RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 007-2008-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 010-08-GRE-GAL-OSITRAN, que emite opinión respecto al Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 042-07-CD-OSITRAN, que establece el cargo de acceso por el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH);

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 15 de enero del 2007, mediante los Oficios Nº 081-07-GS-OSITRAN y Nº 082-07-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión notifica a Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) y a los usuarios intermedios, el Proyecto de Mandato de Acceso para brindar el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el AIJCH.

2. El 21 de marzo del 2007, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 022-07-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo aprobó el Mandato de Acceso para brindar el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el AIJCH.

3. El 27 de junio del 2007, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 042-2007-CD-OSITRAN, se resolvieron los Recursos de Reconsideración interpuestos por el Concesionario y los usuarios intermedios contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 022-07-CD-OSITRAN.

4. El 31 de julio del 2007, mediante un Escrito S/N, LAP interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 042-2007-CD-OSITRAN.

5. El 04 de enero del 2008, mediante el Escrito S/N, el Concesionario remitió una ampliación del Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 042-2007-CD-OSITRAN.

6. Con fecha 06 de febrero de 2008, LAP remite un nuevo escrito[1] *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.

7. Con fecha 07 de febrero de lleva a cabo la Sesión Nº 263 del Consejo Directivo de OSITRAN, en la cual en uso de la palabra concedido por la entidad, LAP expone con amplitud los fundamentos de sus diversas impugnaciones. Asimismo, los miembros del Consejo Directivo de OSITRAN solicitan a la Administración que incorpore en los informes, el análisis relativo al escrito de LAP de fecha 05 de febrero.

8. Con fecha 14 de febrero de 2008 se recibe el informe del Dr. César Ochoa Cardich, abogado especialista en Derecho Administrativo, al que se formuló una consulta legal con relación a los temas a que se refiere el último escrito de LAP;

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACION

II.1. Pretensiones de LAP

9. El Concesionario señala que, para el periodo 2007-2009, los cargos de acceso por el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento ascendería a:

   - Almacenes: US $2,83 mensual por m^2, sin incluir IGV.
   - Oficinas: US $4,72 mensual por m^2, sin incluir IGV.
   - Talleres: US $2,96 mensual por m^2, sin incluir IGV.

II.2. Argumentos que ofrece

II.2.1. Inversión en la sub estación Flores Esmeralda

10. En opinión del Concesionario, para efectos de la determinación del cargo de acceso por el servicio de alquiler de las áreas de mantenimiento, debe considerarse parte de la inversión ejecutada en la sub estación Flores Esmeralda (US$ 9,0 miles), que suministra servicios de energía y telecomunicaciones a las áreas de mantenimiento de aeronaves ubicadas en el lote NO2.

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

11. En este contexto, LAP señala que *"(…) discrepamos con la opinión de OSITRAN ya que los costos de inversión en las subestaciones deben de recuperarse a través de los diferentes servicios. Consideramos que la construcción y habilitación de la Sub Estación Flores Esmeralda debe ser recuperada íntegramente por los servicios que brinda el aeropuerto. Nosotros no estamos incorporando en el flujo de caja los costos de transformación de energía que realizamos en la Sub Estación Flores (ni en ninguna otra), tampoco hemos incluido en el flujo de caja el consumo de energía que hace cada usuario, porque entendemos que estos costos forman parte de la tarifa de energía, pero el costo de construcción y equipamiento de las subestaciones deben ser recuperadas en los diversos servicios que se prestan en el aeropuerto (…)"*.

II.2.2. Tasa de descuento

Tasa libre de riesgo

12. De acuerdo a lo manifestado por el Concesionario, el periodo para calcular la tasa libre de riesgo de extenderse desde enero de 1999 hasta diciembre del año 2006, en la medida en que *"el periodo es consistente con el considerado para calcular el riesgo país y con las estimaciones de WACC presentadas por parte de LAP para las tarifas de rampa, carga y mangas (…). Asimismo, OSITRAN mediante la Resolución Nº 011-2005-CD-OSITRAN (11 de febrero de 2005), actualiza el cálculo de la Rf estimada por LAP manteniendo la fecha de enero de 1999 como inicio (…)."*

13. En concordancia con lo anterior, LAP propone una tasa de libre riesgo, a marzo del año 2007, ascendente a 5,236%.

Riesgo país

14. En relación al periodo de cálculo del riesgo país utilizado por OSITRAN, LAP realiza los siguientes comentarios:

    - Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática, la evolución económica de la economía peruana está constituida por ciclos, que registran una duración de entre 5 y 10 años.
    - Al considerar un periodo de 2 años para el cálculo del riesgo país, OSITRAN considera como base del cálculo un periodo de bonanza económica.
    - En agosto del año 2002 y mayo del año 2004, se registraron niveles de riesgo país significativamente mayores a los vigentes actualmente (893 puntos básicos y 541 puntos básicos, respectivamente).

- Suponer que en el largo plazo la evolución de la economía peruana, que depende considerablemente del desempeño de la economía mundial, será similar a la registrada en los últimos 2 años es un escenario muy optimista.

15. Por otro lado, el Concesionario señala que la afirmación de OSITRAN respecto a que en los próximos meses el Perú obtendría el grado de inversión, no es precisa, en la medida en que las clasificadoras de riesgo internacionales consideran que aún existen ciertas debilidades de la economía peruana, que deberían eliminarse para superar el grado especulativo de clasificación (elevado grado de dolarización o limitada flexibilidad fiscal, por ejemplo).

16. En este contexto, LAP menciona que *"ante la evidencia de estos hecho, la posición de LAP no es una posición pesimista sino una realista, más aún cuando se trata de calcular el WACC que es una tasa de descuento a aplicar sobre flujos de caja proyectados de largo plazo"*.

17. En concordancia con lo anterior, el Concesionario estima que el riesgo país actualizado a marzo del año 2007 debería ascender a 438,3 puntos básicos.

18. Es necesario mencionar, adicionalmente, que LAP sostiene en su escrito ampliatorio del Recurso de Reconsideración, que OSITRAN introdujo en la Resolución de Consejo Directivo Nº 042-07-CD-OSITRAN, un elemento "nuevo" en el cálculo del riesgo país: la modificación del periodo referencial para éste fin.

Beta

19. En lo que respecta a la metodología de cálculo del beta país utilizada por OSITRAN, LAP realiza los siguientes comentarios:

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

es falso que se utilice el criterio del ratio de apalancamiento financiero.
- La información utilizada por OSITRAN corresponde al año 2005, por lo que no se encuentra actualizada.

20. En concordancia con lo anterior, el Concesionario señala que el beta debería ascender a 1,542, si se utiliza la muestra originalmente presentada a OSITRAN, o a 1,312 si se considera la muestra que incluye aeropuertos que registran un tráfico similar al correspondiente al AIJCH.

21. Es necesario mencionar, adicionalmente, que LAP sostiene en su escrito ampliatorio del Recurso de Reconsideración que OSITRAN introdujo en la Resolución de Consejo Directivo Nº 042-07-CD-OSITRAN, 2 elementos "nuevos" en el cálculo del Beta: la modificación de la base de datos y los elementos que conforman la muestra utilizada por el Regulador para éste fin.

Costo de la deuda

22. De acuerdo con el Recurso de Reconsideración del Concesionario, no es justificable la eliminación de los costos de financiamiento de la deuda OPIC-KFW del cálculo del WACC, en la medida en que:

    - Son costos efectivamente asumidos por LAP, cuya no recuperación atentaría con el principio de sostenibilidad de la oferta y el principio de recuperación de las inversiones.
    - Los costos financieros no se encuentran distribuidos en las cuentas de gastos de la Contabilidad Regulatoria, dado que estos se recuperan a través de su inclusión en el costo de la deuda.

23. En este contexto, el escrito ampliatorio del Recurso de Reconsideración señala que *"(…) OSITRAN ha introducido un elemento nuevo que, hasta ese momento, no había sido parte de la discusión referida a la fijación del Cargo de Acceso respectivo: la exclusión de los costos incurridos por LAP respecto del primer financiamiento hasta la fecha del inicio del segundo financiamiento (…)"*.

Riesgo regulatorio

24. En relación a la reducción del riesgo regulatorio de 2% a 1% planteada por OSITRAN, el Concesionario manifiesta que la primera fue utilizada para el cargo de acceso por el servicio de rampa, para la tarifa por el servicio de carga y mangas, y para la propuesta de cargos de acceso por los servicios de alquiler de *counters*, oficinas operativas, depósitos para almacenaje de equipaje rezagado y áreas de mantenimiento.

25. Por otro lado, LAP señala que la afirmación de OSITRAN, respecto a que SUNASS y OSIPTEL no consideran en el cálculo del WACC una prima específica por riesgo regulatorio, dado que se encuentra incluido en el riesgo país que enfrenta el regulado, no es correcta. En este contexto, señala que *"(…) si bien las empresas reguladoras mencionadas no incluyen un riesgo regulatorio, tampoco señalan explícitamente que dicho riesgo se encuentre incluido dentro del riesgo país"*.

26. Adicionalmente, el Concesionario manifiesta que es necesario incluir el riesgo regulatorio, ya que la aplicación del régimen de regulación y supervisión que enfrenta la Entidad Prestadora puede derivar en cambios en el marco general de la regulación, cambios arbitrarios o unilaterales de los términos acordados, interpretación adversa de cláusulas ambiguas, cambios no esperados en tarifas, entre otros.

27. En concordancia con lo anterior, LAP sostiene que debe mantenerse para efectos del cálculo del WACC una prima de riesgo ascendente a 2%.

Prima por liquidez

28. En relación a la eliminación de la prima por liquidez planteada por OSITRAN, el Concesionario manifiesta que ésta fue utilizada para el cargo de acceso por el servicio de rampa, para la tarifa por el servicio de carga y mangas, y para la propuesta de cargos de acceso por los servicios de alquiler de *counters*, oficinas operativas, depósitos para almacenaje de equipaje rezagado y áreas de mantenimiento.

29. Por otro lado, LAP señala que *"debido a que muchas empresas concesionarias no cotizan en bolsa y no tienen mecanismos de salida inmediatos debido a restricciones contractuales con relación a transferencias de acciones de las mismas (…) es necesario considerar una prima de liquidez"*.

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

WACC

31. Como se muestra en el Cuadro Nº 1, dependiendo de la metodología utilizada para calcular el Beta, el WACC oscilaría entre 13,317% y 13,923%.

Cuadro Nº 1
ESTIMACION DEL WACC

	Metodología muestra A 1/	Metodología muestra B 2/
Rf	5,236	5,236
Rm - Rf	6,657	6,657
B	1,542	1,312
Riesgo país	4,383	4,383
rr	2,000	2,000
ip	1,000	1,000
Ke	**22,749**	**21,233**
Rd	10,85	10,85
T	25,90	25,90
Kd	**8,04**	**8,04**
Deuda (%)	60,0	60,0
Patrimonio (%)	40,0	40,0
WACC	**13,923**	**13,317**

1/ Muestra originalmente considerada por LAP.
2/ Muestra con aeropuertos de tráfico similar al AIJCH.
Fuente: LAP
Elaboración: Gerencia de Regulación

III. ANALISIS

III.1. Análisis Legal

32. El primer acto materia de impugnación por parte de LAP y las aerolíneas (mediante los correspondientes recursos de reconsideración), fue la Resolución Nº 022-07-CD-OSITRAN, que aprobó el Mandato de Acceso para brindar el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el AIJCH.

33. Mediante la Resolución Nº 042-07-CD-OSITRAN, OSITRAN resolvió los recursos de reconsideración presentado por LAP y por las aerolíneas.

34. De acuerdo a lo establecido en la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), **contra la Resolución Nº 042-07-CD-OSITRAN ya no cabe interponer impugnación alguna en sede administrativa, puesto que la precitada resolución agotó la instancia administrativa**.

35. En efecto, el Artículo 207º de la LPAG establece lo siguiente:

> << Artículo 207.- Recursos administrativos
>
> 207.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración
b) Recurso de apelación
c) Recurso de revisión >>

36. Asimismo, el Artículo 214º de la LPAG establece lo siguiente:

<< Artículo 214.- Alcance de los recursos

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

El subrayado es nuestro

37. Al respecto, se debe señalar que mediante escrito de fecha 31 de julio último, LAP interpuso **un nuevo "Recurso de Reconsideración"**, esta vez en contra de la Resolución Nº 042-2007-CD-OSITRAN (acto que a su vez, resolvió su Recurso de Reconsideración presentado ante OSITRAN en contra de la Resolución Nº 022-07-CD-OSITRAN, que aprobó el Mandato de acceso).

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

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

39. Respecto a la interposición única de los recursos, MORON URBINA[2] señala lo siguiente:

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

El doctor VALDEZ CALLE afirma que esta regla implica:

a) **Respecto de cada expediente sólo cabe interponer un recurso de reconsideración**, un recurso de apelación y sólo un recurso de revisión, por cuanto **de otro modo se habilitaría la presentación de reconsideraciones contra las resoluciones que deciden una reconsideración anterior** o la apelación de otras apelaciones, **lo cual**

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

haría interminable el procedimiento administrativo; y,

b) **No se puede admitir que respecto de las resoluciones con las que se van decidiendo las impugnaciones puedan ejercitarse todas o cualesquiera de los recursos**. >>

40. De acuerdo a lo anterior, es claro que conforme a lo establecido mediante la LAPG, el recurso de reconsideración presentado por LAP con fecha 31 de julio último **debe ser declarado improcedente**.

41. Asimismo, consideramos necesario instar a LAP a que en adelante, en la tramitación de los procedimientos administrativos que sigue ante esa entidad, **cumpla con lo establecido en virtud al Artículo 56º de la LPAG**:

> << *Artículo 56.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento*
>
> ***Los administrados*** *respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él,* ***tienen los siguientes deberes generales****:*
>
> 1. **Abstenerse de** formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de **solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.**
> 2. Prestar su colaboración **para el pertinente esclarecimiento de los hechos** (…)>>
>
> El subrayado es nuestro

42. Sólo por el hecho que LAP ha incurrido en el error de interponer un recurso de reconsideración en contra de una resolución que a su vez resuelve su primer recurso de reconsideración, el segundo recurso de reconsideración debe ser declarado improcedente.

43. De acuerdo al análisis anterior, es claro que conforme a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, contra la Resolución Nº 042-07-CD-OSITRAN, ya no cabe interponer una nueva impugnación en sede administrativa, puesto que la precitada resolución agotó la instancia administrativa.

44. Como quiera que mediante escrito de fecha 31 de julio último, LAP interpuso un “Recurso de Reconsideración” en contra del acto que a su vez, resolvió su Recurso de Reconsideración presentado ante OSITRAN (el recurso de reconsideración en contra de la Resolución Nº 042-07-CD-OSITRAN), en estricta aplicación de lo establecido expresamente en el Artículo 214º de la precitada Ley, el segundo escrito de reconsideración presentado por LAP debe ser declarado improcedente.

45. El procedimiento administrativo constitutivo que ha dado inicio al presente procedimiento, es el procedimiento administrativo para la emisión del Mandato de Acceso, el cual sólo se inicia a petición de los usuarios intermedios (en este caso las aerolíneas). Asimismo, el hecho que en la etapa recursal se apliquen los mismos principios y características explicadas para la sustanciación, prueba y conclusión del procedimiento constitutivo; no implica en modo alguno que el procedimiento recursal sea un “nuevo procedimiento administrativo iniciado a petición de LAP”, sino que se trata de una etapa más dentro del mismo procedimiento administrativo, por lo que resulta equivocada y carente de sustento legal, la pretensión de LAP respecto a que se ha transgredido en principio de congruencia recogido en el Artículo 187º de la LPAG.

III.2. Análisis Económico

III.2.1. Argumentos del Recurso de Reconsideración

46. Sin perjuicio de lo anterior, se analizarán en detalle los argumentos señalados por el Concesionario para sustentar su segunda reconsideración.

III.2.1.1. Inversión en la sub estación Flores Esmeralda

47. En relación a la inclusión de la inversión ejecutada en la sub estación Flores Esmeralda, en la determinación del cargo de acceso por alquiler de áreas de mantenimiento, es relevante realizar los siguientes comentarios.

48. En primer lugar, el Numeral 5.3 de la Cláusula Quinta del Mandato de Acceso de las áreas de mantenimiento 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 Nº 392-127-03-CD-OSITRAN, con fecha 13 de enero de 2004.
(…)"

49. Es necesario mencionar que el Numeral 1.26 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, 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 determinados estipulaciones y condiciones, puedan brindar los denominados servicios esenciales, que no incluyen los servicios públicos.

50. 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.

51. 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 (incluyendo la inversión ejecutada en la sub estación Flores Esmeralda), no formarán parte del cargo de acceso por el alquiler de áreas de mantenimiento.

52. En segundo lugar, el Informe Nº 042-05-GRE-OSITRAN, aprobado mediante el Acuerdo de Consejo Directivo Nº 727-193-05-CD-OSITRAN[3], 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 al correspondiente al consumo de energía eléctrica[4], se determinen por acuerdo entre las partes.

53. En tercer lugar, el informe mencionado anteriormente señaló también que los cobros que el Concesionario realice por la provisión de los

[3] Declara fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto por TALMA contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 058-2005-CD-OSITRAN, que dictó un Mandato de Acceso a CORPAC para que los usuarios intermedios brinden el servicio de asistencia en tierra (rampa) en diversos aeropuertos de provincias.
[4] Facturado por EDELNOR, de acuerdo a las regulaciones específicas del sector eléctrico.

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.

54. Por lo tanto, estas Gerencias se reafirma en lo señalado en el Informe Nº 027-07-GRE-GAL-OSITRAN, en lo que respecta a no incluir la inversión ejecutada en la sub estación Flores Esmeralda, en la determinación del cargo de acceso por el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el AIJCH.

55. Es necesario mencionar, adicionalmente, que la exclusión de la inversión ejecutada en la Sub-estación Flores, no constituye un elemento nuevo en la determinación del cargo de acceso, ni fue introducido en una etapa posterior del procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, impidiendo que el Concesionario ejercer su derecho de defensa.

56. En este contexto, el Informe Nº 004-07-GRE-OSITRAN[5] excluyó, para efectos del cálculo del cargo de acceso y a recomendación del Supervisor de obra (TYPSA), la inversión ejecutada en la Sub-estación Flores. El Numeral 39 del mencionado Informe señaló lo siguiente:

"Según lo manifestado por TYPSA, las labores de verificación de inversiones arrojaron como resultado que "(…) deberá aplicarse una reducción en la inversión, debido a que dentro de los alcances de las órdenes de compra, se incluyó trabajos de reubicación e instalación de la Sub-estación Flores, la misma que, de forma proporcional al área de la sub-estación, corresponde descontar US $48,032 del monto considerado (…)"."

57. Mediante la Carta LAP-GCC-00259-2007-C[6], el Concesionario sostuvo que TYPSA cometió un error en la determinación de la inversión proporcional atribuible a la Sub-estación Flores, por lo que esta última ascendería a US$21,4 miles y no a US$48,0 miles. Adicionalmente, LAP señaló que la inversión ejecutada no debería excluirse en su totalidad del cargo de acceso, en la medida en que *"(…) permite que los servicios de energía eléctrica y telecomunicaciones sean suministrados directamente a los almacenes y oficinas del lote NO2"*.

58. En concordancia con lo anterior, el Concesionario recalculó la inversión de manera proporcional a las instalaciones de baja tensión y telecomunicaciones, que proveen servicios directamente a las áreas del Lote NO2. Como resultado de dicho ejercicio, LAP determinó que aquella parte de la inversión relacionada a la Subestación Flores, que

[5] Contiene la propuesta de cargo de acceso para el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento.
[6] 12 de febrero del año 2007.

OSITRAN debería excluir del cargo de acceso, ascendería a US$12,9 miles (básicamente instalaciones de alta tensión).

59. En el Informe Nº 017-07-GRE-OSITRAN[7], la Gerencia de Regulación mantuvo la decisión inicial de excluir la totalidad de la inversión ejecutada en la Sub-estación Flores, para efectos de la determinación del cargo de acceso para el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento.

60. Por último, mediante el Escrito S/N, el Concesionario remitió un Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución Nº 022-07-CD-OSITRAN. En el tema de la inversión ejecutada en la Sub-estación Flores, LAP se reafirmó en su propuesta de excluir sólo US$12,9 miles de esta última. En el Informe Nº 027-GRE-GAL-OSITRAN, la Gerencia de Regulación mantuvo el criterio de excluir de la totalidad de inversión relacionada a la Sub-estación Flores del cargo de acceso correspondiente.

61. En resumen, **la exclusión de la inversión ejecutada en la Sub-estación Flores es un tema que está presente en los Informes Nº 004-07-GRE-OSITRAN, Nº 017-07-GRE-OSITRAN y Nº 022-07-GRE-OSITRAN**, que determinan el cargo de acceso para el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el AIJCH, por lo que no es cierto que se trate de elementos nuevos no tratados durante la sustanciación del procedimiento.

III.2.1.2. Tasa de descuento

Tasa Libre de Riesgo (R_f)

62. LAP, en este punto se limita a afirmar que la tasa libre de riesgo formulada es la que se utilizó para fijar otros cargos y tarifas. No obstante, los procedimientos que se citan datan de los años 2003,2004 y 2005; habiendo variado de manera importante las condiciones del mercado financiero y la percepción de riesgo o costos de capital, en tal sentido, ratificamos lo expresado en el informe Nº 012-07-GRE-OSITRAN, en el cual, se señalo lo siguiente:

> *"LAP considera adecuado que la estimación de la tasa libre de riesgo se efectúe desde el mes de enero de 1999. No obstante, por el principio de Consistencia, el cual establece que "los horizontes de los datos estadísticos del retorno de mercado y la tasa libre de riesgo serán los mismos"[8], el período considerado para la tasa libre de riesgo tiene que ser el mismo al empleado*

[7] Contiene el análisis de los comentarios de LAP y los usuarios intermedios a la propuesta de cargo de acceso por el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento.
[8] Ver Bravo (2004) "Los parámetros del Capital Asset Princing Model: Conceptos y Estimaciones".

para la prima de riesgo. Por consiguiente, el promedio aritmético de la tasa libre de riesgo deberá considerar el período 1928-2006."

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

Riesgo País ($R_{país}$)

64. Sobre este punto, LAP no ha presentado argumentos adicionales a los planteados en sus escritos anteriores. En tal sentido, el OSITRAN ratifica su posición del Informe Nº 012-07-GRE-OSITRAN, en el sentido que el riesgo país sólo se estimará para un período de 24 meses. Al respecto, se debe precisar que la calificación de riesgo del país, está reflejando la percepción futura que tienen los inversionistas acerca de la probabilidad de que un gobierno deje de cumplir con sus pagos. Al respecto, Choy (2007)[9] define la calificación de riesgo de la siguiente forma:

"En términos generales el rating o calificación de riesgo es la opinión actual de las agencias sobre el riesgo de un emisor de deuda respecto al cumplimiento de una determinada obligación o programa financiero. En particular, la calificación de riesgo o rating soberano es la opinión sobre la habilidad y la disposición de un gobierno soberano de pagar puntualmente todas sus obligaciones financieras; es decir, es una estimación de la probabilidad futura de que un gobierno caiga en cesación de pagos (default).
Las agencias calificadoras de riesgo hacen sus evaluaciones sobre la base de indicadores cuantitativos (indicadores macroeconómicos relativos a la estructura de la economía, a la flexibilidad monetaria y fiscal, a la carga de la deuda pública y en moneda extranjera y sobre la vulnerabilidad y liquidez externa) y cualitativos (riesgo político e institucional). Estos indicadores no tienen una ponderación definida (...)".

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

66. Asimismo, la experiencia de los organismos reguladores y de otras entidades del Estado, muestra que el período de tiempo que se ha utilizado para proyectar el riesgo país, fluctúa en un rango de 12 a 24 meses (Ver Cuadro Nº 2).

[9] Ver Choy (2007) "Perú: Grado de Inversión un reto de Corto Plazo". Banco Central de Reserva del Perú. Serie de Documentos de Trabajo. DT N° 2007-001.

Cuadro Nº 2
PERÍODO PARA CALCULAR RIESGO PAÍS

Institución	Documento	Fecha de Publicación	Número de Meses
OSIPTEL	Revisión del Factor de Productividad correspondientes al régimen de Fórmula de Tarifas Tope para Telefonía del Perú S.A.A: Segunda aplicación 2004-2007	2004	12
	Determinación de tasa de costo de oportunidad del capital de las empresas de servicios móviles	2005	12
SUNASS	Determinación de la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión aplicable a la Empresa Sedapal S.A, para el período 2006-2011	2007	16
PROINVERSION[1/]	Evaluación Económica de la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao-Zona Sur	2006	24

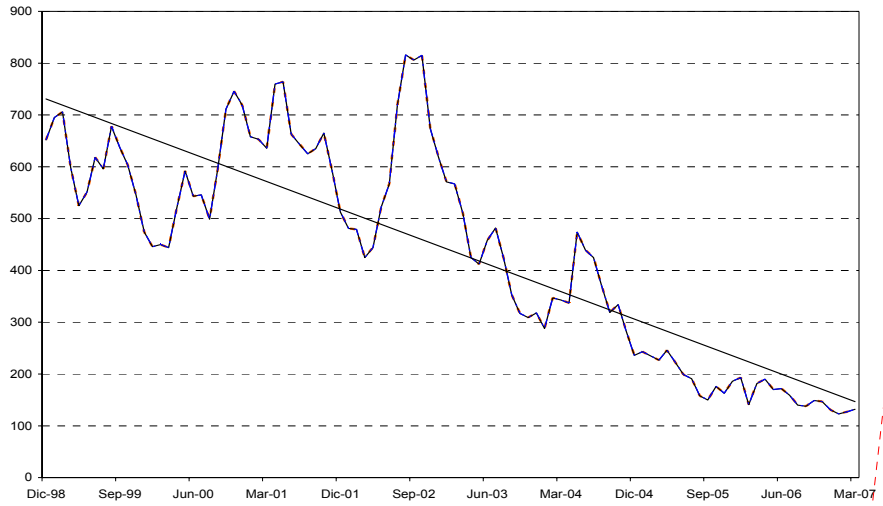
[1/] MACROINVEST fue la empresa contratada por PROINVERSION para realizar la evaluación económica y financiera del Terminal Portuario del Callao Zona-Sur.

Con formato: Fuente: 11 pt

67. Sin bien es cierto que el informe de Moody's[10], así como Choy (2007), reconocen que existen factores que podría limitar o retrazar la obtención del grado de "inversión" para Perú, ello no invalida el hecho que el riesgo país continúa con una tendencia marcadamente decreciente (Ver Gráfico Nº 1).

[10] Citado en el informe de LAP.

Gráfico Nº 1
EVOLUCIÓN DEL RIESGO PAÍS
(Diciembre 1999- Marzo 2007)



Fuente: BRCP
Elaboración: Gerencia de Regulación

Con formato: Fuente: 11 pt

Eliminado: ¶

Con formato: Fuente: 10 pt

68. Por lo expuesto anteriormente, y considerando el valor de λ=1, el riesgo país para cálculo del WACC asciende a 1,661. Este promedio fue calculado considerando el período entre abril de 2005 y marzo de 2007.

Beta (β)

69. LAP señala que no es claro cómo impacta negativamente la propiedad del Estado en el manejo de los aeropuertos. En términos generales, se puede afirmar que los aeropuertos con participación del Estado, suelen estar menos expuestos a los riesgos sectoriales y de mercado, que aquellos aeropuertos con presencia mayoritaria del sector privado.

70. La razón es que en el caso de aeropuertos controlados por el Estado, se pueden implementar políticas que limitan o brindan explícitamente (o implícitamente) un "marco de protección" para la empresa, respecto a los mecanismos tradicionales de ajuste del mercado. Ello reduce, por ejemplo, el riesgo de quiebra, puesto que el Estado en estos casos puede aparecer como garante de última instancia.

71. Otra diferencia con las empresas privadas es que, por lo general, en las compañías estatales no existen esquemas compatibles por incentivos para los ejecutivos que administran estas empresas. En las empresas privadas, el fenómeno de *moral hazard*, se suele

reducir (o atenuar) a través del otorgamiento de incentivos a los trabajadores, y esto motiva que los Gerentes (o Administradores) reduzcan costos con el fin de incrementar los dividendos de los accionistas, y obtener mayores pagos por eficiencia. En el caso de las compañías estatales, esta situación se exacerba, al no existir un "propietario" definido. De esta forma, el uso ineficiente de los recursos[11] en este tipo de empresas, puede ser cubierto con mayores aportes de capital por parte del Estado o los contribuyentes, situación que no se presenta en el caso de una compañía privada.

72. En consecuencia, las betas de las empresas estatales podrían verse afectadas por estas distorsiones, que no están relacionadas con variaciones en las condiciones del mercado, sino que se encuentran vinculadas directamente con el tipo de administración. Por lo explicado anteriormente, no es posible considerar en la muestra de aeropuertos, aquellos bajo administración y propiedad del Estado. Por esta razón, el OSITRAN decidió sólo considerar como criterio de selección que los aeropuertos sean administrados (o propiedad) por el sector privado.

73. Por otra parte, LAP señala que es falso que sólo se haya considerado en su muestra betas con un apalancamiento financiero menor o igual a uno, ya que en su muestra no consideraron aeropuertos como *Japan Airport Terminal Co Ltd* y *Beijing Capital International Airport Companye Limited*, que presentan un ratio menor que 1. Sin embargo, para estimar el valor del beta, efectivamente, LAP sólo consideró betas con un valor menor o igual uno, tal y como se manifiesta en el Memorando LAP-GPF -05-2007.

74. Con relación a la estimación del beta, LAP considera oportuno que se actualice la información del beta al año 2006, ya que el OSITRAN sólo utilizó información del año 2005. Al respecto, afirma: "*(…) en este sentido, consideramos conveniente que el OSITRAN utilice la información más actualizada".*

75. El Concesionario señala que un ejemplo de que la información está desactualizada, es la inclusión en los cálculos del OSITRAN de la empresa aeroportuaria BAA PLC, cuando ésta no cotiza de manera individual y fue adquirida por FERROVIAL[12] en julio del año 2006.

76. OSITRAN está de acuerdo con realizar la modificación que plantea el Concesionario, es decir, con actualizar la información de la beta al período más reciente. Adicionalmente, se han incorporado nuevos

---

11 Ver Zhang (2006)

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

aeropuertos, que cumplan con el requisito de ser administrados o de propiedad del sector privado a fin de que la muestra sea estadísticamente más robusta.

77. En la página Web de Damodarán se precisa que los betas que utiliza tienen como fuente el servicio de Bloomberg[13]. Sólo en el caso de las empresas que cotizan en los Estados Unidos, emplea la información que provee Value Line. Por lo tanto, con el fin de ser consistentes con la base de Damodarán, se ha empleado las betas provistas por el servicio de Bloomberg.

78. Cabe mencionar que el uso de diferentes fuentes para estimar el beta podría significar que un aeropuerto tenga por lo menos dos o más betas distintas de manera simultánea[14]. Por ejemplo, se observa que el Grupo Aeroportuario del Pacifico SAB y el Grupo Aeroportuario del Sureste presentan dos betas bastante diferenciadas. Mientras que para *Yahoo Finance*, ambos títulos tienen un riesgo superior al mercado, en el caso de Google Finance, la situación es contraria para el caso del Grupo Aeroportuario del Sureste SA del CV. La volatilidad de las estimaciones del beta es tan significativa, que inclusive el beta que utiliza LAP, y que toma como fuente *Yahoo Finance*, no es de 1,430 como lo plantea el Concesionario, sino que de acuerdo con la misma fuente citada por LAP asciende a 1,21 (Ver Cuadro Nº 3).

[13] Fuente: http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/

Date of last update:

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

[14] Ver : http://finance.yahoo.com/q/ks?s=PAC . Fecha de ingreso: 02 de mayo de 2007.

Cuadro Nº 3
COMPARATIVO DE BETAS

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

Fuente: Google Finance, Yahoo Finance, LAP
Elaboración: Gerencia de Regulación

Eliminado: ¶
Con formato: Fuente: 11 pt

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

80. De esta forma, para ser consistentes con la información financiera que emplea Damodarán, el OSITRAN actualizó el valor de las betas utilizando como única fuente Bloomberg. Adicionalmente, incorporó nuevos aeropuertos a la muestra, tal y como lo propuso el propio Concesionario. Efectuando las modificaciones antes señalas, el valor de la beta apalancada para LAP es de 0,991 (Ver Cuadro Nº 4).

Eliminado: ¶
¶
¶
¶
¶
¶
¶
¶
¶

Cuadro Nº 4
ESTIMACION DEL BETA AEROPUERTO INTERNACIONAL JORGE CHÁVEZ

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

Fuente: Damodaran[15] (2006) y Bloomberg[16](2007).

Riesgo Regulatorio y prima de iliquidez

81. LAP señala que los Informes Nº 043-06-GRE-OSITRAN y Nº 044-06-GRE-OSITRAN (diciembre del año 2006), expresaron la

[15] Fuente: http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/
[16] Fuente: http://www.bloomberg.com/. Fecha y día de ingreso a pagina Bloomberg: 03 de mayo de 2007

concordancia de OSITRAN respecto al valor de la prima por riesgo regulatorio (2%) y a la prima de iliquidez (1%) presentado por el Concesionario, incluyendo dicho valor en el cálculo del WACC.

82. En este punto, conviene realizar una precisión con relación a la afirmación de LAP. Las modificaciones del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN[17], entraron en vigencia el 31 de diciembre del año 2006. Por lo tanto, en aplicación estricta de este Reglamento, es que el OSITRAN propuso que el riesgo regulatorio y la prima de iliquidez, tomen valores de 1% y 0%, respectivamente.

83. LAP reconoce que OSIPTEL y SUNASS no incluyen, como parte del WACC, el riesgo regulatorio y la prima de iliquidez. Cabe mencionar que, en estos casos se podría inferir que dichos conceptos, han sido incluidos en el riesgo país o en su defecto estaría considerados al interior del beta.

84. Por otra parte como parte del sustento para solicitar el 2% del riesgo regulatorio, LAP utiliza dos trabajos de José Luis Guash, "La Regulación Económica de los Servicios Públicos- Rol y Diseño de las Agencias Reguladoras: La experiencia Internacional" y "*Granting and Renegotiating Infraestructure Concessions*". Ambos documentos publicados durante el año 2004.

85. Sin embargo, y tal como se mostró en el Informe Nº 012-07-GRE-OSITRAN, este mismo autor en una publicación correspondiente al año 2005, señalaba que el riesgo país esta influenciado por varios factores entre los cuales se incluía los riesgos de tipo de cambio, el riesgo político y el riesgo regulatorio[18]. En otras palabras, se puede afirmar que el riesgo regulatorio estaría incorporado en el riesgo país.

86. En efecto, Bravo[19] (2004), comparte también esta idea. El autor separa las fuentes del riesgo país en dos grandes grupos: factores económico-financieros y factores político-sociales. En este último grupo, uno de los factores es el marco regulatorio: "la existencia de [...] organismos reguladores [que actúen] en perjuicio de las empresas privadas, constituye uno de los factores más actuales y vigentes que influyen en la determinación del Riesgo País".

87. Por otro lado, Estache y Pinglo[20] (2004), proponen una metodología para estimar el costo ponderado promedio de capital, para casos de concesiones de infraestructura. En la ecuación del costo de capital, estos autores consideran, la tasa libre de riesgo, el factor beta

[17] Resolución del Consejo Directivo N°082-2006-CD-OSITRAN
[18] Ver Sirtaine, Pinglo, Guash y Foster (2005) "How Profitable Are Infraestructura Concessions in Latin America? Empirical Evidence and Regulatory Implications". Trenes and Policy Options N°2. January 2005.
[19] "El Riesgo País: Concepto y Metodologías de Cálculo".
[20] "Are returns to private infraestructura in developing countries consistent with risks since Asian Crisis?

asociado al activo, el retorno de mercado esperado y el riesgo país. En ningún caso, consideran un factor específico para cuantificar el riesgo regulatorio y la prima de iliquidez.

88. Adicionalmente, Estache, Pardina, Schlirf y Sember[21] (2004)[22], al igual que en el caso anterior, en ningún caso consideran un factor específico para cuantificar el riesgo regulatorio o la prima de iliquidez. Estos autores definen el costo de capital en función del rendimiento de un activo libre de riesgo, el rendimiento de una cartera diversificada en un país desarrollado, el beta y el riesgo país.

89. En opinión de esta Gerencia, el argumento que LAP presenta para sustentar el valor del riesgo regulatorio es insuficiente. Tal y como ha quedado demostrado, el uso de estas variables en el cálculo del costo promedio ponderado de capital, no constituye una "mejor práctica" o práctica generalizada a nivel internacional. Por consiguiente, el OSITRAN considera adecuado mantener una prima por riesgo regulatorio ascendente a 1% y dejar de lado la prima por iliquidez.

WACC

90. En concordancia con lo anterior, el WACC estimado ascendió a 9,227% (Ver Cuadro Nº 5).

[21] "Introducción a la Creación de Modelos Económico Financieros para Autoridades Reguladoras de Servicios de Infraestructura de Transporte".
[22] Alexander, Estache y Oliveri (1999) no consideran en el cálculo del costo de capital de infraestructura de transporte: riesgo país, riesgo regulatorio y prima de iliquidez.

Cuadro Nº 5
ESTIMACIÓN DEL WACC

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

Fuente: LAP
Elaboración: Gerencia de Regulación

Con formato: Fuente: 10 pt

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

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

91. En lo que se refiere al tema del costo de la deuda, es necesario señalar que los argumentos esgrimidos por el Concesionario son similares a aquellos mencionados en el Escrito S/N, que contiene el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 022-07-CD-OSITRAN. En este contexto, LAP señala que en el informe Nº 027-07-GRE-GAL-OSITRAN, "se excluyó" parte de los costos financieros de LAP relativos al primer financiamiento. Al respecto, es necesario realizar los siguientes comentarios.

92. 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.

93. Sin embargo, es necesario mencionar 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.

94. 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.

95. En ese mismo sentido, Copelan y Weston[23] (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** (…)"

96. Asimismo, la experiencia internacional aeroportuaria corrobora lo que señalan los autores antes mencionados. En Hutson y Kearney[24] (2005), el costo de la deuda para la Autoridad del Aeropuerto de Dublín es medido como la tasa libre de riesgo más un premio por deuda o de riesgo.

97. De manera similar, la *Competition Commission* [25](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.

98. En el mismo sentido, Estache, Pardina, Schlirf y Sember[26] (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 Oliveri[27] (1999).

[23] Ver "Financial Theory and Corporate Policy", tercera edición. Ed. Addison Wesley. pp. 526
[24] Ver "Dublín Airport Authority's Cost of Capital". Report to the Comisión for Aviation Regulation.
[25] Ver "Manchester Airport PLC: A report on the economic regulation of Manchester Airport PLC".
[26] Ver "Introducción a la Creación de los Modelos Económico Financieros para Autoridades Reguladoras de Servicios de Infraestructura del Transporte"
[27] Ver "A Few Things Transport Regulators Should Know About Risk and The Cost of Capital". Banco Mundial.

99. En Estache y Pinglo[28] (2004) y en Sirtaine, Pinglo, Guash y Foster[29] (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.

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

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

101. 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.

102. 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*.

103. 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 Nº 017-07-GRE-OSITRAN, y a solicitud del propio Concesionario (ver Carta Nº LAP-GCC-00259-2007-C). En el Numeral 96 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

[28] Ver "Are Returns to Private infraestructura in Developing Countries Consistent with Risks since the Asian Crisis". Working Paper. Banco Mundial.
[29] Ver"How Profitable Are Infraestructura Concessions in Latin America". Trends and Policy Options.N°2.

aeroportuarias a partir de la tasa de bonos libre de riesgo más una prima de riesgo[30]*."*

104. En este sentido, OSITRAN no introdujo elementos nuevos en el Informe Nº 027-07-GRE-GAL-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 Nº 017-07-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%.

105. En tercer lugar, el reajuste del costo de la deuda realizado en el Informe Nº 027-07-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 26º.- 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.(…)"

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

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

107. Como se ha mencionado anteriormente, en opinión del Concesionario, *"(…) OSITRAN ha introducido un nuevo elemento que, hasta el momento, no había sido parte de la discusión referida a la fijación del Cargo de Acceso respectivo: la actualización del periodo considerado por OSITRAN originalmente para la estimación de la tasa del riesgo país"*.

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

108. Sobre el particular, el Informe Nº 004-07-GRE-OSITRAN (propuesta de cargo de acceso) propuso utilizar un periodo de 24 meses para el cálculo del riesgo país. El Concesionario, mediante la Carta Nº LAP-GCC-00259-2007-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 disponible[31]. 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)****."*

109. Posteriormente, el Informe Nº 017-07-GRE-OSITRAN (análisis de comentarios de LAP y los usuarios intermedios) se reafirma en la posición de calcular el riesgo país para un periodo de 24 meses. Es necesario mencionar que el Regulador utilizó la última información disponible, tal cual lo solicitó LAP, por lo que el periodo de cálculo transcurrió entre enero del año 2005 y diciembre del año 2006.

110. En este contexto, LAP presentó un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 022-07-CD-OSITRAN (aprobó el Informe Nº 017-07-GRE-OSITRAN), que mantuvo la posición de considerar un periodo de cálculo que abarque desde enero de 1999, incluyendo la última información disponible[32]. 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."

111. El Informe Nº 027-07-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.

112. En resumen, OSITRAN no introdujo elementos no solicitados por el Concesionario en el Informe Nº 027-07-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.

[31] En la mencionada comunicación, que es remitida el 12 de febrero del año 2007, el periodo de cálculo concluye en diciembre del año 2006.
[32] En la mencionada comunicación, que es remitida el 25 de abril del año 2007, el periodo de cálculo concluye en marzo del mismo año.

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

113. Como se ha mencionado anteriormente, en el Escrito ampliatorio de la solicitud de Nulidad, el Concesionario sostiene que *"(…) OSITRAN ha introducido dos (2) nuevos elementos que, hasta ese momento, no habían sido parte de la discusión referida a la fijación del Cargo de Acceso respectivo:* ***(i) cambio de la base de datos utilizada para el beta; e (ii) inclusión de nuevos aeropuertos en la muestra tomada en cuenta a efectos del cálculo del beta*** *(…)"*.

114. 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 Nº 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-)"*.

115. 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 Nº 022-2007-CD-OSITRAN"*.

116. Sobre el particular, es necesario mencionar que en el Informe Nº 004-07-GRE-OSITRAN (propuesta de cargo de acceso), el criterio para elaborar la muestra de cálculo del Beta, fue la incorporación en la misma de aeropuertos que registraran un ratio de deuda-*equity* similar al que presenta LAP, según los Estados Financieros auditados de la empresa correspondientes al año 2005. De esta manera, fueron seleccionados de la base de datos de Damodaran, aquellos aeropuertos que observaran un ratio deuda-capital mayor a 1, por lo que se obtuvo un Beta apalancado de 0,897 para el Concesionario[33].

117. En la Carta Nº LAP-GCC-00259-2007-C, que contiene los comentarios de LAP a la propuesta de OSITRAN, la empresa Concesionaria propone como criterios para confeccionar la muestra, la incorporación de grupos aeroportuarios[34] y la selección de aeropuertos que registren

[33] Los aeropuertos que conformaron la muestra fueron Gemina Spa, Kobenhavns Lufth, Unique Zurich y Auckland Airport.
[34] 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.

un tráfico similar al correspondiente al AIJCH[35]. En este contexto, el Beta propuesto por LAP ascendió a 1,542 y 1,312, respectivamente.

118. Posteriormente, el Informe Nº 017-07-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.

119. En este contexto, el Concesionario interpone un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 022-07-GRE-OSITRAN (que aprueba el Informe Nº 017-07-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.

120. Es necesario mencionar que el Memorando LAP-GPF-14-2007, que fue adjuntado al Recurso de Reconsideración, el 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 propuesto por OSITRAN y a su vez aparece en la información de Damodaran del año 2006.*

[35] 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.

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****.(…)"*

121. 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 muestra[36], así como el Beta obtenido en función a cada uno de los criterios.

122. 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.

123. En concordancia con lo anterior, en el Informe Nº 027-07-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.

124. Cabe resaltar que el Concesionario se encuentra en lo cierto, cuando menciona que el Informe Nº 027-07-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.

125. Sobre el particular, el Concesionario parece olvidar que la página *web* de Damodaran señala explícitamente que la fuente de información que 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

[36] 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.

la fuente de información utilizada por Damodaran, podría encontrarse en algunos momentos más actualizada que esta última.

126. 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).

127. En resumen, no se introdujo elementos no solicitados por el Concesionario en el Informe Nº 027-07-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.

128. De acuerdo al análisis anterior, la exclusión de la inversión en la sub estación Flores Esmeralda, y el costo inicial de la deuda OPIC-KFW, para efectos del cálculo del cargo de acceso por el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el AIJCH.

129. Asimismo, OSITRAN no incorporó criterios ni elementos nuevos en la elaboración de la muestra de cálculo del Beta, el periodo de cálculo del riesgo país y la metodología de cálculo del costo de la deuda del Concesionario.

III.2.2.4. Sobre el principio de congruencia de las resoluciones y la prohibición de la "reformatio in peius" (o reforma peyorativa)

130. 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.

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

> "Artículo 187.- Contenido de la resolución
>
> 187.1 La resolución que pone fin al procedimiento cumplirá los requisitos del acto administrativo señalados en el Capítulo Primero del Título Primero de la presente Ley.
>
> 187.2 **En los procedimientos iniciados a petición del interesado**, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, **sin que en ningún caso pueda agravar su**

situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede."

El subrayado es nuestro

132. Comentando el Artículo 187º de la LPAG, Juan Carlos MORON URBINA[37], 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,

[37] En "Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", pag. 77 y 392. Gaceta Jurídica, Octubre de 2001.

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".

133. 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.

134. 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.

135. 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 44º del Reglamento Marco de Acceso a la infraestructura de transporte de Uso Público (REMA)[38], el procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de Acceso **sólo puede ser solicitado por los usuarios intermedios**[39], es decir, en el presente caso, el procedimiento administrativo **sólo se inicia a solicitud de las aerolíneas**:

    "**Artículo 44º.- 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:

[38] Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 014-2003-CD-OSITRAN y modificado mediante Resolución Nº 054-2005-CD-OSITRAN.

[39] Conforme a lo que establece el Artículo 3º del REMA, USUARIO INTERMEDIO está definido del modo siguiente:

"x) Usuario intermedio.

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

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

a) **Cuando las partes no han llegado a ponerse de acuerdo sobre los cargos o condiciones en el Contrato de Acceso, en los plazos y formas establecidas**.

b) En los casos en que, habiéndose otorgado la buena pro en la subasta, o culminada la negociación directa, la Entidad Prestadora se negara a suscribir el Contrato de Acceso."

El subrayado es nuestro

136. 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 187º 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.

137. 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.

138. 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 Nº 27838 (Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas).

139. 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.

140. 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.

141. En efecto, la norma que propiamente regula la "Reforma peyorativa" es el Artículo 237º 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, <u>la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado</u>**."
>
> El subrayado es nuestro

142. 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 237º 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.

143. 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).

144. Es necesario considerar que el propio consultor de LAP, cita una **sentencia del Tribunal Constitucional**[40], 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**

[40] Se trata de la sentencia del TC recaída en el Expediente Nº 1803-2004-AA.

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."

145. 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 35º 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. Nº 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.

146. Asimismo, se debe considerar que la Ley Nº 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 3º 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**".

147. 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.

148. 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).

149. 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.

150. En consecuencia, carece de sustento legal la argumentación de LAP en el sentido que OSITRAN ha transgredido el principio de congruencia recogido en el Artículo 187º de la LPAG y menos aún, que haya violado la prohibición de reforma en peor en el presente caso.

151. Adicionalmente, cabe señalar que con el fin de acogerse a lo establecido en el Artículo 187º de la LPAG, LAP pretende sostener, de manera errónea, que la interposición de su recurso de reconsideración constituye un "*nuevo procedimiento administrativo"*, (distinto al verdadero procedimiento administrativo iniciado por los usuarios intermedios, cual es el de emisión del mandato de acceso), lo cual es del todo incorrecto.

152. 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.

153. 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 absober el contenido íntegro del procedimiento administrativo, excluyendo a la otra, ya que la distinción entre ambas es de grado o de diversos momentos por los cuales atraviesa la voluntad administrativa.

La decisión del recurso debe comprender todos los asuntos sometidos a su consideración dentro del ámbito de su competencia o aquellos que surjan con motivo de la sustanciación, aunque no hayan sido alegados por los administrados o motivado su impugnación. Por su parte, el contenido de la resolución puede ser confirmatorio, modificatorio o revocatorio del acto impugnado." [41]

154. 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".

155. 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

[41] Nótese que, LAP excluye de la cita original del Dr. Morón Urbina, los textos que se resaltados en negritas en el numeral 153 de la presente Resolución.

emisión del Mandato de Acceso, que como ya se señaló sólo puede ser iniciado a petición de los usuarios intermedios (en este caso aerolíneas).

156. 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. 100º 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 Nº 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 Nº 043-06-GRE-OSITRAN Informe Nº 043-06GRE-OSITRAN Informe Nº 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 Nº Oficio Nº 1823-06-GS-OSITRAN y Se Notifico a LAP con fecha 26/12/2006 con Oficio Nº 1822-06-GS-

				OSITRAN
Riesgo país Beta	Recurso de Reconsideración Recurso de Reconsideración	Escrito S/N Escrito S/N	12/04/2007 12/04/2007	
Costo de la deuda	Comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso	Carta Nº LAP-GCC-00091-2007-C	25/01/2007	Se notifico a LAP con fecha 21/06/2007 con Oficio Nº 068-07-SCD-OSITRAN Se Notifico a LAP con fecha 14/02/02007 con el Oficio Nº 013-07-GRE-OSITRAN

157. 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.

158. 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*.

159. 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:

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.

161. 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.

162. OSITRAN no incorporó criterios ni elementos nuevos en la elaboración de la muestra de cálculo del Beta, el periodo de cálculo del riesgo país y la metodología de cálculo del costo de la deuda del Concesionario.

En mérito a las funciones previstas en el Literal a) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley Nº 26917, el Literal a) del Numeral 3.1 del Artículo 3º, de la Ley Nº 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y el Artículo 32º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. Nº 044-2006-PCM y modificado por el D.S. Nº 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 Informe Nº 010-08-GRE-GAL-OSITRAN.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar improcedente el segundo recurso de reconsideración presentado por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 042-07-CD-OSITRAN, que establece el cargo de acceso por el servicio de alquiler de áreas de mantenimiento en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).

Artículo 2º.- Instar a Lima Airport Partners S.R.L, a que en adelante, en la tramitación de los procedimientos administrativos que sigue ante esta entidad, cumpla con lo establecido en virtud al Artículo 56º de la LPAG.

Con formato: Justificado

Artículo 3º.- Notificar la presente Resolución y el Informe Nº 010-08-GRE-GAL-OSITRAN a Lima Airport Partners S.R.L., así como a todas las partes involucradas en el presente procedimiento.

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal NºPD2838-08