los gastos operativos y la inversión al cargo de acceso, mediante la elaboración de un flujo de caja que no considera los costos indirectos. De acuerdo a lo mencionado por el Concesionario, esta contribución ascendería a US \$21,06 por m².
 - Etapa 3. Se determina la contribución de los gastos operativos al cargo de acceso, como la diferencia entre las contribuciones calculadas en la Etapa 2 y la Etapa 1. Según lo manifestado por LAP, esta contribución ascendería a US \$3,72 por m².
 - Etapa 4. Se determina la contribución total de los costos indirectos al cargo de acceso, como la diferencia entre el cargo de acceso y la contribución calculada en la Etapa 2. De acuerdo a lo mencionado por el Concesionario, esta contribución asciende a US\$2,97 por m².
 - Etapa 5. Se determina la contribución de los costos indirectos al cargo de acceso, atribuible a los gastos operativos, de manera

proporcional a la contribución de los mismos al cargo de acceso. Según lo manifestado por LAP, esta contribución ascendería a US\$0,52 por m².

- Etapa 6. Se determina el costo de mantenimiento como la suma entre la contribución de los gastos operativos y los costos indirectos atribuibles a estos al cargo de acceso. De acuerdo a lo mencionado por el Concesionario, el costo de mantenimiento ascendería a US\$4,24 por m².
17. En este contexto, mediante el Informe N° 020-07-GRE-GAL-OSITRAN del 8 de junio del año 2007, OSITRAN reafirmó su posición de establecer el cargo de acceso para el alquiler de oficinas operativas (área gris) en US \$12,5 por m². Adicionalmente, el mencionado Informe determinó que el costo de mantenimiento que LAP cobraría a los usuarios intermedios ascendería a US \$1,37 por m².

III. 2. Determinación del costo de mantenimiento

18. En el Recurso de Reconsideración, el Concesionario señaló que en caso el OSITRAN mantenga su posición en relación a que el Proyecto de Contrato, constituye un elemento a considerar a efectos de la determinación del cargo de acceso, se agregue a dicho monto el costo de mantenimiento, ya que formó parte de la voluntad revelada de las partes durante la etapa de negociación.
19. Para tal efecto, el Concesionario calculó el costo de mantenimiento, a incluir como parte del cargo de acceso por el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris), a partir del flujo de caja que sustenta este último y que fue propuesto por LAP en el Recurso de Reconsideración. Sin embargo, dado que en este caso se determinó el cargo en función a la voluntad revelada por las partes durante la negociación, sólo se utilizó a fin de determinar el costo de mantenimiento, la información provista por LAP en el marco de su propuesta.
20. En este contexto, para determinar el costo de mantenimiento fue necesario definir aquellos rubros del gasto operativo relacionado a la mencionada infraestructura (sin incluir los costos indirectos), que efectivamente podrían considerarse como parte de las actividades de mantenimiento. De acuerdo a lo mencionado por LAP en el Recurso de Reconsideración, los rubros que conformaron el gasto operativo considerado, son mantenimiento de sistemas electromecánicos (aire acondicionado, sistema contra incendios), mantenimiento de infraestructura (tabiquería), limpieza de instalaciones, consumo de energía eléctrica de los sistemas electromecánicos y seguros.

21. Según la Real Academia Española, mantenimiento significa “*conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente*”. En este contexto, no se consideró parte del costo de mantenimiento el costo de los seguros, en la medida en que constituyen un instrumento de reposición de activos y no de mantenimiento de los mismos. Es necesario mencionar, adicionalmente, que no se consideró el costo del consumo de energía eléctrica correspondiente al aire acondicionado, en la determinación del cargo de acceso por el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris), por las siguientes razones.

22. En primer lugar, el Numeral 5.2 de la Cláusula Quinta del Proyecto de Contrato de Acceso a las oficinas operativas del AIJCH establece lo siguiente:

“(...)

El valor del cargo de acceso incluye la contraprestación correspondiente a todos los servicios complementarios necesarios para brindar el Servicio Esencial prestado por las aerolíneas en el(las) área(s) arrendada(s), con excepción de los servicios básicos incluidos en el Numeral 1.26 del Contrato de Concesión del AIJCH, cuyos alcances han sido interpretados mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 392-127-03-CD-OSITRAN, con fecha 13 de enero de 2004. El cargo de acceso incluye también la contraprestación para la operación de la infraestructura esencial y el mantenimiento de la misma, que sea requerida para el funcionamiento de los sistemas y servicios de comunicación a que se refiere el Numeral 12.6 del presente Mandato, así como el mantenimiento de áreas comunes.

(...)”

23. Es necesario mencionar que el Numeral 1.26 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión (que define “Ingresos Brutos”), incluye explícitamente el servicio de energía eléctrica, por lo que el cobro relacionado al abastecimiento de este servicio no debe formar parte del cargo de acceso correspondiente. La razón de ello es que el objetivo de los Contratos de Acceso es permitir que los usuarios intermedios, cumpliendo determinadas estipulaciones y condiciones, puedan brindar los denominados servicios esenciales, los que no incluyen la provisión de los servicios públicos.

24. Sobre el particular, en principio, 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.

25. En tal sentido, si bien es cierto que el servicio de abastecimiento de energía eléctrica puede considerarse un servicio complementario necesario para brindar el servicio esencial, la contraprestación correspondiente no debe incluirse en el cargo de acceso. En otras palabras, lo facturado por el proveedor de energía más los costos incurridos por LAP en la transformación de la energía, no formarán parte del cargo de acceso por el alquiler de oficinas operativas (área gris).
26. 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 diferentes a los correspondientes al consumo de energía eléctrica¹, se determinen por acuerdo entre las partes.
27. 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.
28. De esta manera, el costo de mantenimiento anual se calculó agregando los gastos relacionados a mantenimiento de sistemas e infraestructura, y limpieza de instalaciones. El costo de mantenimiento mensual por metro cuadrado se obtuvo simplemente como el cociente entre el costo de mantenimiento anual prorrateado por 12 meses, y la extensión del área de las oficinas operativas (área gris).
29. Como se muestra en el Cuadro N° 1, el costo de mantenimiento que conformó parte del cargo de acceso ascendió a US \$1,37 por m² (US \$0,72 por m² considerando la Retribución y la Tasa de Regulación) para el año 2007. Es necesario mencionar que el costo de mantenimiento será actualizado anualmente (tal como fue acordado por las partes), para los años 2008 y 2009, por el Índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos.

¹ Factura de EDELNOR, de acuerdo a las regulaciones específicas del sector eléctrico.

Cuadro N° 1

COSTO DE MANTENIMIENTO CONSIDERADO POR OSITRAN EN EL CARGO DE ACCESO

(US\$)

	2007
Mantenimiento de sistemas electromecánicos	2 746
Equipos de aire acondicionado	1 017
Cajas variables	633
Sistema contra incendio	1 096
Mantenimiento de infraestructura	1 505
Tabiquería	1 505
Limpieza	5 817
Servicios higiénicos e instalaciones comunes	5 817
Costo de mantenimiento anual	10 068
Costo de mantenimiento mensual	839
Area ocupada por las oficinas operativas (m²)	1 169
Costo de mantenimiento por m² (sin pagos al Estado)	0,72
Retribución y Tasa de Regulación	47,511%
Costo de mantenimiento por m²	1,37

Fuente: LAP

Elaboración: Gerencia de Regulación

III. 3. Respecto a la novedad de los argumentos utilizados por el OSITRAN en la determinación del costo de mantenimiento

30. Según lo manifestado por el Concesionario en su solicitud de Nulidad, la Resolución N° 035-07-CD-OSITRAN "(...) excluyó del cálculo del cargo de acceso por concepto de mantenimiento del uso de dichas áreas a los conceptos siguientes: (i) costo de energía del aire acondicionado, (ii) el costo de seguro, y (iii) el costo indirecto de mantenimiento. (...)".
31. De esta manera, el Concesionario sostiene que "(...) no se trata de la mera consideración de argumentos adicionales planteados por el OSITRAN para intentar rebatir el sustento presentado por LAP en el Recurso de Reconsideración, sino propiamente de supuestos o elementos introducidos por primera vez por el organismo regulador al procedimiento administrativo en curso, es decir, conceptos sobre los cuales antes dicho organismo no se había pronunciado y, por tanto, respecto de los cuales, LAP no había tenido oportunidad de contradecir. (...)".
32. En relación a los argumentos planteados por el Concesionario, es necesario efectuar los siguientes comentarios:

33. En primer lugar, el Anexo II del Proyecto de Contrato establece que, para el periodo 2007-2010, el pago que realizará el usuario intermedio por el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris) estará conformado por:
- Renta fija mensual: US\$12,5 por m² más IGV.
 - Costo de mantenimiento mensual: Los costos de mantenimiento, a partir del año 2007, serán calculados de acuerdo a los costos involucrados.
 - Servicios de telefonía fija y móvil, de acuerdo a los contratos suscritos por el usuario intermedio con los operadores de telecomunicaciones.
 - Servicios de acceso a Internet, de acuerdo a los contratos suscritos por el usuario intermedio con los operadores de servicios de Internet.
 - Servicio de red gigabit, de acuerdo al contrato suscrito por el usuario intermedio con SITA.
34. En segundo lugar, el Escrito S/N que contiene el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 019-07-CD-OSITRAN, calculó el costo de mantenimiento como la contribución de los gastos operativos, incluyendo aquella porción atribuible a estos de los costos indirectos, al cargo de acceso propuesto por LAP.
35. Dicha propuesta, fue desestimada por el análisis efectuado por la Gerencia de Regulación, por 2 razones puntuales. Primero, los gastos operativos incluyen el costo de mantenimiento, pero bajo ningún supuesto ambos conceptos son equivalentes. Segundo, el flujo de caja utilizado para el cálculo del costo de mantenimiento arrojaba un cargo de acceso de US \$24,03 por m², y no de US \$12,5 por m² más el costo de mantenimiento, tal cual se encuentra establecido en el Proyecto de Contrato de Acceso.
36. En lo que se refiere a la primera razón, el propio Concesionario reconoció la inclusión de los costos de mantenimiento en los gastos operativos. Como se muestra en el Cuadro N° 2, los rubros de gasto operativo considerados por LAP en su propuesta de cargo de acceso, en los comentarios remitidos a la propuesta del OSITRAN y en el Recurso de Reconsideración interpuesto al Proyecto de Mandato de Acceso, incluyen el mantenimiento de sistemas electromecánicos, el mantenimiento de infraestructura, la limpieza de instalaciones, el consumo de energía eléctrica de los sistemas y el gasto en seguros.

Cuadro N° 2

GASTOS OPERATIVOS

(US\$ miles)

	Gasto anual
Mantenimiento de sistemas electromecánicos	2,7
Equipos de aire acondicionado	1,6
Sistema contraincendio	1,1
Mantenimiento de infraestructura (tabiquería)	1,5
Limpieza de instalaciones (servicios higiénicos y corredores)	5,7
Consumo de energía eléctrica de sistemas	15,7
Seguros	1,6
Total	27,2

Fuente: LAP

Elaboración: Gerencia de Regulación

37. En lo que respecta a la segunda razón, el Regulador no podía aceptar un costo de mantenimiento que no fuera consistente con el cargo determinado en el Proyecto de Contrato de Acceso. En concordancia con lo anterior, LAP debió calcular el costo de mantenimiento en función a un flujo de caja, cuyo resultado fuera un cargo de acceso equivalente a US \$12,5 por m² más el costo de mantenimiento (Proyecto de Mandato de Acceso).
38. En este contexto, los argumentos utilizados por la Gerencia de Regulación para desestimar la propuesta de costo de mantenimiento del Concesionario, utilizaron como base elementos o supuestos presentes a lo largo de todo el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, y que el Concesionario nunca objetó (ni en sus comentarios al Proyecto de Contrato de Acceso, ni en su Recurso de Reconsideración).
39. En tercer lugar, en la medida en que la propuesta de LAP no fue aceptada, la Gerencia de Regulación procedió a calcular el costo de mantenimiento aplicable al servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris).
40. De esta manera, se incorporaron directamente los rubros de mantenimiento de sistemas electromecánicos y mantenimiento de infraestructura, así como los montos correspondientes, que el Concesionario explícitamente incluyó como parte de los gastos operativos en sus comentarios a la propuesta de cargo de acceso del OSITRAN, y en su Recurso de Reconsideración al Proyecto de Mandato de Acceso.

41. Considerando que ni el Proyecto de Contrato de Acceso ni el Contrato de Concesión del AIJCH definen el término mantenimiento, se recurrió a la definición considerada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, con el objetivo de determinar que rubros del gastos operativo propuesto por el Concesionario podría incluirse o excluirse. En concordancia con ello, fue incluido el rubro de limpieza de instalaciones (con los montos propuestos inicialmente por LAP), pero fueron excluidos los gastos en seguros y en el consumo de energía eléctrica de los sistemas.
42. Dicha decisión estuvo sustentada en lo establecido en el Numeral 12.2 de la Cláusula Duodécima del Proyecto de Contrato de Acceso:

“Cláusula Duodécima.- Obligaciones generales de LA AEROLINEA

Sin perjuicio de las demás obligaciones asumidas en el presente Contrato, LA AEROLINEA se obliga expresamente a lo siguiente:

(...)

12.2 Cumplir con las Normas de Operación y Mantenimiento de LAP y sus actualizaciones periódicas. Los métodos y procedimientos para cumplir con dichas normas serán señalados por LAP, debiendo para tal efecto ser notificados directamente a LA AEROLINEA, además de ser publicados a través de la web de LAP (www.lap.com.pe).

(...)”

43. Las Normas de Operación y Mantenimiento del Concesionario incluyen el denominado Manual de Habilitación de Locales, y Reglamento de Uso, Mantenimiento y Operación (Manual HUMO)², que señala en la Sección 5 lo siguiente:

“5. Definiciones

(...)

- *Mantenimiento/Desmontajes. Mantenimiento de equipos eléctricos, electromecánicos, pozos de tierra, redes eléctricas, sanitarias, infraestructura, entre otros. Asimismo, se consideran los retiros de equipos, pisos, estructuras, instalaciones, entre otros. Ejm: Mantenimiento de aire acondicionado, luminarias, extractores, entre otros. (...)*

² Mencionado en el Numeral 16.4 de la Cláusula Décimo Sexta del Proyecto de Contrato de Acceso.

(...)”

44. En relación a lo mencionado anteriormente, es necesario realizar algunos comentarios. Primero, LAP considera que las actividades de mantenimiento incluyen dichas labores en equipos e infraestructura. Bajo ninguna circunstancia, se podría interpretar que el Manual Humo incluye en la definición de mantenimiento las actividades de reposición de equipos e infraestructura.
45. Segundo, si lo que LAP considera actividades de mantenimiento incluye dichas labores en equipos e infraestructura, los costos relacionados a estas actividades no deberían incorporar ni el gasto en reposición (seguros) ni el consumo de energía eléctrica de los equipos a los que se les debe realizar mantenimiento.
46. Tercero, el Proyecto de Contrato de Acceso fue elaborado en base al Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas para Aerolíneas en el AIJCH, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 011-06-CD-OSITRAN el 28 de febrero del año 2006. Cabe señalar que el Numeral 12.2 de la Cláusula Duodécima del Contrato Tipo es similar al Numeral 12.2 de la Cláusula Duodécima del Proyecto de Contrato de Acceso. En concordancia con lo anterior, las Resoluciones N° 019-07-CD-OSITRAN y N° 035-07-CD-OSITRAN hacen referencia en sus antecedentes al Contrato Tipo de Acceso a Oficinas Operativas para Aerolíneas en el AIJCH.
47. Por último, si bien es cierto la versión corregida del Manual Humo fue aprobada el 15 de enero del año 2007, es decir, cuando el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso ya se había iniciado, el Concesionario no realizó cambio alguno a la versión anterior en relación a la definición de actividades de mantenimiento
48. En este contexto, los argumentos utilizados por la Gerencia de Regulación para calcular el costo de mantenimiento de las oficinas operativas (área gris), utilizaron como base elementos o supuestos presentes a lo largo de todo el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, y que el Concesionario nunca objetó (ni en sus comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso, ni en su Recurso de Reconsideración).
49. En cuarto lugar, en relación a la exclusión del consumo de energía eléctrica de los costos de mantenimiento, el Numeral 5.2 de la Cláusula Quinta del Proyecto de Contrato de Acceso establece que el cargo de acceso por el servicio de alquiler de oficinas operativas (área gris) incluye, en términos del Anexo II del Proyecto de Contrato de Acceso, la renta fija mensual y el costo de mantenimiento. Por el

contrario, el mencionado cargo de acceso no incluye la contraprestación por servicios básicos (energía eléctrica, por ejemplo).

50. Dicha afirmación es refrendada por lo establecido en el Numeral 12.8 de la Cláusula Duodécima del Proyecto de Contrato de Acceso:

“Cláusula Duodécima.- Obligaciones generales de LA AEROLINEA

(...)

12.8 Pagar a LAP puntualmente las sumas que se devenguen por todos los servicios básicos u otros prestados por LAP cuya prestación haya sido acordada por las Partes.

(...)”

51. En otras palabras, además de no formar parte del costo de mantenimiento, el gasto relacionado al consumo de energía eléctrica no está incluido en el cargo de acceso, por lo que el usuario intermedio debe abonar a LAP la cifra correspondiente del mismo por fuera.
52. Respecto a este último punto, cabe resaltar que la intervención regulatoria de OSITRAN en los mercados relacionados a las facilidades esenciales es por principio excepcional, es decir, el regulador siempre privilegiará los acuerdos entre el Concesionario y los usuarios intermedios, en detrimento del establecimiento de regulaciones de las condiciones de acceso a los mismos (cargos de acceso, por ejemplo). Asimismo, no existe evidencia que las partes tengan un desacuerdo en este servicio conexo, sobre el cual puede eventualmente pronunciarse al OSITRAN.
53. En concordancia con lo anterior, el Artículo 43 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) señala que OSITRAN emitirá un Mandato de Acceso “(...) 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 (...)”.
54. Sin embargo, es necesario mencionar que existen los denominados servicios conexos y/o complementarios del acceso a las Facilidades Esenciales (por ejemplo: provisión de energía eléctrica, limpieza y provisión de agua potable) en los que, a pesar de no registrarse adecuadas condiciones de competencia, el regulador no interviene bajo ninguna modalidad, por las siguientes razones:
55. En primer lugar, la inclusión del costo relacionado a los servicios conexos y/o complementarios en el cargo de acceso, implicaría regular

un servicio (provisión de energía eléctrica, por ejemplo) que se encuentra de por sí regulado, y para lo cual el OSITRAN no cuenta con las competencias legales respectivas. Asimismo, la política regulatoria establecida en los precedentes del OSITRAN contempla que las partes se pongan de acuerdo en el caso de los servicios conexos, entre otros la energía³.

56. En segundo lugar, los usos y costumbres de la industria indican que es usual que el Concesionario u operador aeroportuario y los usuarios intermedios negocien, conjuntamente con el acceso a las facilidades esenciales, el costo de provisión de los servicios conexos y/o complementarios, entre otros, los servicios de energía. En el caso de Aeropuertos del Perú S.A.C., por ejemplo, el Concesionario y las líneas aéreas negociaron para el caso del alquiler de *counters* en los aeropuertos entregados en concesión, un porcentaje de la renta mensual (entre 10% y 15%) por alumbrado de áreas comunes y mantenimiento de generadores eléctricos. Un caso análogo se registra en los puertos.
57. En este contexto, los argumentos utilizados por la Gerencia de Regulación para excluir el consumo de energía eléctrica del costo de mantenimiento de las oficinas operativas (área gris), utilizaron como base elementos o supuestos presentes a lo largo de todo el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, y que el Concesionario nunca objetó (ni en sus comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso, ni en su Recurso de Reconsideración).
58. En resumen, para efectos del cálculo del costo de mantenimiento, OSITRAN no introdujo elementos nuevos en el Informe N° 020-07-GRE-GAL-OSITRAN, ni en ninguna etapa del procedimiento que no permitiera a LAP contradecir dichos argumentos.

III.4. Respecto al cumplimiento del marco legal

59. 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 el 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

³ En julio de 2004, OSITRAN dejó sin efecto la regulación que hasta dicho año establecía el contrato de concesión del Terminal Portuario de Matarani para el servicio de provisión de energía a las naves, dejando en libertad a las partes para que se pongan de acuerdo en dicho servicio.

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.

60. Por tanto, lo que el OSITRAN hizo fue resolver un tema que sí está considerado en el desarrollo de la tramitación del procedimiento, que sí fue 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.
61. En ese sentido, OSITRAN ha cumplido con el *principio de transparencia y predictibilidad* en base a los cuales, el OSITRAN debe notificar los proyectos de Mandato de Acceso, cosa que se ha cumplido en el presente caso, pues el proyecto de Mandato de Acceso fue debidamente notificado a LAP, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 100° del REMA⁴.
62. De acuerdo a lo anterior, la adecuación que hizo el OSITRAN del Mandato de Acceso definitivo, respecto del proyecto de Mandato de Acceso notificado a las partes, *constituye un deber para la institución*, ya que el no hacer dicha adecuación sí podría haber viciado de nulidad el procedimiento y violado el deber de oficialidad y de verdad material que obliga a los entes de la Administración Pública.
63. Asimismo, la Resolución N° 035-2007-CD-OSITRAN contiene el pronunciamiento del Consejo Directivo de OSITRAN respecto al recurso de Reconsideración que LAP interpuso en contra de la Resolución N° 019-2007-CD-OSITRAN (que aprueba el Mandato de Acceso), razón por la cual ya ha quedado agotada la vía

⁴ El Art. 100° del REMA establece lo siguiente:

“Artículo 100°.- COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE MANDATO EN CONTRATOS POR NEGOCIACIÓN DIRECTA.

Una vez notificado el Proyecto de Mandato de Acceso a las partes, éstas podrán expresar por escrito sus comentarios u objeciones dentro del plazo de diez (10) días, el cual podrá ser prorrogado, de manera justificada, a petición del solicitante del mandato o de la Entidad Prestadora, hasta por diez (10) días adicionales.

Los comentarios u objeciones expresados por las partes con motivo del Proyecto de Mandato de Acceso, no tendrán efectos vinculantes para OSITRAN.

En el caso que las partes no remitan comentarios a OSITRAN dentro del plazo determinado, se entenderá que están de acuerdo con el Proyecto.”

administrativa, en virtud de lo previsto en el artículo 218.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

64. Al respecto, también cabe tener en cuenta el Artículo 214° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), que 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

65. Como es evidente, la pretensión de LAP de impugnar la Resolución N° 035-2007-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.
66. Por otro lado, 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°⁵ y 213°⁶ de la LPAG.
67. 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.

⁵ 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. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos (...).”

⁶ 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.”

68. Por lo tanto, en vista que no se ha configurado causal alguna para declarar la nulidad de oficio de la Resolución N° 052-2007-CD-OSITRAN, consideramos que la solicitud de LAP para que OSITRAN declare la nulidad parcial de la Resolución N° 052-2007-CD-OSITRAN debe ser declarada INFUNDADA.
69. En atención a lo señalado en los considerandos que anteceden, este órgano colegiado estima que la solicitud de LAP para que se declare la nulidad parcial de oficio de la Resolución N° 052-2007-CD-OSITRAN, debe ser declarada INFUNDADA.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 013-08-GRE-GAL, en aplicación de las funciones previstas en el Literal d) del Artículo 5° del Artículo 7° de la Ley N° 26917, el Numeral 6.2. de la Ley N° 26917, y el Literal c), 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; así como el Artículo 22° 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 12 de marzo de 2008;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADA la solicitud de nulidad de la Resolución N° 052-2007-CD-OSITRAN, interpuesta por Lima Airport Partners S.R.L.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 013-08-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°PD3984-08