

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**N° 0053-2022-CD-OSITRAN**

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/11/2022
14:25:38 -0500

Lima, 16 de noviembre de 2022

VISTOS:

Los recursos de reconsideración interpuestos por Lima Airport Partners S.R.L. y LATAM Airlines Perú S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN; y, el Informe Conjunto N° 00144-2022-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica de Ositrán; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el inciso c) del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en ejercicio de su función normativa el Ositrán tiene la facultad de dictar en el ámbito y en materia de su competencia, entre otros, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidos a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Que, el artículo 11 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN, establece que el Ositrán está facultado para ordenar el otorgamiento del derecho de acceso o sustituir la voluntad de las partes en caso de falta de un acuerdo entre ellas; así, de conformidad con los artículos 43 y 44 de dicho cuerpo normativo, el Consejo Directivo del Ositrán podrá emitir Mandatos de Acceso a solicitud del Usuario Intermedio; determinando, a falta de acuerdo sobre los cargos u otras condiciones de acceso, el contenido íntegro o parcial del Contrato de Acceso;

Que, mediante Carta N° S/N LATAM de fecha 08 de abril de 2022, LATAM Airlines Perú (en adelante, Latam o Usuario Intermedio) presentó una solicitud de mandato de acceso para acceder a la facilidad esencial de Áreas de Mantenimiento Ejecutiva (Almacén y Oficinas Ejecutivas) para brindar el Servicio Esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, AIJC);

Que, mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 2442-768-22-CD-OSITRAN de fecha 06 de julio de 2022 se aprobó el Proyecto de Mandato de Acceso, el cual fue notificado a Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP) y a Latam mediante Oficios N° 06441-2022-GSF-OSITRAN y N° 06440-2022-GSF-OSITRAN, respectivamente;

Que, luego de recibidos los comentarios al proyecto de Mandato de Acceso, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN de fecha 23 de setiembre de 2022 -sustentada en el Informe Conjunto N° 00105-2022-IC-OSITRAN y el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN- se dictó el Mandato de Acceso a LAP en favor de Latam, para la utilización del AIJC con el fin de que pueda prestar el Servicio Esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Oficina y Almacén Ejecutivo), estableciendo las condiciones y cargos de acceso;

Que, el 17 de octubre de 2022, mediante Escrito N° 1, LAP presentó recurso de reconsideración en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN, solicitando el uso de la palabra;

Que, el 17 de octubre de 2022, mediante Escrito N° 2, Latam presentó un recurso de reconsideración en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/11/2022 11:23:21 -0500

Visado por: CADILLO ANGELES
Gloria Zoila FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/11/2022 11:18:54 -0500

Visado por: CADILLO ANGELES
Gloria Zoila FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/11/2022 11:17:49 -0500

Visado por: TORRES SANCHEZ
Maria Tussy FIR 15596616 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/11/2022 09:42:31 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/11/2022 17:51:39 -0500

Que, el 2 de noviembre de 2022, LAP hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo, de acuerdo con la solicitud formulada en su recurso de reconsideración y concedida mediante Oficio N° 00174-2022-SCD-OSITRAN;

Que, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica han emitido el Informe Conjunto N° 00144-2022-IC-OSITRAN donde cada una -en el ámbito de sus competencias- analizan los recursos de reconsideración interpuestos por LAP y Latam contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN;

Que, asimismo, considerando que LAP se remite a los argumentos planteados en anteriores recursos de reconsideración, interpuestos contra las Resoluciones de Consejo Directivo N° 037-2019-CD-OSITRAN y N° 009-2020-CD-OSITRAN; en el Informe Conjunto N° 00144-2022-IC-OSITRAN -además de analizar el recurso de reconsideración interpuesto el 17 de octubre de 2022- se hace una remisión al Informe N° 0027-19-GRE-OSITRAN y al Informe Conjunto N° 00073-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) que contienen la evaluación realizada por el Ositrán respecto de los recursos de reconsideración mencionados por LAP que fueron interpuestos con anterioridad contra los Mandatos de Acceso correspondientes a las Facilidades Esenciales de los Almacenes de Depósito de Equipajes Rezagados y del Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega (Sistema HBS);

Que, con posterioridad a la revisión respectiva, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 00144-2022-IC-OSITRAN, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 219 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y sobre la base de las funciones previstas en el inciso c) del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en el artículo 11 del Reglamento General del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, y en los incisos 2 y 8 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 780-2022-CD-OSITRAN, de fecha 16 de noviembre de 2022;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundados en todos sus extremos los recursos de reconsideración presentados por Lima Airport Partners S.R.L. y LATAM Airlines Perú S.A.; en consecuencia, confirmar la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN que dictó el Mandato de Acceso a Lima Airport Partners S.R.L. en favor de LATAM Airlines Perú S.A. para la utilización del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez con el fin de que pueda prestar el Servicio Esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Oficina y Almacén Ejecutivo), quedando agotada la vía administrativa.

Artículo 2.- Disponer que se notifique la presente Resolución, el Informe Conjunto N° 00144-2022-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), el Informe N° 0027-19-GRE-OSITRAN y el Informe Conjunto N° 00073-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), a Lima Airport Partners S.R.L. y a LATAM Airlines Perú S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 3.- Disponer la difusión de la presente Resolución, el Informe Conjunto N° 00144-2022-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), el Informe N° 0027-19-GRE-OSITRAN y Informe Conjunto N° 00073-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (www.gob.pe/ositran).

Regístrese y comuníquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO

Presidente del Consejo Directivo

NT 2022120593

INFORME CONJUNTO N° 00144-2022-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)

Para: **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De: **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

MARÍA TESSY TORRES SÁNCHEZ
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

GLORIA CADILLO ÁNGELES
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto: Recursos de Reconsideración interpuestos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2022-CD-OSITRAN

Fecha: 10 de noviembre de 2022

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022
15:52:32 -0500

Firmado por:
CADILLO ANGELES
Gloria Zola FAU
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022
16:09:44 -0500

Firmado por:
TORRES SANCHEZ
Maria Tessa FIR
15596616 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022
18:28:12 -0500

Firmado por:
TORRES SANCHEZ
Maria Tessa FIR
15596616 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022
18:29:12 -0500

I. OBJETO

1. Emitir pronunciamiento sobre los recursos de reconsideración interpuestos por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP o el Concesionario), y LATAM Airlines Perú S.A. (en adelante, Latam), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2022-CD-OSITRAN que dictó Mandato de Acceso para prestar el servicio esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Almacén y Oficinas Ejecutivas) en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, el AIJCh).

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Carta N° S/N de fecha 08 de abril de 2022, Latam Airlines Perú (en adelante, Latam) solicitó la emisión de Mandato de Acceso para acceder a la Facilidad Esencial de Áreas de Mantenimiento Ejecutiva (Almacén y Oficinas Ejecutivas) en el AIJC, por no haber sido posible lograr un acuerdo sobre las condiciones contractuales propuestas por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP).
3. Mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 2442-768-22-CD-OSITRAN de fecha 06 de julio de 2022 se aprobó el proyecto de Mandato de Acceso sustentado en el Informe Conjunto N° 00056-2022-IC-OSITRAN y el Informe N° 00054-2022-GRE-OSITRAN, el cual fue notificado a LAP y a Latam mediante Oficios N° 06441-2022-GSF-OSITRAN y N° 06440-2022-GSF-OSITRAN respectivamente.
4. Recibidos los comentarios al proyecto de Mandato de Acceso, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN de fecha 23 de setiembre de 2022 sustentada en el Informe Conjunto N° 00105-2022-IC-OSITRAN y el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán dictó el Mandato de Acceso a LAP en favor de Latam, para la utilización del AIJC con el fin de que pueda prestar el Servicio Esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Oficina y Almacén Ejecutivo); estableciendo las condiciones y cargos de acceso.
5. Mediante Oficios N° 00127 y 00128-2022-SCD-OSITRAN, se notificó a LAP y Latam, respectivamente, la Resolución de Consejo Directivo N° 0039 2022 CD-OSITRAN y sus respectivos adjuntos.

Visado por: TORRES SANCHEZ
Maria Tessa FIR 15596616 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/11/2022 09:42:43 -0500

Visado por: ZAMORA BARBOZA
Martha Ysabel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022 16:42:17 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FIR 43034136 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022 16:32:48 -0500

Visado por: CAMPOS FLORES
Luis Danilo FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022 16:11:11 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022 16:03:13 -0500

Visado por: MENDEZ VEGA Maria
Alejandra FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022 15:51:40 -0500

Visado por: MAMANI OSORIO Ernesto
Alberto FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/11/2022 14:02:44 -0500

6. El 17 de octubre de 2022, mediante Escrito N° 1, LAP presentó un recurso de reconsideración en contra de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0039 y N° 0040 2022-CD-OSITRAN. En esa oportunidad, la Entidad Prestadora solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo a fin de exponer los argumentos de su recurso. Mediante Oficio N° 00174-2022-SCD-OSITRAN se le concedió el uso de la palabra para el 2 de noviembre de 2022. Cabe indicar que LAP se ha remitido a los argumentos planteados en anteriores recursos de reconsideración interpuestos contra las Resoluciones de Consejo Directivo N° 037-2019-CD-OSITRAN y N° 009-2020-CD-OSITRAN; recursos que fueron resueltos a través de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN y N° 0034-2020-CD-OSITRAN, sustentadas en el Informe N° 0027-19-GRE-OSITRAN y en el Informe Conjunto N° 00073-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), respectivamente.
7. El 17 de octubre de 2022, mediante Escrito N° 2, Latam presentó un recurso de reconsideración en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN.
8. El 2 de noviembre de 2022, LAP hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo, oportunidad en la cual expuso los argumentos de su recurso de reconsideración.

III. ANÁLISIS

9. El presente análisis se realiza abordando como cuestión previa la admisibilidad y procedencia de los recursos de reconsideración interpuestos, posteriormente, se exponen y analizan los argumentos formulados por LAP y, finalmente, se hace lo propio con los argumentos formulados por Latam.

III.1. Cuestión Previa: Admisibilidad y procedencia de los recursos de reconsideración

10. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 219¹ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), el recurso de reconsideración se interpone ante el órgano que dictó el acto impugnado y debe sustentarse en nueva prueba, salvo en el caso de los actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia en los que no se requiere de nueva prueba.
11. En el presente caso, la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN materia de impugnación fue emitida por el Consejo Directivo como única instancia del procedimiento para la emisión de mandatos de acceso; en ese sentido, los recursos de reconsideración no requieren sustentarse en nueva prueba.
12. De otro lado, el artículo 218² del TUO de la LPAG dispone que el plazo perentorio para la interposición de recursos es de quince (15) días hábiles; asimismo, el artículo 221 del mismo cuerpo legal establece que el recurso debe señalar el acto recurrido y cumplir con los demás requisitos previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG.

¹ TUO de la LPAG:

“Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. (...)”

² TUO de la LPAG:

“Artículo 218. Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son: (...)

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, (...)”

13. Al respecto, cabe indicar que la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN fue notificada a LAP el 23 de setiembre de 2022, mediante Oficio N° 00127-2022-SCD-OSITRAN; por tanto, el recurso de reconsideración presentado el 17 de octubre de 2022 fue interpuesto dentro del plazo dispuesto en el artículo 218 del TUO de la LPAG. Por su parte, dicha resolución fue notificada a Latam el 26 de setiembre de 2022, mediante Oficio N° 00128-2022-SCD-OSITRAN; en consecuencia, el recurso presentado el 17 de octubre de 2022 también fue formulado dentro del plazo establecido.
14. Adicionalmente, de la revisión de los recursos de reconsideración interpuestos se advierte que ambos cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 124³ y 221⁴ del TUO de la LAPG, por lo que corresponde continuar con el procedimiento recursivo.

III.2. Análisis de los argumentos del recurso interpuesto por LAP

15. Mediante Escrito N° 1, de fecha 17 de octubre de 2022, LAP, entre otros, interpuso un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN, en el cual cuestiona los siguientes aspectos:

³ TUO de la LPAG:

“Artículo 124.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio. Asimismo, el correo electrónico o, de ser el caso, la casilla electrónica, conforme al artículo 20 de la presente ley.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.”

⁴ TUO de la LPAG:

“Artículo 221.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.”

III.2.1. Sobre las inversiones vinculadas con las Oficinas Ejecutivas y el Almacén Ejecutivo⁵.

16. LAP cuestiona, tanto en el Escrito N° 1 como en el Memo N° M-GPF-GRAP-2022-0049 anexo al mismo, que en el cálculo de los Cargos de Acceso no se han considerado los montos de las inversiones que no se encuentran reconocidas por el Regulador.
17. Como se recuerda, en el Informe N° 0079-2022-GRE-OSITRAN que sustenta la Resolución impugnada, no se consideraron en los Cargo de Acceso determinados montos alegados por el Concesionario como inversiones ejecutadas en el terminal de pasajeros entre los años 2016 y 2021, debido a que este no acreditó que tales montos se encuentren reconocidos por el Regulador como inversiones en Mejoras de conformidad con lo establecido en las Cláusulas 5.7, 5.10 y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión⁶.
18. Sobre el particular, el Concesionario señala lo siguiente:
 - (i) LAP viene cumpliendo con sus obligaciones establecidas en las cláusulas 5.7, 5.10, así como en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión; el Ositrán ya verificó el cumplimiento de los RTM al momento de la ejecución de la Mejora correspondiente, y solo está pendiente de concluir el trámite administrativo de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras recogido en una directiva del Ositrán. En efecto, mencionan que, si no hubiesen cumplido con las mencionadas obligaciones, el Regulador hubiese intervenido en el marco de las funciones que ejerce, fiscalizando dicho incumplimiento y sancionándolos de ser el caso; situación que no ha ocurrido a la fecha. En ese sentido, LAP considera que sí ha cumplido con lo establecido en el Contrato de Concesión referido a la ejecución de las Mejoras.
 - (ii) Ninguna de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.7 y 5.10 y en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión se establece una **vinculación directa** con la formulación de los cargos de acceso; es decir, de ninguna de las referidas cláusulas se desprende que su cumplimiento constituya un requisito para tomar en cuenta o no, determinadas inversiones ejecutadas por LAP, en la formulación del cargo de acceso correspondiente. De igual forma, el REMA tampoco establece como condición o criterio para determinar el Cargo de Acceso, el reconocimiento de una inversión conforme al procedimiento establecido en la Directiva de Inversiones en Mejoras, ni el cumplimiento de las obligaciones contempladas en las cláusulas 5.7 y 5.10, y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión; así como tampoco se desprende de los artículos 26 y 27 de dicho Reglamento que la **eficiencia** se encuentra relacionada al cumplimiento de dichas disposiciones, careciendo de un debido sustento.

Así, resulta poco razonable desde el punto de vista económico, que las inversiones realizadas entre los años 2016 y 2021 no sean consideradas por el Regulador, por no haberse concluido **formalmente** con los procedimientos de Etapas de Desarrollo, pues la documentación técnica que es parte de los Expedientes de Etapas de Desarrollo ya ha sido previamente presentada y aprobada por el Ositrán.

⁵ El 2 de noviembre de 2022 LAP hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo, oportunidad en la cual expuso los argumentos de su recurso de reconsideración sobre las inversiones no consideradas en el cálculo de los cargos de acceso.

⁶ Tal como se indicó en la nota de pie de página 35 del Informe N°0079-2022-GRE-OSITRAN, este criterio no aplica para aquellos proyectos que representen montos de inversión menores de USD 50 000; ello en línea con lo señalado en la "Directiva para el procedimiento aplicable al reconocimiento de inversiones en Mejoras realizadas por el Concesionario en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez – AIJC" aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2021-CD-OSITRAN.

- (iii) Durante el proceso de emisión del Mandato de Acceso se envió la documentación (órdenes de compra) de todas las inversiones requeridas, en donde se puede comprobar su año de ejecución, concepto y detalle. Asimismo, se presentó documentación técnica adicional como alcances de los trabajos, memorias descriptivas y planos de cada orden de compra con el objetivo de evidenciar que dichas inversiones fueron efectivamente ejecutadas. Además, se indicó que **las inversiones correspondientes a la Facilidad Esencial se encuentran en proceso de aprobación de Etapas de Desarrollo y/o reconocimiento.**
- (iv) No existe una vinculación directa entre el trámite de los procedimientos de Etapas de Desarrollo de Mejoras y de Reconocimiento de inversiones, y las inversiones que deben ser consideradas para el cálculo de los cargos de acceso. La presentación formal de un Expediente de Etapa de Desarrollo al Ositrán (el cumplimiento del **trámite administrativo** recogido en la Directiva de Reconocimiento de Inversiones), no implica que recién ahí el Ositrán verifica el cumplimiento de los RTMs; sino que la supervisión que realiza el Regulador respecto de las Mejoras ejecutadas por LAP conlleva una serie de actividades (especialmente inspecciones y aprobaciones de documentaciones técnicas), que le permiten verificar que el respectivo proyecto se ha ejecutado en cumplimiento de los RTMs y demás condiciones aplicables; sin ser indispensable que se realicen o culminen los procedimientos administrativos antes mencionados.
- (v) El Regulador debe tomar en cuenta que LAP se encuentra en proceso de reconocimiento de las inversiones mencionadas anteriormente y estas deberían ser consideradas en el cálculo del Cargo de Acceso, pues, al no ser incluidas, el flujo de caja no reflejaría fielmente las inversiones que benefician al usuario o arrendatario. En ese sentido, se estaría afectando el **Principio de Sostenibilidad de la Oferta**⁷ establecido en el Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2021-CD-OSITRAN (en adelante, RETA). En efecto, al excluir las inversiones que LAP ha realizado, Ositrán estaría negando, bajo argumento del incumplimiento de un procedimiento administrativo, que los costos económicos efectivamente incurridos por LAP puedan ser debidamente cubiertos por el Cargo de Acceso; siendo que este criterio no se encuentra estipulado en el RETA, REMA ni en el Contrato de Concesión.

Además, se estaría vulnerando el **Principio de Consistencia**⁸ expresado en el RETA, toda vez que en los últimos mandatos de acceso relacionados a Oficinas Ejecutivas no se excluyen las inversiones por no haber cumplido el procedimiento administrativo de etapas de reconocimiento. En ese sentido, no se estaría manteniendo la coherencia en la metodología de tarificación que aplica el Regulador.
- (vi) LAP adjunta los recursos de impugnación que presentó previamente contra las Resoluciones de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN y 037-2019-CD-OSITRAN que aprobaron los Mandatos de Acceso correspondientes a las Facilidades Esenciales del Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega (Sistema HBS) y Almacenes de Depósito de Equipajes Rezagados, respectivamente, a fin de que los argumentos ahí expuestos referidos a este punto, sean tomados en cuenta también por el Regulador al momento de resolver.

⁷ Dicho principio precisa que “El nivel tarifario deberá permitir que se cubran los costos económicos de la prestación del servicio”.

⁸ Dicho principio señala que “En la fijación o revisión tarifaria, el Ositrán deberá asegurarse que exista coherencia entre las metodologías de tarificación aplicadas a los diversos servicios que prestan las Entidades Prestadoras, así como en la determinación de la estructura del Sistema Tarifario”.

Análisis de las Gerencias

19. Sobre el particular, es necesario señalar que, durante el curso del procedimiento de emisión de Mandato de Acceso, LAP cuestionó que en la propuesta de mandato de acceso no se haya considerado en el cálculo de los Cargos de Acceso montos de las inversiones que no se encuentran reconocidos por el Regulador⁹.
20. Al respecto, en el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN que sustentó y forma parte de la Resolución Impugnada se desestimó el comentario de LAP, pues no basta con que LAP alegue que ha invertido, sino que también evidencie que ha cumplido con las disposiciones establecidas en las cláusulas 5.7 y 5.10 y en el Anexo 14 del Contrato de Concesión. Ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 27 del REMA que establece que el criterio de valorización de costos para calcular el cargo de acceso debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los **costos económicos eficientes** de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura. Como se mencionó en el citado informe, dicho criterio fue aplicado por el Regulador al emitir los últimos Mandatos de Acceso referidos al uso de Almacenes para el Depósito de Equipaje Rezagado y al uso del Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega, conforme consta en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN y 0009-2020-CD-OSITRAN, respectivamente (confirmadas por las Resoluciones N° 0042-2019-CD-OSITRAN y 0034-2020-CD-OSITRAN, respectivamente).
21. Dicho esto, a continuación, se procede a evaluar los argumentos esgrimidos por LAP en su recurso de reconsideración.
22. Con **respecto al punto i)**, el Concesionario afirma en su Escrito de impugnación que sí ha cumplido con sus obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, alegando que *“si nuestra representada no hubiese cumplido con las mencionadas obligaciones, el Regulador hubiese intervenido en el marco de las funciones que ejerce, fiscalizando dicho incumplimiento y sancionándonos de ser el caso: situación que no ha ocurrido a la fecha. En ese sentido, podemos afirmar que LAP sí ha cumplido con lo establecido en el Contrato de Concesión referido a la ejecución de Mejoras.”* [El énfasis y subrayado han sido añadidos]
23. En ese orden de ideas, LAP manifiesta que el Ositrán ya verificó el cumplimiento de los RTM al momento de la ejecución de la Mejora correspondiente, y que solo estaría pendiente de concluir el “trámite administrativo” de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras.
24. Al respecto, cabe señalar que el procedimiento de Reconocimiento de Inversiones -de competencia de la GSF- no constituye un mero trámite administrativo -como pretende deslizar el Concesionario-, sino que se enmarca en su obligación de sustentar ante el Regulador los montos derivados de la ejecución de las Mejoras en el AIJCh, establecida en la Cláusula 5.7 del Contrato de Concesión, la cual se cita a continuación:

“5.7 *Ejecución de las Mejoras. Las Mejoras Obligatorias y las Mejoras Complementarias deben ser efectuadas a tiempo según lo previsto en la Cláusula 5.6, el Anexo 6 del presente Contrato y en las actualizaciones que se realicen al Plan Maestro. Dichas **Mejoras Obligatorias y Mejoras Complementarias, deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos. El Concesionario deberá sustentar ante OSITRAN los montos derivados de la construcción de las Mejoras, de acuerdo con la modalidad contractual correspondiente, seleccionada por el Concesionario; solo en el caso de contratos bajo modalidad de precios unitarios, será de aplicación lo***

⁹ Este criterio, como se indicó en la nota de pie de página 35 del Informe N°0079-2022-GRE-OSITRAN, no aplica para aquellos proyectos que representen montos de inversión menores de USD 50 000; ello en línea con lo señalado en la “Directiva para el procedimiento aplicable al reconocimiento de inversiones en Mejoras realizadas por el Concesionario en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez – AIJCh” aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2021-CD-OSITRAN.

establecido en la cláusula 5.7.3 del Contrato de Concesión. Asimismo, en caso la construcción de las Mejoras sea ejecutada por empresas vinculadas, será de aplicación lo señalado en la Cláusula 5.7.3 del presente Contrato.

Las Mejoras Eventuales se llevarán a cabo de acuerdo con el volumen de tráfico y deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos. Las Mejoras Eventuales, además de las Obligatorias y de las Complementarias, deberán ser realizadas por el Concesionario, de acuerdo con las Leyes Aplicables, una vez que OSITRAN haya sido notificada del plan de diseño de tales Mejoras, de conformidad con el inciso 5.10 de la presente Cláusula.
(...)

- 5.7.3. **El Concesionario deberá sustentar ante OSITRAN los montos derivados de la construcción de las Mejoras, para tal efecto, presentará las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente, para su respectiva revisión y aprobación.**

La aprobación de los precios unitarios de las Mejoras correspondientes por parte de OSITRAN, con el apoyo de la supervisión a que se refiere la cláusula 24.3 se realizará en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la sustentación a la que se ha hecho referencia. En caso que OSITRAN requiera información adicional vinculada al desagregado de precios unitarios correspondiente a la ejecución de las Mejoras, deberá solicitarla, hasta en una sola oportunidad, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la información original. En tal caso, y por una sola vez, el referido plazo de aprobación de treinta (30) días hábiles comenzará nuevamente a computarse desde la fecha de presentación de la información adicional solicitada. En el caso que OSITRAN no se pronuncie en el plazo al que se ha hecho referencia, se entenderá que los precios unitarios de la construcción de las Mejoras han sido aprobados.

La aprobación de los montos derivados de la construcción de las Mejoras, se realizará de acuerdo a los precios unitarios aprobados.

(...)”

25. Asimismo, la cláusula 5.10 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

- 5.10. **Planes de Diseño y de Trabajo.** El Concesionario será responsable de que el diseño y el trabajo con relación a cualquier Mejora sean llevados a cabo de tal manera que ésta sea completa y adecuada para los propósitos y de acuerdo con los planos, especificaciones y otros documentos a los que se hace referencia en el presente Contrato y que permitiéndolo su naturaleza sea diseñada y efectuada de manera tal que, adecuadamente mantenida, tenga una vida útil no menor de cincuenta (50) años, o de los años máximos de vida útil que de acuerdo a su naturaleza deba razonablemente tener, así como de implementar todas las medidas requeridas de acuerdo con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos.

El Concesionario presentará a OSITRAN un plan de diseño para las Mejoras Obligatorias y para las Mejoras Complementarias requeridas durante el Periodo Inicial y los Gastos relacionados a dichas Mejoras, y el primer programa de trabajo y su presupuesto, dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la Fecha de Cierre. Subsiguientemente a tal presentación, **los planes de diseño, programas de trabajo y presupuestos para las Mejoras Obligatorias para las Mejoras Complementarias así como para las Mejoras Eventuales deberán ser presentados por el Concesionario a OSITRAN, cuando menos de forma anual.** Los planes de diseño y de trabajo podrán ser modificados solo con la aprobación del Concedente, contando con la **opinión técnica de OSITRAN**, salvo el caso de modificaciones que no superen el quince por ciento (15%) del monto de las inversiones incluidas en el plan de diseño y de trabajo referido a Mejoras Obligatorias, Mejoras Complementarias o Eventuales, según corresponda, las mismas que serán directamente aprobadas por OSITRAN, quien notificará al Concedente, tanto de la solicitud como de la aprobación efectuada.

El Concesionario podrá acordar con OSITRAN el tipo y monto de las modificaciones de relevancia menor que por su naturaleza puedan estar sujetas a una fiscalización posterior por parte de OSITRAN, las mismas que serían notificadas a este en el plazo establecido en su oportunidad.”

[El subrayado y el énfasis son nuestros]

26. Conforme se observa de las cláusulas glosadas, el Concesionario se encuentra obligado, entre otros, a notificar al Regulador, a través del plan de diseño y de trabajo previsto en la Cláusula 5.10, las Mejoras (Obligatorias, Eventuales y Complementarias) a ser ejecutadas, las cuales deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos; resaltándose que, para tal efecto, el Concesionario tiene también la obligación de sustentar ante el Regulador los montos derivados de su ejecución, para su revisión y aprobación. En ese orden, la Cláusula 24.3 dispone explícitamente que, a efectos de dar debido cumplimiento a lo estipulado en la referida Cláusula 5.10, “la construcción de las Mejoras será supervisada por OSITRAN, conforme a las facultades que le otorga la Ley 26917. (...).”¹⁰
27. En ese sentido, tal como fue señalado en el numeral 148 del Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN, en el marco de las cláusulas 5.7 y 5.10 del Contrato de Concesión, en ejercicio de sus facultades normativas -y contando con la participación del Concesionario-, el Regulador emitió la “Directiva para el Procedimiento aplicable al Reconocimiento de Inversiones en Mejoras realizadas por el Concesionario en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez - AIJC”¹¹ (en adelante, la Directiva de Inversiones en Mejoras), la cual resulta aplicable a todas las referidas inversiones en Mejoras que se generen durante el periodo de vigencia de la Concesión; estableciendo, entre otros, los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de los Costos Directos (Inversiones Directas) y los Costos Indirectos (Inversiones Indirectas), que forman parte de las Inversiones en Mejoras efectuadas por LAP. En función de ello, el Regulador, en ejercicio de su función supervisora, puede evaluar de manera adecuada los montos de inversión en Mejoras presentados por el Concesionario para su reconocimiento.
28. Así, es preciso subrayar que, de acuerdo con la Directiva de Inversiones en Mejoras, el reconocimiento de inversiones comprende principalmente las Etapas de Desarrollo 5 (Ingeniería Final), 6 (Concurso) y 7 (Construcción), pues en la Etapa 6 el Concesionario selecciona la empresa que ejecutará el proyecto y se determina el monto de ejecución, y en la Etapa 7 se realiza la construcción, de acuerdo con la ingeniería final, la cual es supervisada por Ositrán. Posteriormente, LAP efectúa el pago a su contratista por la ejecución del proyecto y debe presentar -en un plazo no mayor de cuatro meses- el Expediente de Reconocimiento de Inversiones.¹² Además, en el supuesto de que existan variaciones (adicionales y/o deductivos) en los costos de la obra, estos son presentados al Regulador durante la Etapa 7 y, de ser el caso, este monto adicional o deductivo se reconocerá previa aprobación de la Etapa 8.

¹⁰ De acuerdo con lo establecido en el literal a) del Artículo 5° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ositrán tiene como uno de sus objetivos, velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte. Acorde con ello, el literal a) del numeral 7.1 del Artículo 7° de la referida Ley N° 26917 establece que una de las principales funciones de Ositrán es administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

Del mismo modo, el Artículo 21° del Reglamento General de Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, modificado mediante Decreto Supremo N° 114-2013-PCM, dispone que corresponde al Ositrán supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras.

¹¹ Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2021-CD-Ositrán de fecha 9 de setiembre de 2021.

¹² Cabe indicar que, de acuerdo con la Directiva de Inversiones en Mejoras, el Concesionario podrá solicitar la prórroga del plazo indicado, sin ser considerada esta situación como un incumplimiento pasible de sanción por parte del Organismo Regulador.

29. Del mismo modo, cabe remarcar que, a fin de permitir la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad de los proyectos de inversión en Mejoras, el numeral 1.29 del Anexo 14 – REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS del Contrato de Concesión exige al Concesionario presentar al Ositrán la documentación (técnica y económica) referida a cada proyecto, al final de cada una de las diez (10) Etapas de Desarrollo, para su evaluación, aprobación o desaprobación.
30. En ese marco contractual, la Directiva de Desarrollo de Mejoras establece que, con el objeto de llevar un control adecuado de la información entregada y aprobada de los proyectos a ejecutar, el Concesionario debe entregar al Supervisor la documentación correspondiente a cada etapa, de manera total o parcial, hasta completar los documentos técnicos que se muestran en la Tabla 1. Asimismo, en el caso específico de las Etapas de Desarrollo 3 a 8, está obligado a presentar al Ositrán el expediente correspondiente a cada etapa, para su revisión y aprobación; remarcándose que, **solo con la aprobación de dicho expediente, el Regulador emite el respectivo Certificado de Aprobación con el que se da por concluida y aprobada la Etapa de Desarrollo.**

Tabla 1: Requisitos para la revisión y aprobación de las etapas de desarrollo de las mejoras a cargo del Concesionario

ETAPA DE DESARROLLO	DOCUMENTOS TÉCNICOS ENTREGABLES	PLAZO PARA PRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTE
Etapas de Desarrollo 1 y 2: PLANIFICACIÓN Y PROGRAMACIÓN	Según corresponda: 1. Plan Maestro vigente y sus actualizaciones (que recogerá información del expediente del Diseño Conceptual correspondiente a la expansión del Aeropuerto, según el alcance establecido por la Adenda 7 del Contrato de Concesión; o, 2. Plan de Diseño y de Trabajo – Presupuesto y Programa de Inversiones vigente (PDT-PPI).	En lo que respecta al Plan de Diseño y de Trabajo - Presupuesto y Programa de Inversiones (PDT - PPI), este se presenta antes del inicio de cada ejercicio anual, durante el Periodo Remanente.
Etapas de Desarrollo 3: DISEÑO ESQUEMÁTICO / INGENIERÍA CONCEPTUAL Sustenta el desarrollo de la Ingeniería Conceptual que es la base para la elaboración del Desarrollo del Diseño / Ingeniería Preliminar.	1. Memoria Descriptiva por especialidades y/o memoria descriptiva de la intervención. 2. Planos, Esquemas, etc. 3. Informes o Estudios Especiales. 4. Valor Total Estimado de la inversión.	Considerando que esta etapa se relaciona a la propuesta base de diseño conceptual para su posterior ejecución, el expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de Ositrán en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de Ositrán de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.
Etapas de Desarrollo 4: DESARROLLO DEL DISEÑO / INGENIERÍA PRELIMINAR Sustenta el desarrollo de la Ingeniería Preliminar con un mayor detalle que la Ingeniería Conceptual, e incluye todas las especialidades involucradas.	1. Memoria Descriptiva por especialidades y/o memoria descriptiva de la intervención. 2. Planos, Esquemas, etc. 3. Especificaciones técnicas. 4. Informes o Estudios Especiales. 5. Cronograma Referencial para construcción, nivel 1. 6. Presupuesto Referencial para construcción, nivel 1.	El expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de Ositrán en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de Ositrán de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.

ETAPA DE DESARROLLO	DOCUMENTOS TÉCNICOS ENTREGABLES	PLAZO PARA PRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTE
Etapa de Desarrollo 5: INGENIERÍA FINAL Etapa que se relaciona a la ingeniería de detalle y sustenta la preparación de los Planos de todas las especialidades y Especificaciones Técnicas de Construcción, así como el resto de la documentación necesaria para la construcción de la obra.	1. Memoria Descriptiva por especialidades y/o memoria descriptiva de la intervención. 2. Memoria de Cálculo 3. Planos, Esquemas, etc. 4. Informes o Estudios Especiales. 5. Listado de Licencias, Permisos y Autorizaciones requeridas para construcción. 6. Especificaciones técnicas. 7. Cronograma Referencial para construcción, nivel 2. 8. Presupuesto Referencial para construcción, nivel 2.	El expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de Ositrán en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de Ositrán de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.
Etapa de Desarrollo 6: CONCURSO PARA CONSTRUCCIÓN, SERVICIOS Y SUMINISTRO Sustenta el proceso realizado para la selección del contratista o proveedor de obras, bienes y/o servicios.	1. Documentos de Concurso (Bases y Alcances). 2. Invitaciones 3. Tiempo de ejecución. 4. Presupuesto del Postor Ganador. 5. Evaluación Técnica y Económica. 6. Orden de Compra / Servicio. 7. Presupuesto y Cronograma (nivel 2) de la Fase de Construcción.	El expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de Ositrán en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación de la orden de servicio o de compra del postor ganador del proceso de selección en cuestión; con excepción de los contratos bajo la modalidad de precios máximos garantizados, en cuyo caso dicho plazo no será aplicable.
Etapa de Desarrollo 7: CONSTRUCCIÓN Sustenta el proceso realizado por el Contratista durante el desarrollo de la obra / servicio / suministro: permisos, cambios realizados, y los requerimientos necesarios para certificar la calidad de la obra / servicio / suministro realizado.	1. Reporte de Calidad / EHS 2. Protocolos de Prueba 3. Manuales de Mantenimiento / Operación 4. Certificados de Calidad de Materiales 5. Planos de Campo FSK 6. Licencias, permisos y autorizaciones	El expediente debe ser presentado a Ositrán para revisión y aprobación de Ositrán, en un plazo no mayor de tres (3) meses de recibida por el Regulador, la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.
Etapa de Desarrollo 8: CONCLUSIÓN FORMAL DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN O DEL PROYECTO Sustenta el proceso realizado por el Contratista una vez concluida la obra, paquete de ejecución y/o servicio y la entrega de la misma al Concesionario.	1. Memorias Descriptivas conforme a obra. 2. Planos conforme a obra. 3. Acta de Recepción. 4. Liquidación Económica – Contable. 5. Garantía de Equipo Principales. 6. Garantías de Calidad.	El expediente debe ser presentado para aprobación de Ositrán en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la conformidad por parte de Ositrán de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa o la liquidación económica-contable por parte del Concesionario, de resultar aplicable según la modalidad contractual.
Etapa de Desarrollo 9: PUESTA EN OPERACIÓN Sustenta el proceso de Ocupación de las instalaciones terminadas y/o puesta en marcha u operación. La comunicación del Concesionario debe ser presentada a Ositrán en un plazo no mayor de tres (3) meses desde la aprobación de la Etapa de Desarrollo 8.	1. Comunicación de LAP al Ositrán con listado de paquetes que comprenden el proyecto. 2. Copia del listado de observaciones (<i>punch list</i>) cerrado del proyecto. 3. Acta de verificación de ocupación realizada por Ositrán (Supervisión).	La comunicación del Concesionario sobre la citada etapa deberá ser presentada a Ositrán en un plazo no mayor de tres (03) meses desde la aprobación de la etapa de desarrollo 8.
Etapa de Desarrollo 10: RECEPCIÓN DEFINITIVA Sustenta el proceso de Inspección final de las	1. Comunicación de LAP al Ositrán con listado de paquetes que comprenden el proyecto. 2. Informe de conformidad realizado por	Un (1) año de la Ocupación y/o Puesta en Macha u Operación.

ETAPA DE DESARROLLO	DOCUMENTOS TÉCNICOS ENTREGABLES	PLAZO PARA PRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTE
instalaciones después de un (1) año de la Ocupación y/o Puesta en Macha u Operación.	Ositrán (Supervisión), inspección.	previa

Fuente: Directiva de Desarrollo de Mejoras

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

31. En ese contexto, el propio Concesionario admite en su escrito de impugnación que los proyectos de inversión que solicita que sean considerados en el Cargo de Acceso se encuentran **“en proceso de aprobación de Etapas de Desarrollo y/o reconocimiento”**; mostrando incluso el estado situacional de cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, tal como se muestra en la siguiente tabla.

Tabla 2: Estado situacional de aprobación de las etapas de desarrollo, por proyecto¹³

Año	Proyecto	Proveedor	Orden	Monto USD	Etapas 6	Etapas 5	Etapas 7	Etapas 8	ERM*	Supervisado CESEL
Oficinas operativas										
2016	Suministro e instalación de 3 rooftop	Termoserp S.A. en liquidación	4400027393	539 052,58	Aprobado	N/A	Aprobado	Por elaborar	Por elaborar	No
2017	Revisión integral seguridad vida y evaluación	Engineering Services S.A.C.	4400028872	61 715,91	Aprobado	Por elaborar	Por elaborar	Por elaborar	Por elaborar	No
2017	Instalación disipadores sísmicos	LTA Ingenieros S.A.C.	4400029164	99 814,96	Aprobado	Compra	Por elaborar	Por elaborar	Elaborar	No
2018	Mantenimiento correctivo de 5 rooftop	Ingenieros Rand Company of Peru S.A.C.	4400030876	452 997,30	Aprobado	Por elaborar	Por elaborar	Por elaborar	Reconocido	No
2019	Reemplazo de 4 equipos rooftop	Ingenieros Rand Company of Peru S.A.C.	4400034924	495 844,00	Aprobado	Por elaborar	Aprobado	Por elaborar	Por elaborar	Si
2021	Evaluación y diseño refuerzo estructurales y sísmicos del antiguo terminal del AJC	Gallegos, Casabone, Arango, Quesada	4400039732	117 744,73	Enviado	N/A	N/A	Por elaborar	Por elaborar	Si
2020	Purificador de aire para el terminal	Cold Air Service S.A.C.	4400037820	99 582,00	observado	Por elaborar	Por elaborar	Por elaborar	Por elaborar	No
2016	Habilitación de oficinas mezanine (aerolíneas)	Comercia, Virgen de la Puerta import-Export E.I.R.L.	4400025592	62 853,83	Aprobado	N/A	Por elaborar	Aprobado	Reconocido	No
2019	Mejoras en el sistema sanitario	INSAC Tecnología Aplicada E.I.R.L.	4400034170	56 904,38	Aprobado	Por elaborar	Por elaborar	Por elaborar	Por elaborar	Si
Mantenimiento										
2015	Proyecto integrado PV7-DMA's	M&J Construcción e Ingeniería S.R.L.	4400024998	837 417,04	Aprobado	Por elaborar	Aprobado	Observado	Aprobado	Si

(*) ERM: Expediente de Reconocimiento de Mejoras

Fuente: Memo M-GPF-GRAP-2022-0049 remitido por LAP.

32. Conforme se advierte del detalle situacional expuesto, a la fecha, **el Concesionario no ha cumplido con presentar toda la documentación técnica que conforma los expedientes correspondientes a las Etapas de Desarrollo 5, 7 y 8 de los proyectos de inversión objeto de discusión.** En consecuencia, debe desestimarse el argumento planteado por el Concesionario por el cual afirma que *“LAP sí ha cumplido con lo establecido en el Contrato de Concesión referido a la ejecución de las Mejoras”*; esgrimiendo que *“el Ositrán ya verificó el cumplimiento de los RTM al momento de la ejecución de la Mejora correspondiente, y lo que está pendiente de concluir, es el trámite administrativo de Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras”*. Más aún, no son correctas afirmaciones como *“venimos realizando los procedimientos de Etapas de Desarrollo en Mejoras conforme a las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión, y en la respectiva directiva, en constante coordinación con la GSF y la Supervisión”*; pues, de la información que el propio Concesionario presenta se advierte que aún se encuentran incluso **pendientes de elaboración** los referidos expedientes.

¹³

Tal como se indicó en el numeral 109 del Informe N° 0079-2022-CD-OSITRAN, para el Cargo de las Oficinas Ejecutivas se tomó como base las inversiones existentes en las áreas de las Oficinas Operativas; mientras que para el Cargo del Almacén Ejecutivo se tomó como base las inversiones existentes en las áreas de Mantenimiento “clásicas”.

33. Por tanto, contrariamente a lo afirmado por el Concesionario, a la fecha, este **no ha cumplido cabalmente con ejecutar las inversiones en Mejoras de los proyectos alegados**, conforme a los términos y condiciones exigidos en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, al no encontrarse aprobadas las Etapas de Desarrollo 5, 6, 7 y 8 de los paquetes de trabajo correspondientes; todas las cuales -reiteramos- son necesarias para garantizar el cumplimiento de los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos. En ese orden, el Concesionario **tampoco ha cumplido con su obligación de sustentar ante el Ositrán los montos derivados de la ejecución de dichas Mejoras**, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión.
34. Visto lo anterior, el Concesionario no debe confundir la función reguladora¹⁴ que ejerce el Consejo Directivo del Ositrán al determinar el Cargo de Acceso que pagarán los Usuarios Intermedios, con las funciones fiscalizadora y sancionadora¹⁵ que ejerce la GSF; toda vez que estas son completamente independientes. En efecto, independientemente que el Ositrán tenga la facultad de fiscalizar y sancionar al Concesionario por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, en ejercicio de su función reguladora esta entidad tiene la obligación de determinar el cargo de acceso en estricta observancia de las disposiciones contractuales y legales que resulten aplicables. En esa línea, tal como se indicó en el Informe N° 0079-2022-GRE-OSITRAN que sustentó e integra la Resolución Impugnada, no basta con que LAP alegue que ha invertido, sino que también evidencie que ha cumplido con las disposiciones establecidas en las cláusulas 5.7, 5.10 y el Anexo 14 del Contrato de Concesión. Ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 27 del REMA que establece que el criterio de valorización de costos para calcular el cargo de acceso debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los **costos económicos eficientes** de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura.
35. En virtud de lo expuesto, no resulta atendible el pedido del Concesionario formulado a través del Memo M-GPF-GRAP-2022-0049, adjunto a su Recurso de Reconsideración, respecto de incluir en la formulación de los Cargos de Acceso impugnado, los montos consignados en las Órdenes de Servicio N° 4400027393, 4400028872, 4400029164, 4400030876, 4400034924, 4400039732, 4400037820, 4400025592, 4400034170 y 4400024998; toda vez que -conforme se muestra en la Tabla 2 del presente Informe- los Paquetes de Trabajo correspondientes no cuentan con las Etapas de Desarrollo 5, 7 y 8 aprobadas conforme lo exige el Contrato de Concesión.
36. Por tanto, **se desestima** este argumento planteado por LAP señalado en el punto (i) precedente.
37. **Con relación al punto ii)**, el Concesionario señala que no resulta claro cómo es que el Regulador llega a la conclusión de que lo dispuesto en las cláusulas 5.7, 5.10 y en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato se encuentra alineado con los criterios y principios contemplados en los artículos 26 y 27 del REMA, para el cálculo de los Cargos de Acceso. En ese sentido, cuestiona que el Ositrán vincule el principio de eficiencia con el cumplimiento de su obligación de sustentar ante el Regulador los montos derivados de la ejecución de las Mejoras a través del procedimiento de Reconocimiento de Inversiones; reiterando que este último constituye un procedimiento administrativo formal y que la documentación técnica que es parte de los expedientes de Etapas de Desarrollo ya ha sido previamente presentada y aprobada por el Ositrán.

¹⁴ Artículos 16 y 17 del Reglamento General de Ositrán (REGO).

¹⁵ Artículos 32 y 33 del REGO.

38. Sobre el particular, cabe recordar que el proceso de regulación tarifaria de un monopolio se caracteriza por un fenómeno que la literatura económica denomina asimetría de información, esto es, la empresa regulada posee mayor y mejor información que el Regulador respecto de sus propios ingresos y costos. Dicha ventaja informativa genera en la empresa el incentivo a sobreestimar los costos de operación y/o inversión, bajo la expectativa de que ello no sea advertido por el Regulador y así la contraprestación cobrada a los usuarios sea mayor y, por ende, sus ingresos también.
39. Con relación a lo anterior, en la Teoría del Principal – Agente, Macho-Stadler (2001)¹⁶ señala que existe un problema de riesgo moral cuando la acción del agente no es verificable, o cuando el agente recibe información privada después de haberse iniciado la relación con el principal¹⁷. De este modo, el principal podría no encontrarse en la capacidad de observar (o verificar) las acciones del agente, o no tener control sobre el nivel de esfuerzo empleado para la realización de la actividad requerida.
40. En el campo de la regulación económica, el problema del riesgo moral presenta implicancias importantes en la labor de los reguladores. Apella y Maceira (2005)¹⁸ señalan, por ejemplo, que el riesgo moral se refiere a que la firma lleva a cabo acciones discrecionales que afectan sus costos y/o la calidad de sus productos -y que podrían entenderse como su esfuerzo-, las cuales no son observadas por el regulador. Así, acciones tales como la compra de materiales y equipos a precios altos, o la acumulación de insumos no requeridos en los contratos, son ejemplos del esfuerzo negativo en que podría incurrir la empresa.
41. En ese contexto, la función reguladora busca generar incentivos en la empresa regulada que permitan obtener resultados eficientes, similares a los de una situación de competencia perfecta; por lo que no debe depender solo de la información privada de la firma. A tal efecto, tanto el Contrato de Concesión como el REMA prevén diversas disposiciones que permiten al Regulador reducir la asimetría de información, así como mitigar la presencia de problemas relacionados como el riesgo moral; y, de esta manera, alcanzar dicho objetivo regulatorio.¹⁹

¹⁶ Macho-Stadler, I. An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts, Oxford University Press, USA, 2001.

¹⁷ Traducción libre de "a moral hazard problem exists when the agent's action is not verifiable, or when the agent receives private information after the relationship has been initiated".

¹⁸ Apella, I. y Maceira, D. *Economía de la Regulación: Una Perspectiva Teórica*, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, 2005.

¹⁹ Ciertamente, el concepto de eficiencia que el REMA exige observar para la determinación del Cargo de Acceso, busca la "eficiencia económica", la cual implica la forma en la que se utilizan los recursos para obtener un determinado nivel de producción. Así, entre los objetivos regulatorios, pueden identificarse los objetivos económicos de eficiencia asignativa (el cargo cobrado debe reflejar los costos económicos eficientes, procurándose una asignación óptima de recursos en la inversión y administración de la infraestructura por parte de la empresa regulada), y eficiencia productiva (minimizar el costo de producción).

42. Así, conforme fue desarrollado en el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN²⁰, las obligaciones del Concesionario contenidas en las cláusulas 5.7 y 5.10, y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión se encuentran en línea con los criterios y principios establecidos en los artículos 26 y 27 del REMA, de acuerdo con el siguiente detalle:

- El REMA establece los criterios y principios que debe observar el Regulador, destacándose que el artículo 27 señala que *“el criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso y su modalidad de aplicación, debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar infraestructura (...)”*. Acorde con ello, de acuerdo con el artículo 26 de la misma norma, la determinación de los cargos de acceso debe minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
- Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas 5.7 y 5.10, es responsabilidad del Concesionario que el **diseño y el trabajo con relación a cualquier Mejora (Obligatoria, Eventual y Complementaria) sean ejecutados de tal manera que esta sea completa y adecuada para los propósitos, cumpliendo con los planos, especificaciones y otros documentos relativos, establecidos en el Contrato de Concesión**, así como los **Requisitos Técnicos Mínimos (RTM)** y los Estándares Básicos estipulados en el mismo. Para tal efecto, el Concesionario debe presentar, cuando menos de forma anual, los planes de diseño y de trabajo, también denominados presupuesto y programa de inversiones, de dichas Mejoras al Ositrán, quien evalúa -entre otros- que las Mejoras sean completas y adecuadas para los propósitos de la Concesión.

De esta manera, a juicio del Ositrán, **se maximiza la eficiencia productiva**, al mitigar el desperdicio de recursos; garantizando, a su vez, que **la infraestructura por la cual los usuarios pagan el Cargo de Acceso cumple con todas las condiciones de calidad que exige el Contrato**.

- Precisamente, con el fin de permitir la ejecución adecuada de programas de **aseguramiento y control de calidad**, el numeral 1.29 del Anexo 14 – REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS del Contrato de Concesión establece 10 Etapas de Desarrollo que el Concesionario debe cumplir durante la ejecución de las Mejoras, desde su planificación hasta la inspección final de las instalaciones; destacando que el Concesionario debe entregar al Ositrán los documentos correspondientes **al final de cada etapa para su evaluación, aprobación o desaprobación**.

Es por ello que, para este Regulador, considerar en los Cargos de Acceso montos invertidos por el Concesionario que no han sido aprobados ni reconocidos como inversiones en Mejoras, de conformidad con dicha obligación contractual -y que

²⁰ De acuerdo con el numeral 148 del Informe N° 0079 2022-GRE-OSITRAN:

Al respecto, en virtud del principio de Predictibilidad o Confianza Legítima previsto en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Regulador ha observado las obligaciones del Concesionario contenidas en las cláusulas 5.7 y 5.10, y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, al verificar que estas se encuentran alineadas con los principios económicos del REMA, conforme se detalla a continuación:

- De acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas 5.7 y 5.10, es responsabilidad del Concesionario que el diseño y el trabajo con relación a cualquier Mejora (Obligatoria, Eventual y Complementaria) sean ejecutados de tal manera que esta sea completa y adecuada para los propósitos, cumpliendo con los planos, especificaciones y otros documentos relativos, establecidos en el Contrato de Concesión, así como los Requisitos Técnicos Mínimos (RTM) y los Estándares Básicos estipulados en el mismo. Para tal efecto, el Concesionario debe presentar, cuando menos de forma anual, los planes de diseño y de trabajo, también denominados presupuesto y programa de inversiones, de dichas Mejoras al Ositrán, quien evalúa -entre otros- que las Mejoras sean completas y adecuadas para los propósitos de la Concesión.

De esta manera, se busca maximizar la eficiencia productiva, al mitigar el desperdicio de recursos; garantizando, a su vez, que la infraestructura por la cual los usuarios pagan el Cargo de Acceso cumple con todas las condiciones de calidad que exige el Contrato.

incluso podrían ser, eventualmente, desaprobados-, contravendría los criterios y principios previstos en el REMA antes citados.

- En esa línea, el Concesionario tiene también la obligación de **sustentar ante el Regulador los montos derivados de la ejecución de las Mejoras**, presentando las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente, para su respectiva **revisión y aprobación**, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión.

A tal efecto, en el marco de las cláusulas 5.7 y 5.10 del Contrato de Concesión, en ejercicio de sus facultades normativas –y contando con la participación del Concesionario-, el Regulador emitió la Directiva de Reconocimiento de Inversiones, la cual resulta aplicable a todas las inversiones en Mejoras que se generen durante el periodo de vigencia de la Concesión. Así, dicha Directiva establece, entre otros, los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de los Costos Directos (Inversiones Directas) y los Costos Indirectos (Inversiones Indirectas), que forman parte de las Inversiones en Mejoras efectuadas por LAP. En función de ello, el Regulador, en ejercicio de su función supervisora, podrá **evaluar de manera adecuada los montos de inversión en Mejoras** presentados por el Concesionario para su reconocimiento.

Por ejemplo, una de las observaciones que se puede presentar en este proceso, particularmente para la ejecución de las obras, está referida a los deductivos en la obra generados por la no ejecución de algunas partidas del presupuesto, así como los costos adicionales, que se generan si el Concesionario adiciona algunas partidas al presupuesto no contempladas en el alcance del contrato principal, las cuales deben ser presentadas al Regulador durante la Etapa de Desarrollo 7 – Construcción, para opinión y finalmente deben estar contenidos en el expediente de la Etapa de Desarrollo 8. De ser el caso, este monto adicional y/o deductivo, contando con la opinión favorable del Ositrán, se somete a reconocimiento previa aprobación de dicha etapa. Así, **el monto resultante de la Etapa de Desarrollo 6 – Concurso puede variar de acuerdo con la ejecución de la obra; motivo por el cual resulta fundamental la supervisión**. De esta manera, para poder determinar el monto final que se desprende de la Etapa de Desarrollo 8 en el ítem de Liquidación Económica, deben encontrarse aprobadas las Etapas de Desarrollo 5, 6, 7 y 8.

43. En suma, acorde con lo señalado en el Informe N° 0079-2022-GRE-OSITRAN, reiteramos que observar el marco regulatorio y el cumplimiento de las disposiciones contractuales pertinentes, basándose en la supervisión realizada por el órgano competente, no solo constituye una práctica razonable y aceptada en los mercados regulados, sino que esta resulta fundamental para alcanzar el objetivo regulatorio - recogido en el REMA- de lograr la **eficiencia económica** en un mercado monopólico, como ocurriría en un contexto competitivo.
44. En ese sentido, y acorde con lo expuesto en los acápites precedentes, debe remarcarse que el extremo del numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, que señala *“Las etapas de desarrollo y de evaluación formal por parte de OSITRAN, de cada proyecto (...)”*, de ningún modo desvirtúa el contenido ni la importancia de dicha evaluación por parte del Regulador, la cual conjuntamente con la cláusula 5.7 -conforme se ha expuesto en extenso- permite la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad, así como verificar los montos de inversión. En ese sentido, carecen de fundamento estas y todas las afirmaciones de LAP con las que pretende desvirtuar la importancia de los procedimientos de aprobación de las Etapas de Desarrollo y de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras, reduciéndolos a meros formalismos.

45. De otro lado, cabe recordar al Concesionario que el REMA se aplica, entre otros, a todas las empresas o grupos de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público²¹; es decir, es una norma de **alcance general** y de plena aplicación al presente caso, conforme a las Leyes Aplicables; por lo que, evidentemente, dicho Reglamento no hace mención a un Concesionario ni un Contrato de Concesión específico. En ese sentido, carece de fundamento también el argumento de LAP por el cual sostiene que el REMA no establece como condición o criterio para determinar los Cargos de Acceso, el reconocimiento de una inversión conforme al procedimiento establecido en la Directiva de Inversiones en Mejoras, ni el cumplimiento de las obligaciones contempladas en las cláusulas 5.7, 5.10, y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión del AIJCh.
46. En virtud de lo expuesto, debemos recalcar que, independientemente de la metodología empleada por el Regulador para la formulación de los cargos de acceso, ni el marco regulatorio ni mucho menos el Contrato de Concesión proscriben que el Regulador observe el cumplimiento de disposiciones contractuales que, por lo demás, se encuentran alineadas con los criterios y principios del REMA. Por el contrario, la cláusula 2.1²² del Contrato de Concesión establece explícitamente que el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión por parte del Concesionario se sujeta a lo dispuesto en sus estipulaciones.
47. Por tanto, queda desvirtuada la afirmación del Concesionario según la cual el Regulador habría vinculado el principio de **eficiencia** comprendido en los artículos 26 y 27 del REMA con el cumplimiento de un mero trámite administrativo. Por el contrario, en el ejercicio de su función reguladora, el Consejo Directivo del Ositrán ha observado obligaciones del Concesionario contenidas en el Contrato de Concesión que se encuentran alineadas con los criterios y principios establecidos en el REMA.
48. En consecuencia, **corresponde desestimar** los argumentos planteados por LAP en este extremo.
49. **Con relación al punto iii)**, LAP, mediante el Memo N° M-GPF-GRAP-2022-0049, adjunto a su recurso de impugnación, manifiesta que, durante el proceso de emisión del Mandato de Acceso, este envió las órdenes de compra de todas las inversiones requeridas, en donde puede comprobarse su año de ejecución, concepto y detalle. Además, indica que presentó documentación técnica adicional como alcances de los trabajos, memorias descriptivas y planos por cada orden de compra con el objetivo de “evidenciar que dichas inversiones fueron ejecutadas.”

²¹ De acuerdo con el artículo 6 del REMA:

“Artículo 6.- Alcance.

El presente Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y a los Usuarios Intermedios que presten o soliciten prestar Servicios Esenciales.

(...)”

²² De acuerdo con la cláusula 2.1 del Contrato de Concesión:

2.1 Otorgamiento de la Concesión. El Concedente por el presente Contrato otorga al Concesionario, con sujeción a lo dispuesto en sus estipulaciones, el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos en el presente Contrato. En virtud de la Concesión, el Concesionario será responsable de la operación del Aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en Concesión), de la asignación de slots para aterrizaje y despegue, de la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3 del presente Contrato, del diseño y construcción de las Mejoras, y de la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos, durante la Vigencia de la Concesión.”

50. Al respecto, cabe precisar que, en ningún extremo del Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN que sustenta la Resolución impugnada se señala que la GRE no contara con “evidencia” respecto del año de ejecución de las inversiones alegadas por LAP. Ciertamente, en el numeral 150 de dicho informe se indicó que los montos alegados por el Concesionario no han sido reconocidos por el Regulador como inversiones en Mejoras conforme a lo que exige el Contrato de Concesión. En ese contexto, una comprobación como la que plantea LAP en su recurso de reconsideración, con la única finalidad de verificar que tales inversiones fueron ejecutadas, de ninguna manera garantiza que los montos gastados sean eficientes; mucho menos acredita que su ejecución se haya realizado cumpliendo cabalmente las disposiciones contractuales que permiten el aseguramiento y control de la calidad.
51. Asimismo, es oportuno señalar que, de acuerdo con el Principio de Verdad Material, “la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley”. Es así que, en estricto cumplimiento del mismo, y observando los principios y criterios previstos en el REMA que son de observancia obligatoria para la determinación del cargo de acceso, el Consejo Directivo ha considerado para la formulación de los Cargos de Acceso, únicamente aquellas inversiones en Mejoras que se encuentran reconocidas por el órgano competente del Ositrán, conforme a los términos contractuales.
52. En virtud de lo expuesto, este Regulador se reafirma en que, a fin de no afectar a los Usuarios quienes se encuentran sujetos a un servicio prestado en monopolio, de conformidad con los principios y criterios establecidos en el REMA, los Cargos de Acceso deben recuperar los costos económicos reconocidos como inversiones en Mejoras **aprobadas por el Ositrán** conforme a los términos y condiciones establecidos contractualmente.
53. Por tanto, **deben desestimarse** los argumentos del Concesionario en este extremo.
54. **Con respecto al punto iv)**, LAP señala que la función supervisora que ejerce el Ositrán no implica únicamente la aprobación de los Expedientes de las Etapas de Desarrollo, sino las inspecciones *in situ* y la aprobación previa de los documentos técnicos que conforman un proyecto determinado, necesarios para la inspección y que luego forman parte del referido expediente. En ese orden de ideas, el Concesionario apunta que el Expediente de cada Etapa de Desarrollo constituye un “resumen” de la documentación anteriormente presentada y aprobada por Ositrán, el cual -según LAP- es presentado formalmente para cumplir con un “trámite administrativo” recogido en una Directiva del Ositrán.
55. Al respecto, resulta pertinente señalar que el numeral 1.29 del Anexo 14 – REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS (RTM) del Contrato de Concesión exige lo siguiente:
- “1.29 Documentación Descriptiva y el Proceso de Desarrollo de los Proyectos de los Planes Maestros Aeroportuarios.
El Concesionario deberá presentar a OSITRAN la documentación sobre los proyectos que conforman el Plan Maestro Detallado de Desarrollo necesarios para permitir la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad.
Las etapas de desarrollo y de evaluación formal por parte de OSITRAN, de cada proyecto, serán las siguientes:
- Etapa de Desarrollo 1 – Planificación
 - Etapa de Desarrollo 2 – Programación
 - Etapa de Desarrollo 3 – Diseño esquemático
 - Etapa de Desarrollo 4 – Desarrollo de diseño
 - Etapa de Desarrollo 5 – Preparación de los planos y especificaciones técnicas de construcción.
 - Etapas de revisión de la preparación de la documentación correspondiente a las etapas de desarrollo:
 - Completados al 30%
 - Completados al 60%

- Completados al 90%
- Completados al 100%
- Etapa de Desarrollo 6 – Concurso para el proyecto de construcción y adjudicación del contrato de construcción (de ser aplicable).
- Etapa de Desarrollo 7 – Construcción
- Etapa de Desarrollo 8 – Conclusión formal del proyecto de construcción.
- Etapa de Desarrollo 9 – Ocupación de las instalaciones terminadas y puesta en marcha.
- Etapa de Desarrollo 10 – Inspección final de las instalaciones un (1) año después de la ocupación.

(...)

El diseño, concurso (de ser aplicable), construcción, puesta en marcha e inspección final (Etapas de Desarrollo 3 al 10) de los proyectos, deberá llevarse a cabo en forma individual para cada proyecto.

El Concesionario deberá entregar a OSITRAN los siguientes documentos al final de cada etapa de desarrollo para su evaluación, aprobación o desaprobación:

- Planos gráficos, a escala, de arquitectura e ingeniería civil, estructural, electromecánica, informática e información pública y especificaciones técnicas para cada disciplina.
- Estimación actualizada del costo detallado de construcción y contingencias relacionadas.
- Cronograma para el desarrollo del proyecto.
- Plan del proceso de demolición y construcción por etapas que aseguren:
- (...)”

[El subrayado y el énfasis son nuestros]

56. Como puede observarse del citado extremo contractual, con el fin de permitir la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad, los RTM exigen que cada proyecto de inversión que conforma el Plan Maestro Detallado de Desarrollo se lleve a cabo cumpliendo con las mencionadas diez (10) Etapas de Desarrollo, según aplique. Asimismo, de acuerdo con los RTM, **el Concesionario se encuentra obligado a presentar al Ositrán toda la documentación técnica al final de cada etapa de desarrollo para su evaluación, aprobación o desaprobación.**
57. En ese marco contractual, en ejercicio de su función normativa, el Regulador emitió la “Directiva para el Procedimiento de Revisión y Aprobación de las Etapas de Desarrollo de las Mejoras en el AIJCh”²³, en la que se estipula la secuencia a seguir para la revisión y aprobación de los documentos técnicos y del expediente de cada Etapa de Desarrollo, la cual debe ser cumplida por el Concesionario durante la ejecución de las Mejoras en el AIJCh.
58. Así, la Directiva de Desarrollo de Mejoras dispone que, para la presentación de los expedientes correspondientes a las Etapas de Desarrollo, el Concesionario debe tener en cuenta lo siguiente:

“7.1.3.1. Etapa de Desarrollo 3: Considerando que esta etapa se relaciona a la propuesta base de diseño conceptual para su posterior ejecución, **el expediente deberá ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN** en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a la referida etapa de desarrollo.

7.1.3.2. Etapa de Desarrollo 4: Esta etapa se relaciona a la propuesta de diseño preliminar para su posterior ingeniería final, de ser el caso, **el expediente deberá ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN** en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a la referida etapa de desarrollo.

²³ Aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2012-CD-OSITRAN del 16 de setiembre de 2012, y actualizada por las Resoluciones de Consejo Directivo N° 007-2018-CD-OSITRAN y 004-2020-CD-OSITRAN.

- 7.1.3.3. *Etapas de Desarrollo 5: Etapa que se relaciona a la ingeniería de detalle y sustenta el desarrollo del proyecto o paquete de ejecución para su posterior implementación. En la mayoría de los casos, esta ingeniería de detalle o definitiva se le encarga al contratista de la obra o servicio; **el expediente de la citada etapa deberá ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN** en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a la referida etapa de desarrollo.*
- 7.1.3.4. *Etapas de Desarrollo 6: Etapa que sustenta el proceso realizado para la selección del contratista o proveedor de obras, bienes y/o servicios. **El expediente de la citada etapa deberá ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN** en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación de la orden de servicio o de compra del postor ganador del proceso de selección en cuestión. (...)*
- 7.1.3.5. *Etapas de Desarrollo 7: Etapa que sustenta el proceso realizado por el Contratista durante el desarrollo del servicio, suministro de la obra o paquete de ejecución. El expediente de la citada etapa deberá ser presentado a OSITRAN, en un plazo no mayor de tres (3) meses de recepcionada por el Regulador, la última documentación técnica correspondiente a la referida etapa de desarrollo. (...)*
- 7.1.3.6. *Etapas de Desarrollo 8: Etapa que sustenta el proceso realizado por el Contratista una vez concluida la obra, paquete de ejecución y/o servicio y la entrega de la misma al Concesionario. **El expediente de la citada etapa deberá ser presentado para aprobación de OSITRAN** en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la conformidad por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a la referida etapa de desarrollo o la liquidación económica – contable por parte del Concesionario, de resultar aplicable según la modalidad contractual. (...)*

[El énfasis y subrayado es nuestro.]

59. Cabe remarcar que la referida Directiva establece en su numeral 7.3.3. que para evaluar y/o revisar la documentación técnica recibida del Concesionario, correspondiente a las etapas de desarrollo de las Mejoras, el Supervisor analizará la documentación recibida, verificando el cumplimiento de los RTM establecidos en el Anexo 14 del Contrato de Concesión y de todas las normas aplicables que correspondan.
60. Así, ni el Contrato de Concesión ni la Directiva de Desarrollo de Mejoras establecen directa o indirectamente que los expedientes de las Etapas de Desarrollo²⁴ conformen únicamente un “resumen” ni que su aprobación constituya el cumplimiento de un trámite administrativo para cumplir un mero formalismo; o que la supervisión *in situ* y/o la aprobación (parcial o total) previa de documentos técnicos entregables, implique automáticamente la aprobación de una Etapa de Desarrollo conforme lo exige el Contrato de Concesión, como alega LAP. Por el contrario, para efectos de la aprobación de cada Etapa de Desarrollo, el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión establece expresamente que la **documentación debe ser presentada al final de cada etapa**; y, acorde con ello, la referida Directiva dispone que el **Concesionario debe presentar el expediente correspondiente al final de cada etapa para su revisión y aprobación**; subrayándose que, solo con la aprobación de dicho expediente, el Regulador emite el respectivo Certificado de Aprobación con el que se da por **concluida y aprobada la Etapa de Desarrollo**.
61. Por tanto, corresponde **desestimar** el argumento formulado por el Concesionario en este extremo.

²⁴ Específicamente, de la Etapa de Desarrollo 3 a la Etapa de Desarrollo 8.

62. **Con relación al punto v),** el Concesionario manifiesta que, al no considerarse las inversiones materia de discusión en la formulación de los Cargos de Acceso, se estaría afectando el Principio de Sostenibilidad de la Oferta establecido en el RETA, negándosele que los costos económicos efectivamente incurridos por este puedan ser debidamente cubiertos por los Cargos de Acceso. Asimismo, señala que se estaría vulnerando el Principio de Consistencia previsto en el RETA, pues en los últimos Mandatos de Acceso emitidos por el Ositrán con relación a las Oficinas Ejecutivas, no se excluyeron las inversiones por no haber cumplido el procedimiento administrativo de Etapas de Desarrollo; en ese sentido, sostiene que no se estaría manteniendo la coherencia en la metodología de tarificación que aplica el Regulador.
63. Al respecto, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en su artículo 2 del RETA -norma aludida por el Concesionario- dicho reglamento tiene como objeto establecer la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará el Ositrán cuando **fije, revise o desregule las tarifas** aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de las ITUP. Asimismo, es preciso señalar que, conforme a la definición estipulada en el mencionado reglamento, la **tarifa** es la contraprestación monetaria que los usuarios están obligados a pagar **por la prestación de los servicios regulados** derivados de la explotación de la ITUP.
64. En ese contexto, el RETA contempla una serie de principios que se deben tener en cuenta al momento de llevar a cabo dichos procedimientos tarifarios, como es el caso de los principios de sostenibilidad de la oferta y consistencia alegados por el Concesionario. Dicho esto, es importante hacer notar que, en el presente caso, no nos encontramos en el marco de un procedimiento de fijación, revisión y desregulación de tarifas, sino en el marco de un procedimiento de emisión de mandato de acceso en el cual corresponde definir el cargo de acceso, siendo este último por definición la contraprestación monetaria que cualquier operador de servicios competitivos está obligado a pagar **por utilizar las Facilidades Esenciales** (ello, a diferencia de las tarifas que el usuario paga por la **prestación de servicios** a cargo del Concesionario).
65. Ahora bien, siendo que en el presente caso nos encontramos en un procedimiento de emisión de mandato de acceso, corresponde tener en cuenta lo dispuesto en el REMA. Así, el artículo 8 de dicha norma establece una serie de principios, a través de los cuales se estipulan reglas que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial. Sin embargo, el mencionado artículo señala que los principios recogidos en el REMA no tienen carácter taxativo, pudiendo invocarse otros principios generalmente aceptados de la práctica reguladora o del Derecho Administrativo, así como aquellos recogidos en la normativa aplicable a Ositrán²⁵.
66. Sobre ello, debe indicarse que, si bien el REMA permite que se puedan invocar otros principios generalmente aceptados en la práctica reguladora, ello resultaría válido en la medida que puedan ser aplicables al caso concreto. Al respecto, es importante hacer notar que, en este caso, el Concesionario ha realizado una mera alusión a los principios de sostenibilidad de la oferta y consistencia contemplados en el RETA, sin señalar las razones por las cuales serían aplicables al caso objeto de análisis. Sin perjuicio de ello, a continuación, se procederá a evaluar los principios aludidos por el Concesionario.

²⁵ Artículo 8.- Principios aplicables.

Los principios establecen las reglas que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial. Estos principios deben ser utilizados para sustentar y establecer criterios de celebración, contenido de los Contratos de Acceso, sin importar la modalidad que adopten, pudiendo ser utilizados además como criterio interpretativo o de integración de los mismos. Del mismo modo, establecen los límites y lineamientos de OSITRAN para la emisión de mandatos y otros pronunciamientos sobre el Acceso.

Los principios establecidos en este artículo se establecen con carácter enunciativo y no taxativo. Por tanto, se puede invocar otros principios generalmente aceptados de la práctica reguladora o del Derecho Administrativo, así como aquellos recogidos en la normativa aplicable a OSITRAN.

67. Así, en cuanto al principio de sostenibilidad de la oferta contemplado en el RETA, dicha norma establece lo siguiente:

Artículo V. Principios

El Ositrán y las Entidades Prestadoras se sujetan a los siguientes principios:

(...)

3. Sostenibilidad de la oferta: *El nivel tarifario deberá permitir que se cubran los costos económicos de la prestación del servicio.*

68. Como se puede observar, el mencionado principio busca que el nivel de la **tarifa** cubra los costos económicos de la **prestación del servicio**. En este caso, tal como se ha mencionado previamente, no nos encontramos en un proceso de determinación de tarifa, sino del **cargo de acceso**, de ahí que tampoco sea materia de este procedimiento asegurar que se cubran los costos económicos de la prestación de un servicio, pues como se ha explicado anteriormente, el cargo de acceso no es la contraprestación económica que recibe el Concesionario por la provisión de un servicio, sino que es la contraprestación económica que recibe por brindar acceso a una facilidad esencial.
69. De este modo, el mencionado principio citado por el Concesionario no resulta aplicable en el presente caso. Sin embargo, es importante reiterar que, sobre esta materia -los costos que deben reconocerse en el cálculo del cargo de acceso- el artículo 27 del REMA contempla que el criterio de valorización de costos para calcular el **cargo de acceso** y su modalidad de aplicación debe permitir a la Entidad Prestadora **recuperar los costos económicos eficientes** de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura.²⁶
70. Sobre ello, debemos reiterar que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión, el Concesionario tiene la **obligación de sustentar ante el Ositrán los montos derivados de la ejecución de las Mejoras**, presentando las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente, para su respectiva **revisión y aprobación**. A tal efecto, en el marco de las cláusulas 5.7 y 5.10 del Contrato de Concesión, en ejercicio de sus facultades normativas, el Regulador emitió la Directiva de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras, la cual establece un plazo para que el Concesionario cumpla con sustentar los montos derivados de la construcción de las Mejoras. En efecto, dicha Directiva señala expresamente lo siguiente:

VIII. RESPONSABILIDADES

Del Concesionario: *Presentar la solicitud para el Reconocimiento de Inversiones en Mejoras debidamente sustentada conjuntamente con el (los) ERM correspondiente(s), según lo descrito en el procedimiento establecido en la presente Directiva.*

*Para el caso de las Inversiones Directas que cuenten con la Etapa de Desarrollo 6 o la Etapa de Desarrollo 8, en caso la Orden de Servicio o de Compra sea un adicional, aprobadas respectivamente, **el Concesionario tendrá un plazo de***

²⁶ Sin perjuicio de lo señalado, es importante precisar que otro de los principios establecidos en el RETA es el de eficiencia; en particular, el principio de eficiencia asignativa conforme al cual las tarifas deben reflejar costos eficientes, tal como se cita a continuación:

4. Eficiencia: Comprende la aplicación de los siguientes conceptos:

- Eficiencia productiva: En la producción de servicios derivados de la explotación de la ITUP deberá minimizarse el costo de producción con el nivel dado de la infraestructura.

- Eficiencia asignativa: Las **tarifas deben reflejar los costos económicos eficientes**. En el largo plazo, las tarifas tenderán a igualar el costo marginal de producción de los servicios, procurándose una mejor asignación de recursos en la inversión y administración de la ITUP por parte de las Entidades Prestadoras.

[El subrayado y énfasis son nuestros]

Por lo señalado, aun cuando de conformidad con el Principio de sostenibilidad de la oferta el nivel de la tarifa que se establezca debe cubrir los costos económicos de la prestación del servicio, no podría perderse de vista que bajo el principio de eficiencia contemplado en esa misma norma, en el cálculo de las tarifas deben considerarse los **costos económicos eficientes**.

hasta cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de pago de la(s) factura(s) correspondiente(s) para presentar al OSITRAN el Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras. El Concesionario podrá solicitar la prórroga del plazo indicado, sin ser considerada esta situación como un incumplimiento pasible de sanción por parte del Organismo Regulador. Sin perjuicio de lo señalado, el Concesionario mantendrá su derecho a solicitar el Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras.”

[El subrayado y énfasis son nuestros]

71. Como puede observarse, es **obligación de LAP** sustentar los montos derivados de la construcción de las Mejoras, para lo cual la aludida Directiva establece un **plazo de hasta cuatro (4) meses** para la presentación de los expedientes de reconocimiento de inversiones desde la fecha de pago de las facturas, pudiendo solicitar prórroga del plazo si lo estima pertinente. Es decir, estamos frente a una **obligación con fecha de cumplimiento determinada** y cuya excepción debe ser solicitada de manera expresa por el Concesionario.
72. Adicionalmente, es pertinente recordar que, de acuerdo con la Cláusula 22 del Contrato de Concesión, el riesgo de diseño y construcción corresponde al Concesionario; por lo que es responsabilidad de este planificar, informar y someter a la aprobación del Ositrán, de manera oportuna, los planes de inversión, así como las Mejoras ejecutadas en virtud de dichos planes. De esta manera, en la medida que dichas obligaciones se encuentran **bajo su control o responsabilidad**, este asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados a la oportuna realización de dichas Mejoras.
73. Sobre la base de los argumentos antes expuestos, la alegación que ha formulado el Concesionario sobre una supuesta vulneración del principio de sostenibilidad contemplado en el RETA, carece de fundamento legal.
74. En consecuencia, **se desestima** la alegación del Concesionario según la cual el Regulador habría contravenido el principio de sostenibilidad previsto en el RETA, debiendo reiterarse que los cargos de acceso deben permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes, tal como lo estipula el REMA.
75. Respecto al principio de consistencia establecido en el RETA alegado por el Concesionario, dicha norma establece lo siguiente:

Artículo V. Principios

El Ositrán y las Entidades Prestadoras se sujetan a los siguientes principios:

(...)

8. Consistencia: *En la fijación o revisión tarifaria, el Ositrán deberá asegurarse que exista coherencia entre las metodologías de tarificación aplicadas a los diversos servicios que prestan las Entidades Prestadoras, así como en la determinación de la estructura del Sistema Tarifario.*

76. Como se puede observar, nuevamente el referido principio se encuentra estrechamente vinculado a la labor que realiza el Regulador en el marco de un procedimiento de fijación o revisión **tarifas**, no siendo ello materia del presente procedimiento. En tal sentido, no resulta aplicable en este caso.

77. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que el mencionado principio de consistencia se basa en la coherencia que debe existir en los pronunciamientos que emite una autoridad administrativa. Siendo eso así, resulta pertinente traer a colación el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima contemplado en el TUO de la LPAG, norma que resulta de aplicable para la tramitación de los procedimientos administrativos como es el presente caso, de conformidad con lo establecido en el Artículo II de su Título Preliminar²⁷. De acuerdo con el referido principio, las actuaciones de la autoridad administrativa deben ser congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos; no obstante, las autoridades administrativas se encuentran habilitadas a cambiar sus criterios en tanto estos sean motivados, pues lo que se busca evitar es que las autoridades cambien de manera arbitraria sus criterios²⁸.
78. Dicho esto, es importante señalar que esta es la primera vez que se ha solicitado emisión de mandato de acceso para las áreas de Oficinas Ejecutivas y Almacén Ejecutivo. Siendo ello así, de inicio, debe resaltarse que resulta manifiestamente falsa la afirmación del Concesionario respecto a que en los últimos mandatos de acceso emitidos por el Ositrán sobre Oficinas Ejecutivas, no se excluyeron las inversiones por no haber cumplido el procedimiento de etapas de reconocimiento, a diferencia de lo que ocurre en este caso, pues no se ha emitido previamente mandatos de acceso para estas Facilidades Esenciales.
79. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que, en el presente procedimiento, así como en el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN se han expuesto claramente y en extenso las razones que sustentan el criterio técnico empleado por el Regulador; esto es, reconocer en los Cargos de Acceso únicamente las inversiones en Mejoras que se encuentran debidamente sustentadas por el Concesionario y reconocidas por el Regulador de acuerdo con los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión.
80. Más aún, cabe señalar que el criterio cuestionado por LAP se encuentra en línea con el criterio que aplicó el Regulador en la emisión de los dos Mandatos de Acceso inmediatamente anteriores, referidos al uso de Almacenes para el Depósito de Equipaje Rezagado²⁹ y al uso del Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega³⁰.

²⁷ TUO de la LPAG.-
"Artículo II.- Contenido
1.La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales."

²⁸ TUO de la LPAG.-
"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables."

²⁹ A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN, de fecha 18 de setiembre de 2019; criterio que fue sustentado en los Informes N° 0020 y 0027-2019-GRE-OSITRAN, respectivamente.

³⁰ A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0009-2020-CD-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0034-2020-CD-OSITRAN de fecha 8 de julio de 2020; criterio que fue sustentado en los Informes Conjuntos N° 00019 y 00073-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ).

81. En efecto, a través de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN y 0009-2020-CD-OSITRAN (confirmadas por las Resoluciones N° 0042-2019-CD-OSITRAN y 0034-2020-CD-OSITRAN, respectivamente)³¹, se determinó que no es suficiente que el Concesionario alegue que ha invertido, sino que también es necesario que se acredite que dichas inversiones han sido ejecutadas cumpliendo con las disposiciones establecidas en las cláusulas 5.7, 5.10 y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, de modo tal que se recojan en los Cargos de Acceso los costos económicos eficientes.
82. Por tanto, la alegación que realiza el Concesionario sobre que en este caso se habría vulnerado el Principio de Consistencia en el RETA carece de fundamento legal. Asimismo, conforme se ha expuesto previamente, es la primera vez que se calculan los Cargos de Acceso de Oficinas Ejecutivas y Almacén Ejecutivo; y, en observancia del Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima previsto en el TUO de la LPAG, para su cálculo se ha empleado el criterio utilizado en los dos últimos Mandatos de Acceso en los cuales participó LAP.
83. En virtud de todo lo expuesto, se ratifica que, a efectos de que las inversiones presentadas por el Concesionario sean consideradas en la formulación de los Cargos de Acceso, debe acreditarse que estas se encuentran reconocidas por el órgano competente como inversiones en Mejoras aprobadas conforme a los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión; situación que -como ha sido señalado líneas arriba- no ha ocurrido a la fecha.
84. En consecuencia, se **desestiman** los argumentos del Concesionario en este extremo.
85. **Con respecto al punto vi)**, debe indicarse que, mediante el Escrito N° 1, LAP adjunta los recursos de impugnación presentados por este contra las Resoluciones de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN y 037-2019-CD-OSITRAN, que aprobaron los Mandatos de Acceso correspondientes a las Facilidades Esenciales del Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega (Sistema HBS) y Almacenes de Depósito de Equipajes Rezagados, respectivamente; solicitando textualmente que ***“los argumentos ahí expuestos referidos a este punto, sean tomados en cuenta también por vuestro Tribunal al momento de resolver”***.
86. Al respecto, en primer lugar, debe señalarse que, el Consejo Directivo evaluó en su debida oportunidad cada uno de los argumentos que expuso LAP en los mencionados recursos de reconsideración que interpuso contra las Resoluciones de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN y 037-2019-CD-OSITRAN. Así, a través de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN y 0034-2020-CD-OSITRAN, respectivamente, se declararon **infundados en todos sus extremos, agotándose de ese modo la vía administrativa**.
87. En segundo lugar, debe resaltarse que, en el presente caso, el Concesionario ha hecho una simple remisión a los argumentos expuestos en los dos recursos de reconsideración antes mencionados. En efecto, se ha limitado adjuntar los referidos recursos de reconsideración solicitando que los argumentos que expusieron en esas oportunidades frente a las Resoluciones de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN y 037-2019-CD-OSITRAN, sean considerados también en este caso sobre emisión de Mandato de Acceso para prestar el servicio esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Almacén y Oficinas Ejecutivas).
88. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se muestran los argumentos contenidos en los escritos a través de los cuales presentó sus recursos de reconsideración contra las Resoluciones de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN y 037-2019-CD-

³¹ Información que es de carácter público de conformidad con el artículo 102 del REMA, y de pleno conocimiento de LAP, sus usuarios intermedios y terceros interesados.

OSITRAN, los cuales han sido presentados adjuntos a su reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo 039-2022-CD-OSITRAN.

- **Argumentos que expuso LAP en su recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2019-CD-OSITRAN**

89. De acuerdo con lo que señaló el Concesionario en esa oportunidad, los artículos 8, 26 y 27 del REMA considerados por el Regulador, no establecen como condición o criterio para determinar el cargo de acceso por el uso de una Facilidad Esencial el reconocimiento de inversiones, ni el cumplimiento de las obligaciones contempladas en las cláusulas 5.7, 5.10, y el Anexo 14 del Contrato de Concesión. Al respecto, LAP indicó que:

- a. El Regulador “interpreta” que el concepto de eficiencia es una prerrogativa suya por el cual decide si un costo es o no eficiente y se basa en el cumplimiento de disposiciones contractuales y legales. El REMA no respalda este concepto de eficiencia como interpreta el Regulador.
- b. Ninguna de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.7, 5.10, y el Anexo 14 del Contrato de Concesión establece que su cumplimiento constituya un requisito para tomar en cuenta o no determinadas inversiones efectivamente realizadas por LAP, para la formulación del cargo de acceso correspondiente.
- c. De los artículos 8, 26 y 27 del REMA tampoco se desprende que la eficiencia en los costos se encuentra relacionada al cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva de Inversiones en Mejoras, Etapas de Desarrollo, entre otras, como lo afirma el Ositrán; sino que se apoya en conceptos como: duplicidad ineficiente, costos de cogestión, externalidades; es decir, definiciones, así como otros principios, todos de carácter económico; por lo que el concepto de eficiencia también es económico.
- d. Según la teoría económica, la eficiencia consiste en lograr el mayor nivel de producción y/o servicios con el menor costo posible, mediante la adecuada combinación de factores de producción, y no en el cumplimiento de obligaciones contractuales y regulatorias, como lo “interpreta” el Regulador. Así, de los referidos artículos no puede interpretarse que, para mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura, sea necesario que previamente el Regulador verifique el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de LAP.
- e. Resulta cuestionable el criterio adoptado por el Regulador en esta oportunidad, según el cual vincula la eficiencia de una inversión realizada por la Entidad Prestadora al cumplimiento de un procedimiento formal, como lo es, entre otros, el Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras³²; en lugar de a la ejecución real y efectiva de la inversión en el noveno contenedor, la cual se realizó en el año 2018, siendo que dicha Facilidad Esencial no solo estuvo disponible desde mayo de dicho año, sino que los usuarios intermedios se “beneficiaron de su uso efectivamente” desde el mes de octubre.
- f. Este criterio no ha sido utilizado anteriormente por el Regulador para la determinación de los cargos de acceso vinculados a las Facilidades o Servicios Esenciales. La interpretación realizada por el Regulador de los artículos del REMA, resulta contraria al principio de Predictibilidad y de la Buena Fe, no solo por ser contradictorio con el comportamiento del Regulador, sino porque dicho criterio no tiene ningún sustento económico ni legal válidos, lo cual implica también una transgresión al Principio de Buena Fe procedimental.

³² Al respecto, el Concesionario manifiesta que el reconocimiento de inversiones en Mejoras es un procedimiento administrativo no vinculante con la determinación del Cargo de Acceso puesto que no hay marco legal que lo vincule ni justifique.

De igual modo, la actuación del Regulador en el presente procedimiento resulta arbitraria y contraria al Principio de Buena Fe, toda vez que ha adoptado este nuevo criterio dentro de un procedimiento ya iniciado, es decir, dentro del procedimiento de emisión del Mandato de Acceso. Si el Regulador considera necesario efectuar un cambio de criterio aplicable a la determinación del cargo de acceso de un Servicio Esencial, bajo el Principio de Buena Fe, Transparencia y Predictibilidad debió publicarlo/ notificarlo previamente a las Entidades Prestadoras, en lugar de “cambiar las reglas de juego” en el marco de un procedimiento en trámite.

- g. Al aplicar este criterio, el Regulador estaría desincentivando la ejecución de inversiones de las Entidades Prestadoras en general, toda vez que las inversiones en Mejoras efectivamente realizadas no se pondrían en uso eficiente de los usuarios sino solo hasta el momento en que el Regulador formalice el reconocimiento de dichas inversiones. De esta manera, se estaría vulnerando el principio de *“Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura”* contemplado en el literal b) del artículo 27 del REMA.
 - h. La inversión efectuada por LAP fue realizada en el mes de mayo de 2018 y registrada contablemente en julio del mismo año; por lo que resulta poco razonable desde el punto de vista económico que se considere la inversión desde mayo de 2019, fecha en la cual se aprobaron formalmente las inversiones efectuadas y que, de manera errónea, el Regulador está tomando en cuenta para considerar su ejecución.
 - i. Es ampliamente conocido que, en el último factor de productividad, tanto LAP como el Ositrán coincidieron en que hubo una ganancia de eficiencia en la última revisión. Así, tanto la teoría económica como la experiencia de revisión tarifaria coinciden en que el mecanismo de precio tope genera los incentivos para maximizar beneficios y, por ende, tener costos económicamente eficientes, al igual que un mercado de competencia perfecta.
90. Sobre la base de estas premisas, el Concesionario señaló que el criterio adoptado por el Ositrán en dicha oportunidad no resultaba razonable ni se encontraba debidamente sustentado; agregando que de esta manera no estaría permitiendo a LAP recuperar costos económicamente eficientes y, por tanto, no cumpliría con lo establecido en el artículo 27 del REMA.
91. Con respecto a los cuestionamientos señalados en los **literales a, b, c y d** precedentes, es preciso señalar que, para la formulación del Cargo de Acceso en el presente caso, el Regulador ha observado el cumplimiento de las cláusulas 5.7, 5.10 y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión. Asimismo, cabe indicar que los argumentos planteados en dicha oportunidad han sido reiterados en el marco del presente procedimiento por el Concesionario; de tal manera que el análisis de estos se encuentra desarrollado en los acápites i), ii) y iv) de la presente sección del informe.
92. En cuanto a los cuestionamientos señalados en el **literal e** precedente, estos también han sido reiterados por el Concesionario en el marco del presente procedimiento, siendo que el análisis de estos se encuentra desarrollado en el acápite iii) de la presente sección del informe.
93. Con relación a los cuestionamientos señalados en el **literal f** precedente, respecto de que se trataría de un criterio no empleado anteriormente por el Regulador y que, en consecuencia, estaría vulnerado los Principios de Predictibilidad y Buena Fe, cabe indicar que el criterio empleado en el presente caso se encuentra precisamente en línea con el criterio adoptado por el Regulador a través de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 037-2019-CD-OSITRAN y N° 009-2020-CD-OSITRAN, confirmadas a través de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN y 0034-2020-CD-OSITRAN, respectivamente. Sin perjuicio de ello, con relación a este punto, resulta

oportuno remitirnos al análisis desarrollado en el acápite v) de la presente sección del informe.

94. Con relación al comentario de LAP señalado en el **literal g** precedente, respecto de que el criterio en cuestión estaría desincentivando la ejecución de inversiones, debemos recordar que, de acuerdo con la cláusula 5.6 del Contrato de Concesión, es responsabilidad del Concesionario realizar las Mejoras, conforme a lo establecido en el Anexo 6 (Propuesta Técnica) y a los Requisitos Técnicos Mínimos indicados en el Anexo 14, con sujeción a lo dispuesto en la cláusula 5 de dicho contrato.
95. En ese marco, es una obligación contractual del Concesionario planificar, informar y someter a la aprobación del OSITRAN, de manera oportuna, la documentación previa (planes de inversión), así como la obra ejecutada -en virtud de dichos planes-, de acuerdo con los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión. En tal sentido, debe desestimarse el alegato del Concesionario en el extremo que, en el presente caso, se estaría vulnerando el principio de *“Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura”* contemplado en el literal b) del artículo 27 del REMA.
96. En cuanto al argumento señalado en el **literal h** precedente, debemos indicar que este está referido específicamente a la forma como se incluyó en el flujo de caja la inversión realizada por LAP, lo cual no resulta aplicable al presente caso.
97. Por último, con relación al comentario de LAP señalado en el **literal i** precedente, cabe recordar que el mecanismo de regulación de Precios Tope invocado por el Concesionario no es empleado para la determinación de los cargos de acceso, sino únicamente para los servicios finales de TUUA, Aterrizaje y Despegue, Estacionamiento de Naves, Uso de Mangas y Uso de Instalaciones de Carga Aérea, en los cuales la empresa posee incentivos para la minimización de los costos.
98. A diferencia de ello, el artículo 27 del REMA establece que el criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos **económicos eficientes** de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura. En ese marco, en el presente caso, conforme ha sido expuesto ampliamente, el Regulador ha evaluado todos los costos y gastos en inversiones asociados a la Facilidad Esencial de Oficinas Ejecutivas y Almacén Ejecutivo, observando obligaciones del Concesionario contenidas en el Contrato de Concesión.
99. Por lo demás, en la medida que el Concesionario ha hecho una simple remisión a los argumentos que presentó en el recurso de reconsideración que interpuso frente a la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2019-CD-OSITRAN, a efectos de que dichos argumentos sean considerados también en el presente caso sobre emisión de Mandato de Acceso para prestar el servicio esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Almacén y Oficinas Ejecutivas), corresponde remitirse también a los fundamentos que sobre esta materia se expuso en el Informe N° 0027-19-GRE-OSITAN que sustentó y forma parte integrante de la Resolución N° 0042-2019-CD-OSITRAN, a través de la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037 2019-CD-OSITRAN³³.
100. En consecuencia, corresponde **desestimar** los cuestionamientos que ha formulado LAP en este extremo.

³³ La Resolución N° 0042-2019-CD-OSITRAN y sus adjuntos puede encontrarse en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1839874/042-2019-cd-ositran.pdf>

- **Argumentos que expuso LAP en el recurso de reconsideración que interpuso contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN**

101. En el Escrito N° 1 de fecha 5 de marzo de 2020, que el Concesionario ha adjuntado a su recurso de impugnación, este presentó cuatro cuestionamientos referidos a las inversiones:

- a. El Concesionario ha venido cumpliendo sus obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, y si así no se hubiera dado, habría intervenido el Regulador en el marco de las funciones que ejerce. La función supervisora que realiza el Ositrán no solo implica la aprobación de los expedientes de Etapas de Desarrollo, sino las inspecciones *in situ* que realizan los supervisores, así como la aprobación previa de los documentos técnicos que conforman un proyecto determinado y que luego forman parte del referido expediente. En ese contexto, la presentación formal de un expediente de Etapa de Desarrollo para cumplir con el “trámite administrativo” recogido en la Directiva de Inversiones en Mejoras no quiere decir que recién ahí el Ositrán verifica el cumplimiento de los RTM.
- b. El REMA no establece como condición o criterio para determinar el Cargo de Acceso, el reconocimiento de una inversión conforme al procedimiento establecido en la Directiva de Inversiones en Mejoras, ni el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión contempladas en las cláusulas 5.7, 5.10 y en el Anexo 14 de dicho instrumento. Del artículo 26 del REMA no se desprende tampoco que, para mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura, el Regulador haya verificado el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de LAP.

Resulta cuestionable el criterio adoptado por el Regulador según el cual vincula la eficiencia de una inversión realizada por la Entidad Prestadora al cumplimiento de un procedimiento “administrativo formal”, y no a la ejecución real y efectiva de la inversión, que además ya está puesta en operación.

- c. Hubo inversión efectuada y ejecutada por LAP desde el año 2018, siendo que los Usuarios Intermedios se beneficiaron con su uso desde 2018 y 2019; por lo que resulta poco razonable desde el punto de vista económico que las inversiones realizadas en dichos años no sean consideradas por el Regulador, por no haberse concluido formalmente con los procedimientos de Etapas de Desarrollo.

Este criterio no ha sido utilizado anteriormente por el Regulador para la determinación de cargos de acceso vinculados a las Facilidades o Servicios Esenciales, salvo en el caso del Mandato correspondiente a los Almacenes de Equipaje Rezagado.

- d. Lo señalado por el Consejo Directivo del Ositrán resulta contrario al principio de Predictibilidad y de la Buena Fe, no solo por ser contradictorio con el comportamiento previo del Regulador, sino porque el nuevo criterio que resulta de la nueva lectura que hace Ositrán de los artículos del REMA y del Contrato de Concesión, no tiene ningún sustento económico ni legal válidos; lo cual implica también una evidente transgresión al Principio de Buena Fe procedimental.

De la lectura que hace el Consejo Directivo del Ositrán del artículo 26 del REMA en relación con lo dispuesto en el Contrato de Concesión y en la Directiva, ha incurrido en una contradicción manifiesta respecto de su comportamiento anterior, lo cual implicaría una vulneración del principio de Predictibilidad y Confianza Legítima.

La actuación de Ositrán en el presente procedimiento resulta arbitraria y contraria al principio de Buena Fe, toda vez que el Regulador ha adoptado este nuevo criterio dentro de un procedimiento ya iniciado. Si el Regulador considera necesario efectuar un cambio de criterio aplicable a la determinación del Cargo de Acceso de un Servicio Esencial; bajo el Principio de Buena Fe, Transparencia y Predictibilidad debió publicarlo/notificarlo previamente a las Entidades Prestadoras; y no cambiar las reglas de juego en el marco de un procedimiento en trámite.

102. Con respecto al **literal a** precedente, cabe indicar que los argumentos planteados en el recurso de reconsideración que presentó contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN han sido reiterados en esta ocasión por el Concesionario; de tal manera que el análisis de estos se encuentra desarrollado en el acápite i) de la presente sección del informe.
103. En cuanto a los cuestionamientos señalados en el **literal b** precedente, estos también han sido reiterados por el Concesionario en esta ocasión, siendo que el análisis de estos se encuentra desarrollado en el literal ii) de la presente sección del informe.
104. Con relación a los cuestionamientos señalados en el **literal c** precedente, respecto de que se trataría de un nuevo criterio, cabe reiterar que el criterio que ha aplicado el Regulador en el presente caso se encuentra precisamente en línea con el criterio adoptado por el Regulador en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 037-2019-CD-OSITRAN y N° 009-2020-CD-OSITRAN, confirmadas mediante las Resoluciones N° 0042-2019-CD-OSITRAN y 0034-2020-CD-OSITRAN, respectivamente, en concordancia con el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima. Sin perjuicio de ello, con relación a este punto, resulta oportuno remitirnos al análisis desarrollado en el acápite v) de la presente sección del informe.
105. Asimismo, en lo que concierne a que la inversión ya fue efectuada y solo estaría pendiente de concluir un procedimiento “formal”, cabe indicar que dichos argumentos han sido reiterados también en esta ocasión por el Concesionario; de tal manera que el análisis de estos se encuentra desarrollado en los acápites i), ii) y iv) de la presente sección del informe.
106. Por último, con relación al comentario de LAP señalado en el **literal d** precedente, respecto de que se trataría de un criterio no empleado anteriormente por el Regulador y que, en consecuencia, estaría vulnerado el principio de Predictibilidad y el de la Buena Fe; debemos reiterar que el criterio que ha aplicado el Regulador en el presente caso se encuentra precisamente en línea con el criterio adoptado por el Regulador en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 037-2019-CD-OSITRAN y N° 009-2020-CD-OSITRAN, confirmadas mediante las Resoluciones N° 0042-2019-CD-OSITRAN y 0034-2020-CD-OSITRAN, respectivamente, en concordancia con el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima. Sin perjuicio de ello, con relación a este punto, resulta oportuno remitirnos al análisis desarrollado en el acápite v) de la presente sección del informe.
107. Por lo demás, en la medida que el Concesionario ha hecho una simple remisión a los argumentos que presentó en el recurso de reconsideración que interpuso frente a la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN, a efectos de que dichos argumentos sean considerados también en el presente caso sobre emisión de Mandato de Acceso para prestar el servicio esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Almacén y Oficinas Ejecutivas), corresponde remitirse también a los fundamentos que sobre esta materia se expuso en Informe Conjunto N° 00073-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) que sustentó y forma parte integrante de la Resolución N° 0034-2020-CD-OSITRAN, a través de la cual se declaró

infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN³⁴.

108. En consecuencia, corresponde **desestimar** los cuestionamientos que ha formulado LAP en este extremo.

III.2.2. Sobre la aplicación de penalidades

109. En su recurso de reconsideración, LAP manifiesta que su propuesta de aplicar las penalidades de manera diaria, constituye un mecanismo contractual que permite desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del Usuario Intermedio. Al respecto, el Concesionario sostiene que, si bien dicha propuesta no fue aceptada en el Mandato de Acceso a las facilidades esenciales de Oficina y Almacén Ejecutivo, en el Mandato de Acceso a las facilidades esenciales de Oficinas Operativas Área Gris dictado en la misma fecha, sí se aprobó su propuesta de aplicar las penalidades de manera diaria; atendiendo a ello, LAP considera que en aplicación de los principios de uniformidad, predictibilidad y confianza legítima, se debe establecer el mecanismo de penalidad diaria en ambos mandatos. Adicionalmente, LAP afirma que su propuesta es razonable y justificada dado que existen varios casos de incumplimientos por parte de los Usuarios Intermedios.

Análisis de las Gerencias

110. Respecto a lo señalado por LAP, cabe recordar que la actuación de OSITRAN a través de la emisión de Mandatos de Acceso es supletoria a la voluntad de las partes y su intervención se da ante la falta de acuerdo de éstas sobre los cargos o condiciones del Contrato de Acceso, recogiendo lo establecido en el proceso de negociación y que se encuentre reflejado en las actas; ello, de conformidad con el artículo 45 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias (en adelante, REMA).
111. En tal sentido, considerando que el numeral 22.1 de la cláusula vigésimo segunda del Mandato de Acceso de Oficinas Operativas Área Gris aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00038-2022-CD-OSITRAN, las partes no manifestaron su desacuerdo respecto a la aplicación de la penalidad diaria, Ositrán recogió el texto de la cláusula propuesta en el Mandato de Acceso respetando la voluntad de las partes.
112. Por otro lado, para el caso del Mandato de Acceso de Área de Mantenimiento Ejecutivo, ante desacuerdo entre las partes, Ositrán evaluó los argumentos expuestos por LAP y por el Usuario Intermedio, concluyendo lo señalado en el Informe Conjunto N° 0105-2022-IC-OSITRAN, y sobre el cual, reiteramos nuestra posición, por tanto, corresponde declarar infundado lo solicitado por LAP, en este extremo.

III.3. Análisis de los argumentos del recurso interpuesto por Latam

113. Mediante Escrito N° 2, recibido el 17 de octubre de 2022, Latam, interpuso un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN, en el cual se cuestiona los siguientes aspectos:

³⁴ La Resolución N° 0034-2020-CD-OSITRAN y sus adjuntos puede encontrarse en: <https://www.ositran.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2020/07/034-2020-cd.pdf>

III.3.1. Sobre el plazo de vigencia del Mandato de Acceso

114. Latam cuestiona el plazo de vigencia del Mandato de Acceso por contravención al principio de predictibilidad y confianza legítima, toda vez que el periodo establecido es inferior a tres años, pese a que existen antecedentes administrativos en los que el plazo de vigencia mínimo era de tres años; sobre el particular, Latam alega que el Ositrán ha brindado un sustento insuficiente respecto de la decisión adoptada.
115. Igualmente, Latam sostiene que se contraviene el principio de eficiencia pues se estaría sobreponiendo un proceso de negociación de acceso -y sus costos asociados- cuando aún no se tenga infraestructura operativa; asimismo, Latam refiere que es probable que, al término del plazo establecido, todavía no se cuente con la nueva infraestructura en el AIJC, por lo que se estarían negociando cargos de acceso sin respetar el principio de plena información aludido por el Ositrán como fundamento de su decisión.
116. Adicionalmente, Latam manifiesta que LAP estaría actuando como juez y parte al haberse establecido en el Mandato de Acceso que la eventual ampliación del periodo de vigencia debe ser inicialmente evaluada por el Concesionario y con posterioridad recién intervendría el Ositrán.

Análisis de las Gerencias

117. El artículo 45 del REMA establece lo siguiente:

“Artículo 45.- Contenido del Mandato de Acceso.

El Mandato de Acceso recogerá los términos acordados en el proceso de negociación de los Contratos de Acceso y la determinación de OSITRAN sobre las otras condiciones no acordadas. En los casos de subasta, el Mandato de Acceso contendrá los términos señalados en las bases de este proceso.”

Énfasis agregado.

118. En aplicación del citado artículo, los mandatos de acceso emitidos por el Ositrán comprenden, de un lado, los términos acordados por las partes durante el periodo de negociación y, de otro lado, la determinación del Ositrán sobre las condiciones en las que las partes no arribaron a un acuerdo.
119. Ahora bien, los mandatos de acceso dictados de manera previa por el Ositrán -con un plazo de vigencia no menor de tres años- fueron emitidos recogiendo la regla consensuada entre las partes respecto del periodo durante el cual mantendrían la relación de acceso, periodo que no fue materia de evaluación por el Regulador. En ese sentido, en los mandatos de acceso referidos por Latam no se determinó la aplicación de un plazo de vigencia en particular, sino que, en aplicación del artículo 45 del REMA, se incluyó en el mandato de acceso el periodo fijado por las partes en la negociación.
120. A diferencia de los mandatos de acceso anteriores, en el presente Mandato de Acceso, se observa que el Concesionario y el Usuario Intermedio no llegaron a un acuerdo en la etapa de negociaciones respecto al plazo de vigencia; por tanto, es competencia del Regulador determinarlo sobre la base de la evaluación de los argumentos expuestos por las partes respecto de sus posiciones discrepantes, tal como se efectuó en el Informe N° 0105-2022-IC-OSITRAN que sustentó el Mandato de Acceso.

121. Por lo tanto, al ser distintos los casos mencionados por el Usuario Intermedio, carece de asidero señalar que en el presente caso se esté afectando los principios de predictibilidad y confianza legítima, toda vez que no se puede considerar a tales pronunciamientos previos como decisiones del Ositrán en torno al plazo de vigencia idóneo aplicable a los mandatos de acceso. En efecto, en el presente caso en que las partes no consensuaron un plazo, existe una fecha cierta para que LAP, en cumplimiento de la obligación establecida en el Contrato de Concesión, inicie operaciones en el nuevo terminal de pasajeros y el actual deje de operar; por tanto, las condiciones para el uso y aprovechamiento de las facilidades esenciales se encuentran vinculadas con una fecha que constituyó el sustento para determinar el plazo de vigencia: 31 de diciembre de 2024, dejando abierta la posibilidad de una ampliación de plazo siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, como la entrada en operación del nuevo terminal.
122. Por otro lado, respecto a lo señalado por Latam con relación a que *“el uso de las nuevas facilidades esenciales coincidirá con el final del periodo de negociación de los nuevos mandatos de acceso”*, cabe indicar que LAP tiene como obligación que el inicio de operaciones en el nuevo terminal de pasajeros sea máximo el 31 de enero de 2025; por tanto, para esa fecha ya debería estar próximo a culminar el periodo de negociación para el uso de las nuevas facilidades esenciales de acuerdo con las nuevas condiciones que sean establecidas para dicha infraestructura. Siendo así, lo alegado por el Usuario Intermedio no amerita el establecimiento de un plazo de vigencia de tres años, dado que el plazo culminaría en setiembre de 2025 aproximadamente, excediéndose la fecha prevista para el inicio de operación del nuevo terminal.
123. Asimismo, respecto al cumplimiento de los plazos para la entrega del nuevo terminal por parte de LAP, Ositrán no puede presuponer que el Concesionario no va a cumplir con entregar el nuevo terminal en la fecha establecida en el Contrato de Concesión y utilizar ese escenario para la fijación de las condiciones de un Mandato de Acceso como el plazo de vigencia. En aplicación del Principio de Buena Fe Contractual, en opinión del Ositrán, la fecha de entrada en operación del nuevo terminal es la fecha establecida en el Contrato de Concesión y sobre la cual se debe regir el Mandato de Acceso.
124. Como se mencionó en el Informe N° 0105-2022-IC-OSITRAN, en el supuesto negado que LAP no cumpla con iniciar operaciones en el nuevo terminal en la fecha establecida en el Contrato de Concesión, indistintamente a las penalidades que se encuentre sujeto el Concesionario por dicho incumplimiento, en la cláusula cuarta del Mandato de Acceso dictado se contempla la posibilidad de ampliar su vigencia hasta el inicio de operaciones en el nuevo terminal. Sobre el particular, es oportuno resaltar que el parámetro establecido para la ampliación del plazo es objetivo y depende del inicio de operaciones; en esa medida, si bien LAP evalúa la solicitud de ampliación de la vigencia del Mandato de Acceso, la decisión respecto de la aprobación de la ampliación compete al Ositrán.
125. Finalmente, es pertinente reiterar lo señalado en el Informe 0105-2022-IC-OSITRAN, respecto a la aplicación del principio de plena información; en ese sentido, si a la fecha de inicio de las negociaciones por el cargo de acceso a las facilidades esenciales en el nuevo terminal no se cuenta con la información necesaria y suficiente para tal efecto, en aplicación del referido principio, se evaluará una ampliación al plazo de vigencia del Mandato de Acceso hasta que se den las condiciones necesarias para la determinación de los cargos de acceso.
126. Por lo antes expuesto, **deben desestimarse los argumentos** formulados por Latam **en este extremo de su recurso**.

III.3.2. Sobre el pago diferido de la Retribución al Estado en el cálculo de los Cargos de Acceso

127. Latam cuestiona que en el cálculo de los Cargos de Acceso no se está considerando el pago diferido de la Retribución al Estado.

OSITRAN sostiene que el “Acta de Acuerdos de Apoyo del Concedente por el Evento de Fuerza Mayor” suscrito entre el Ministerio de Transporte y Comunicación y LAP (05 de febrero de 2021) no debería tener ningún impacto en la determinación del cargo de acceso se indica que las aerolíneas. Sobre el particular ponemos a su consideración, los siguientes comentarios:

- 1) *El pago diferido de la retribución al Estado es sobre el monto total de la retribución que le correspondería pagar al Estado Peruano en los años 2020, 2021, 2022, 2023 y 2024. EN NINGUNA PARTE DEL ACUERDO SE INDICA O PRECISA QUE EL PAGO DIFERIDO SÓLO SE APLICARÁ PARA SERVICIOS DETERMINADOS O ESPECÍFICOS. En efecto, en la Cláusula Cuarta del referido Acuerdo se afirma lo siguiente:*

“CLAUSULA CUARTA: TERMNOS DE ACUERDO

Las PARTES acuerdan diferir temporalmente el cumplimiento de la obligación de la oportunidad de pago de la Retribución del Estado, prevista en la Cláusula 4.1 del CONTRATO DE CONCESION, que corresponden desde el primer trimestre de 2020 hasta el segundo trimestre de 2022, según el cronograma del Anexo N°01 de la Cláusula DecimoTercera de la presente Acta2”.

Como desprende de la redacción de la Cláusula, el pago diferido se aplica a toda la retribución que es pagada por el Concesionario y no está condicionada a un servicio determinado.

- 2) En la Cláusula 10.4 del referido Acuerdo se establece lo siguiente

“El CONCESIONARIO se compromete a continuar haciendo sus mejores esfuerzos para brindar apoyo y/o facilidades a los Operadores Aéreos, como las detalladas en el Anexo N°2 de la Cláusula Décimo Tercera de la presente Acta, durante la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional como consecuencia de la pandemia COVID-19”.

De la lectura de la referida cláusula queda claro que la lista establecida en el Anexo 2 es no taxativa, es decir, existe la posibilidad que LAP amplíe las facilidades que otorga a los operadores aéreos. Esta afirmación se sustenta en la redacción de la cláusula cuando dice “...como los detallados en el Anexo N°2 de la Cláusula Décimo Tercera de la presente Acta...”

(...)

- 3) *Adicionalmente, el hecho que en el Acuerdo se establezca que LAP pueda otorgar “facilidades” sobre determinados servicios aeroportuarios (Anexo 2 del Acuerdo), no implica que deje de aplicar este “pago diferido” al resto de servicios aeroportuarios que presta. Es decir, LAP aplicará este beneficio sobre el monto total de la retribución, tal y como lo señala la Cláusula 10.4.*
- 4) *El pago diferido de la retribución no queda limitada a los servicios que están detallados en el Anexo N°2 del Acta de Acuerdos en cuestión, sino que se aplica a todos los servicios, tal y como se señala en la cláusula cuarta del referido acuerdo. Por lo tanto, resulta consistente incluir dicha postergación en los flujos de caja de todos los servicios aeroportuarios que son brindados por LAP.*

De otra parte, LAP puede utilizar este beneficio, siempre y cuando, cumpla con las condiciones pactadas en el referido Acuerdo. En este marco, en el Anexo N°1 se encuentra el “Cronograma de Pagos de la Retribución Diferida”, el cual, según la Cláusula SEXTA (Pago) del Acuerdo establece los plazos para realizar los pagos. En efecto, la referida Cláusula señala lo siguiente:

“El procedimiento de pago se realizará conforme a lo establecido en el Artículo 14 del Reglamento para el pago de Retribución al Estado de OSITRAN, y de acuerdo a los plazos establecidos en el cronograma del Anexo N°01 de Cláusula Decimo Tercera de la presente Acta”.

- 5) *En consecuencia, nos reafirmamos en la posición que en la determinación del cargo de acceso debe considerarse el Acta de Acuerdos en cuestión*

Análisis de las Gerencias

128. Sobre el particular, es necesario señalar que, durante el curso del procedimiento de emisión de Mandato de Acceso, Latam cuestionó que no se haya considerado en el cálculo de los Cargos de Acceso la postergación del pago de la Retribución al Estado, sobre la base del “Acta de Acuerdos de Apoyo del Concedente por el Evento de Fuerza de Mayor” (en adelante, el Acta de Acuerdos) suscrita entre LAP y el Concedente, el día 05 de febrero de 2022, a través de la cual se estableció un pago de diferido de la Retribución al Estado.
129. Al respecto, en el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN, se desestimó el comentario de Latam señalándose que no existía fundamento para incorporar en el cálculo del Cargo de Acceso de las Oficinas Ejecutivas a la Retribución al Estado diferida; ello debido a que el Acta de Acuerdos fue suscrita en el marco de una disposición establecida en el Contrato de Concesión y su objetivo era garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el AIJCh.
130. Dicho esto, a continuación, se procede a realizar precisiones con relación a lo expuesto por Latam.
131. En primer lugar, Latam señala que el pago diferido de la retribución al Estado es sobre el monto total de la Retribución que le correspondería pagar al Estado Peruano en los años 2020, 2021, 2022, 2023 y 2024. Sobre este primer punto, cabe mencionar que lo señalado por Latam no es exacto, pues en la cláusula cuarta del Acta de Acuerdos se menciona de manera expresa que el pago diferido de la Retribución al Estado se realiza por la Retribución que corresponde al periodo comprendido entre el primer trimestre del 2020 y el segundo trimestre del 2022. Asimismo, en el Anexo 1 del Acta de Acuerdos se presenta el cronograma del pago de la Retribución diferida, el cual establece los plazos máximos de pago, que van desde el último día del mes de julio de 2022 al último día del mes de abril de 2024, como se aprecia en la siguiente tabla.

Tabla 3: Cronograma de pagos de retribuciones diferidas

N°	Retribución	Fecha máxima de pago sin acta	Plazo diferido	Fecha máxima de pago sin acta
1	I trimestre 2020	Último día del mes de abril de 2020	9 trimestres	Último día del mes de julio de 2022
2	II trimestre 2020	Último día del mes de julio de 2020	8 trimestres	Último día del mes de julio de 2022
3	III trimestre 2020	Último día del mes de octubre de 2020	7 trimestres	Último día del mes de julio de 2022
4	IV trimestre 2020	Último día del mes de enero de 2021	7 trimestres	Último día del mes de octubre de 2022
5	I trimestre 2021	Último día del mes de abril de 2021	7 trimestres	Último día del mes de enero de 2023
6	II trimestre 2021	Último día del mes de julio de 2021	7 trimestres	Último día del mes de abril de 2023
7	III trimestre 2021	Último día del mes de octubre de 2021	7 trimestres	Último día del mes de julio de 2023
8	IV trimestre 2021	Último día del mes de enero de 2022	7 trimestres	Último día del mes de octubre de 2023
9	I trimestre 2022	Último día del mes de abril de 2022	7 trimestres	Último día del mes de enero de 2024
10	II trimestre 2022	Último día del mes de julio de 2022	7 trimestres	Último día del mes de abril de 2024

Fuente: Anexo 1 del Acta de Acuerdos.

132. Como se aprecia, de acuerdo con el Acta de Acuerdos, el pago de la retribución diferida puede realizarse hasta el último día de abril de 2024, pero solamente puede diferirse el pago de la Retribución que le correspondía pagar a LAP en el periodo comprendido entre el primer trimestre del 2020 y el segundo trimestre del 2022.
133. De otro lado, Latam también señala que, el pago diferido de la Retribución se debe aplicar al pago de la Retribución de todos los servicios y no solo a los servicios mencionados en el Anexo 2 del Acta de Acuerdos. Por lo que, considera consistente incluir dicha postergación en los flujos de caja de todos los servicios aeroportuarios que son brindados por LAP, reafirmando así su posición de incluir el pago de la Retribución diferida en el cálculo de los Cargos de Acceso.
134. Así pues, de lo señalado por Latam se infiere que, a su juicio, el Regulador descartó la propuesta de Latam³⁵ de incluir en el flujo de caja del cargo de acceso el pago diferido de la Retribución, bajo el entendido de que el beneficio pactado por las Partes solo se aplicaría a determinados servicios listados en el Anexo 2 del Acta de Acuerdos y no a la Retribución total. En ese sentido, sus argumentos se centran en que el Ositrán advierta que el pago diferido aplica al 100% de la retribución y no a servicios individuales.
135. Al respecto, debe indicarse que en el numeral 1.52 del Contrato de Concesión, la Retribución es definida de la siguiente manera:

³⁵ Esta propuesta de Latam fue presentada en la etapa de comentarios, la cual fue remitida mediante adjunto la Carta S/N de fecha 10 de agosto de 2022.

1.52. “Retribución” significará el monto a ser pagado trimestralmente, de acuerdo al año calendario, al Concedente a través de OSITRAN, por el Concesionario, y que será la cantidad mayor de las siguientes: (a) el resultado de aplicar el Porcentaje a los Ingresos Brutos del trimestre correspondiente, o (b) US\$3'000,000.00 (tres millones de Dólares) por cada trimestre durante los primeros tres (3) años de Vigencia de la Concesión, US\$3'500,000.00 (tres millones quinientos mil Dólares) por cada trimestre durante los años cuarto, quinto y sexto de Vigencia de la Concesión, y US\$3'750,000.00 (tres millones setecientos cincuenta mil Dólares) por cada trimestre durante los años séptimo y octavo de Vigencia de la Concesión. A partir del noveno año de Vigencia de la Concesión OSITRAN calculará esta cantidad mínima de modo que sea igual en valores constantes a US\$3'750,000.00 (tres millones setecientos cincuenta mil Dólares) trimestrales, ajustados de acuerdo al índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de Norteamérica (Consumer Price Index), publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales (the Bureau of Labor Statistics), sobre bases anuales acumulativas. Durante el primer y último Año de Concesión deberá efectuarse un pago proporcional a los días transcurridos hasta el último día de cada uno de esos años, a efectuarse precisamente el último Día Útil del mes inmediatamente siguiente de cada uno de esos años.

[El énfasis y subrayado es nuestro].

136. En efecto, como se aprecia en dicha disposición contractual, conocida por el Regulador, el pago de la Retribución se calcula considerando los ingresos brutos o un monto fijo, dependiendo del valor que sea mayor; es decir, la Retribución no es pagada por separado por cada uno de los servicios que brinda LAP, sino de manera agregada.
137. Al respecto, es importante indicar que en ningún punto del Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN, Ositrán ha indicado lo contrario. En efecto, tal como se indicó en los numerales 174 al 178 del Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN, el Regulador tomó en cuenta que el objeto del acuerdo es cumplir con la obligación contractual del Concedente frente al Concesionario, establecida en la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión, respecto al apoyo como consecuencia del Evento de Fuerza Mayor que le permita a LAP garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el AIJCh y el cumplimiento de la puesta en operación de la segunda pista de aterrizaje y del nuevo terminal:
174. *Al respecto, cabe precisar que el Concedente y el Concesionario suscribieron el “Acta de Acuerdos de Apoyo del Concedente por el Evento de Fuerza Mayor” el 5 de febrero del año 2021. De acuerdo con la Cláusula Tercera de dicha Acta, el objeto del acuerdo es cumplir con la obligación contractual del Concedente establecida en la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión frente al Concesionario, respecto al apoyo como consecuencia del Evento de Fuerza Mayor que le permita a este último garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el AIJCh y el cumplimiento de la puesta en operación de la segunda pista de aterrizaje y del nuevo terminal.*
175. *En ese marco, las Partes acordaron diferir temporalmente el cumplimiento de la obligación de la oportunidad de pago de la Retribución al Estado, prevista en la Cláusula 4.1 del Contrato de Concesión, que corresponde desde el primer trimestre de 2020 hasta el segundo trimestre de 2022, según el cronograma establecido en la referida Acta.*
176. *Sin perjuicio de dicho acuerdo, las Partes también pactaron que el Concesionario podrá pagar de manera anticipada los importes de las Retribuciones diferidas dentro de los plazos señalados en dicho cronograma. Ciertamente, mediante la citada Acta, LAP se obligó a continuar con su deber de declarar el importe recaudado conforme al procedimiento establecido en el Artículo 8 del Reglamento para el Pago de la Retribución al Estado de Ositrán.*

177. Asimismo, el Concesionario se comprometió a continuar haciendo sus mejores esfuerzos para brindar apoyo y/o facilidades a los operadores aéreos, como los detallados en el Anexo 2 de la referida Acta, durante la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional como consecuencia de la pandemia COVID-19. En efecto, el Anexo N° 2 de la citada Acta detalla las facilidades otorgadas por el Concesionario a favor de los operadores aéreos, como consecuencia de la pandemia COVID-19 y el impacto de las disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional, las cuales incluyen:

- Descuento en la tarifa de parqueo de aeronaves;
- Descuento en la renta fija y Monto Mínimo Garantizado de espacios comerciales;
- Descuento en la renta fija de oficinas comerciales;
- Descuento en la renta fija de oficinas reguladas.

178. En virtud de lo expuesto, no existen razones fundadas para incluir el criterio planteado por Latam, de considerar la retribución diferida en el cálculo del Cargo de Acceso de las Oficinas Ejecutivas, pues el Acta invocada por Latam fue suscrita en el marco de una disposición establecida en el Contrato de Concesión con la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el AIJCh; destacándose que el Concesionario debe continuar declarando el importe recaudado conforme a las normativa aplicable. En tal sentido, se desestima el pedido (i) de Latam

138. Como se advierte de los párrafos citados, en el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN, el regulador analizó si correspondía incluir el pedido de Latam, de considerar en el flujo de caja de los cargos de acceso el pago diferido de la Retribución, y concluyó que no existían razones fundadas para ello, esto es, debido a que el Acta de Acuerdos fue suscrita en el marco de una disposición establecida en el Contrato de Concesión y su objetivo era garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de transporte aéreo en el AIJCh, y no bajo el entendido que el pago diferido de la Retribución correspondiera a determinados servicios y no al 100% de la Retribución, como indica Latam en sus recursos de reconsideración.

139. En ese sentido, y no habiéndose observado un cuestionamiento por parte de Latam sobre el fundamento bajo el cual el Regulador sustentó su decisión de no incorporar el Acta de Acuerdos en el cálculo de los Cargos de Acceso de las Oficinas Ejecutivas a la Retribución al Estado diferida, se ratifica la posición de que no existen razones fundadas para incluir el Pago diferido de la Retribución en el flujo de caja de los Cargos de Acceso.

140. En virtud de lo expuesto, **se desestiman** los argumentos formulados por Latam evaluados en este acápite.

III.3.3. Sobre las inversiones proyectadas consideradas en el cargo de acceso de las Oficinas Ejecutivas

141. Latam señala que en el Informe N° 0079-2022-GRE-OSITRAN no se detalla el presupuesto de obra de las inversiones proyectadas en el año 2022, consideradas en el cálculo del cargo de acceso de las Oficinas Ejecutivas .

*En la propuesta realizada a LATAM, LAP consignó una inversión inicial de USD 15,200 para el año 2021, posteriormente, LAP presentó un reajuste en su propuesta que es aceptada por OSITRAN. Es decir, para el año 2022, LAP consigna que su inversión nueva será de USD 40,165. **En el informe presentado por OSITRAN no se detalla el presupuesto de la obra.***

[El énfasis y subrayado es nuestro].

Análisis de las Gerencias

142. Sobre el particular, es necesario señalar que, durante el curso del procedimiento de emisión de Mandato de Acceso, Latam cuestionó el monto de las inversiones proyectadas consideradas en el cálculo del cargo de acceso de las Oficinas Ejecutivas (USD 14 737 para la Oficina 1 y de USD 25 428 para la Oficina 2 en el año 2022), señalando que el monto de inversiones debería ser USD 15 200 y debía ejecutarse en el año 2021, tal como está en la propuesta que LAP les remitió.
143. Al respecto, en el Informe N° 00079-2022-GRE-OSITRAN se desestimó el comentario de Latam señalándose que LAP sustentó la actualización de los montos de las inversiones programadas, los cuales habían sido incorporados en el Plan de Diseño de Trabajo-Presupuesto Programa de Inversiones 2022 (en adelante, PDT-PPI 2022).
144. Dicho esto, debe indicarse que Latam, en su recurso de reconsideración, no está cuestionando el monto de las inversiones programadas a realizarse en las Oficinas Ejecutivas consideradas en el cálculo del cargo de acceso, sino solamente mencionan que en el Informe N° 0079-2022-GRE-OSITRAN no se detalla el presupuesto de obra de las mencionadas inversiones.
145. Al respecto, tal como se indicó en los numerales 120, 121 y 122 del Informe N° 0079-2022-GRE-OSITRAN, LAP envió una actualización de los montos de las inversiones proyectadas a realizar en las Oficinas Ejecutivas, precisando que dichos montos estaban incluidos en el PDT-PPI 2022. Dado el sustento remitido, dichas inversiones se consideraron en el cálculo de los Cargos de Acceso de las Oficinas Ejecutivas.

120. *En cuanto a las inversiones proyectadas, la Propuesta de LAP consideraba en el año 2021 una inversión de USD 8 500 en la Oficina Ejecutiva 1, y un monto de USD 32 128 en la Oficina Ejecutiva 2. Al respecto, **mediante la Carta N° C-LAP-GCC-2022-0070 , LAP indicó que dichas inversiones fueron reprogramadas para el año 2022; asimismo, señaló que la inversión en la Oficina 1 asciende a USD 14 737 y de la Oficina 2 a USD 25 428***
121. *Al respecto, mediante el Oficio N°105 2022 GRE OSITRAN, entre otros, **se le solicitó a LAP que enviara copia de la hoja del Plan de Diseño de Trabajo – Presupuesto Programa de Inversiones 2022 (en adelante, PDT-PPI 2022) donde se verifiquen las inversiones que LAP tiene programadas.***
122. *En respuesta a dicho requerimiento, **mediante la Carta N° C-LAP-GSC-2022-0033, LAP envió copia de la Carta N°C-LAP-GPF-2022-0251, mediante la cual remitió a GSF la revisión 3 del PDT-PPI 2022.** En dicha comunicación, se observa que en mayo se encontraba programado un monto de inversión de USD 25 428 (que coincide con la inversión programada en la Oficina Ejecutiva 2), y en julio hay un monto programado de USD 124 572, donde LAP señala que se encuentra la inversión de USD 14 737 correspondiente a la Oficina 1. **Dado que se ha verificado que dicha información se encuentra programada en el año 2022, se incorpora en el cálculo del Cargo de Acceso de las Oficinas Ejecutivas.***

[El énfasis y subrayado es nuestro].

146. Asimismo, cabe mencionar que, en la nota pie de página 35 del Informe N° 0079-2022-GRE-OSITRAN, se indicó que aquellas inversiones por montos menores a USD 50 000 no están obligadas a pasar por el procedimiento de reconocimiento de inversiones, de acuerdo con la “Directiva para el procedimiento aplicable al reconocimiento de inversiones en Mejoras realizadas por el Concesionario en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez – AIJC”:

113. Teniendo en cuenta que LAP no ha acreditado el reconocimiento de las inversiones ejecutadas entre los años 2016 y 2021, estas no serán consideradas para la formulación del Cargo de Acceso; esto, en concordancia con lo aplicado por Ositrán (2019) y Ositrán (2020), mediante el cual se determinó que no basta con que LAP alegue que ha invertido, sino que también evidencie que ha cumplido con las disposiciones establecidas en las cláusulas 5.7, 5.10 y el Anexo 14 del Contrato de Concesión

³⁵ Cabe precisar que esto no aplica para aquellos proyectos que representen montos de inversión menores de USD 50 000, toda vez que la “Directiva para el procedimiento aplicable al reconocimiento de inversiones en Mejoras realizadas por el Concesionario en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez – AIJC” aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2021-CD-OSITRAN, establece con relación a las Etapas de Desarrollo lo siguiente:

“1.4.2. ETAPAS DE DESARROLLO:

En concordancia con lo establecido en el numeral 9.1 de la “Directiva para el Procedimiento de Revisión y Aprobación de las Etapas de Desarrollo de las Mejoras en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez – AIJC” vigente, queda establecido que los proyectos que serán presentados al Ositrán cumpliendo las etapas de desarrollo que sean aplicables, serán aquellos cuyos montos de ejecución sean iguales o mayores a US\$ 50 000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América.)”

[El énfasis y subrayado es nuestro].

147. Al respecto, dado que los montos de las inversiones proyectadas en las Oficinas Ejecutivas son menores a USD 50 000 (USD 14 737 para la Oficina 1 y de USD 25 428 para la Oficina 2), de acuerdo con la “Directiva para el procedimiento aplicable al reconocimiento de inversiones en Mejoras realizadas por el Concesionario en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez – AIJC”, estas inversiones no estarán obligadas a pasar por el procedimiento de reconocimiento, ni a cumplir con las Etapas de Desarrollo.
148. Dado que los montos de las inversiones considerados en el PDT-PPI 2022 son la mejor información disponible con la que se cuenta, estos fueron considerados en el cálculo de los cargos de acceso de las Oficinas Ejecutivas.
149. En virtud de lo expuesto, **se desestima** este argumento formulado por Latam.

III.3.4. Sobre la forma de pago de los Cargos de Acceso

150. En su recurso de reconsideración, Latam manifiesta su desacuerdo con el plazo de siete días calendario establecido para realizar el pago del cargo de acceso, debido a que su proceso interno para el pago de proveedores, aplicable de manera estandarizada a todas las sociedades que conforman el Grupo Latam, requiere entre 18 a 30 días hábiles, lo cual le imposibilita cumplir con el plazo establecido. Al respecto, Latam alega que el Ositrán no ha realizado una debida motivación, pues no ha precisado cuál sería el perjuicio que se estaría generando al adaptar el plazo de pago del cargo de acceso a su proceso interno.
151. Adicionalmente, Latam señala que el Ositrán se ha referido al artículo 1676 del Código Civil sin indicar porqué el plazo establecido en el Mandato de Acceso no constituye una barrera de entrada. Sobre el particular, Latam considera que dicho artículo faculta a las partes a establecer modalidades de pago de acuerdo con sus particularidades; sin embargo, en su caso, el plazo de siete días calendario constituye un impedimento para cumplir con el pago. En esa línea, Latam alega que el mencionado artículo es aplicable a relaciones jurídicas de índole civil, mientras que en el caso concreto se trata de un contrato regulado.

Análisis de las Gerencias

152. Con relación a los argumentos presentados por el Usuario Intermedio en su Recurso de Reconsideración, este expone reiterativamente su flujograma de pagos, precisando en su propuesta de cláusula que requiere un plazo de entre 18 a 30 días hábiles para cumplir oportunamente con el pago del cargo de acceso respectivo.
153. Al respecto, tal como se mencionó en el Informe N° 0105-2022-IC-OSITRAN, la propuesta de Latam proviene del procedimiento de pago y de las gestiones internas que tiene como compañía, tal como lo puede tener cualquier otro Usuario Intermedio que también opera en el AIJC. Sin embargo, LAP, como empresa, también cuenta con un flujo de pagos que debe de cumplir hacia sus proveedores, con plazos establecidos en función a la gestión de cobranza de éstos; por tanto, la modificación propuesta por Latam al plazo de cobranza del cargo de acceso, podría afectar la cadena de pagos de LAP. En esa línea, el plazo para el pago del cargo de acceso no se puede determinar en función al flujo de pagos de cada uno de los Usuarios Intermedios que operan en el AIJC o a las modificaciones que estos efectúen de acuerdo con sus políticas internas.
154. De otro lado, en lo concerniente a lo dispuesto por el artículo 1676³⁶ del Código Civil, efectivamente en él se contempla la posibilidad de las partes de pactar la modalidad de pago de la renta en un contrato de arrendamiento; siendo así, en la medida que el plazo de siete días para realizar el pago del cargo de acceso era una obligación establecida en las relaciones de acceso existentes entre LAP y Latam respecto de otras facilidades esenciales, se consideró razonable determinar dicho plazo para el presente caso.
155. Cabe agregar que las condiciones determinadas en el Mandato de Acceso resultan razonables al haberse establecido dentro de los alcances de las disposiciones del Código Civil, máxime considerando que, en el contexto del trámite para la emisión de cinco mandatos de acceso, Latam es la única aerolínea que ha manifestado su desacuerdo respecto de un plazo que se mantiene en Mandatos de Acceso anteriores, lo que implica que los demás Usuarios Intermedios han adecuado eficientemente su flujo de pagos de conformidad con lo acordado con LAP en la etapa de negociación.
156. Asimismo, se observa que en los Contratos de Acceso suscritos por LATAM y por otros Usuarios Intermedios bajo el mecanismo de negociación directa por acuerdo entre las partes con otras Entidades Prestadoras (Aeropuertos del Perú S.A. y Aeropuertos Andinos del Perú S.A.), el cargo de acceso se paga por mes adelantado dentro de los primeros siete (07) días calendario de cada mes, es decir, las mismas condiciones que las establecidas en el Mandato de Acceso dictado por Ositrán.
157. Lo anterior evidencia que esta cláusula no constituye barreras al acceso. La casuística demuestra que los usuarios intermedios se encuentran operando bajo las mismas condiciones y en las diferentes Entidades Prestadoras aeroportuarias, sin haber manifestado su alguna dificultad operativa en lo que respecta al plazo para el pago del cargo de acceso, a excepción de Latam.
158. Por lo antes expuesto, **deben desestimarse los argumentos** formulados por Latam **en este extremo de su recurso**.

III.3.5. Sobre la realización de actividades diferentes al objeto del Mandato

³⁶ Código Civil:
"Artículo 1676.- El pago de la renta puede pactarse por períodos vencidos o adelantados. A falta de estipulación, se entiende que se ha convenido por períodos vencidos."

159. En su recurso de reconsideración, Latam expresa su desacuerdo con lo dispuesto en el Mandato de Acceso sobre la desocupación del área, cuando se verifique que el Usuario Intermedio se encuentra realizando actividades diferentes al objeto del Mandato. Sobre el particular, Latam refiere que el Ositrán no se ha pronunciado respecto del desequilibrio contractual que dicha regla implica al permitir que LAP determine, a su criterio, la existencia de un incumplimiento por parte del Usuario Intermedio sin que este último tenga herramientas para cuestionar la decisión, situación que lo pone en desventaja frente al Concesionario. En ese sentido, Latam considera que debe existir un procedimiento objetivo para determinar la existencia de incumplimientos lo que disminuiría el riesgo de arbitrariedades y de reclamos o controversias.
160. De otro lado, Latam sostiene que la consecuencia ante este incumplimiento en particular no debe ser la resolución automática sino la aplicación de penalidades como ocurre con cualquier otro incumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1341 del Código Civil. Al respecto, Latam manifiesta que, para mantener uniformidad con las demás estipulaciones, cuando se verifique que el Usuario Intermedio se encuentra realizando actividades diferentes al objeto del Mandato, se deben aplicar las reglas de subsanación y/o contradicción previstas en la relación de acceso.

Análisis de las Gerencias

161. Respecto al desequilibrio contractual señalado por LATAM, la cláusula tercera.- Objeto del Mandato – señala expresamente que el objeto del Mandato es ceder en arrendamiento al Usuario Intermedio las Facilidades Esenciales – Área de Mantenimiento Ejecutiva, para prestar el Servicio Esencial de Mantenimiento Preventivo de Aeronaves de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Acceso de LAP:

“Artículo 4.- Definiciones

s) Consiste en el Mantenimiento Preventivo que las aerolíneas se auto prestan o se prestan a través de terceros, conforme a lo definido en la RAP 1 y RAP 111, el mismo que se refiere a las operaciones de preservación simple o menores y el cambio de partes estándares pequeñas, que no significan operaciones de montaje complejas. En ese sentido, se refiere al mantenimiento diario requerido a efectos que la aeronave esté lista para su siguiente vuelo”

162. Por tanto, resulta evidente que es de conocimiento de las partes las actividades que pueden desarrollarse al interior de las Áreas de Mantenimiento Ejecutiva, siendo necesario e indispensable el cumplimiento de lo establecido en el Mandato de Acceso.
163. En este punto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del REMA:

“Artículo 36.- Naturaleza del Contrato de Acceso.

Los Contratos de Acceso tienen naturaleza privada, y por tanto son aplicables a ellos las normas civiles y comerciales pertinentes. Al estar éstos referidos al uso de infraestructura de uso público, ello no enerva las facultades de OSITRAN para intervenir en la etapa previa a la celebración y supervisión de la ejecución de los mismos, de conformidad con el presente Reglamento. El hecho de que el Contrato de Acceso se haya celebrado en aplicación de un Mandato de Acceso, no enerva la aplicación de las normas de Derecho Privado a la relación jurídica resultante.”

Énfasis agregado.

164. Conforme se aprecia, el citado artículo deja clara la aplicación de normas civiles a las relaciones de acceso; bajo esa premisa, es relevante tener en cuenta que el numeral 3 del artículo 1697³⁷ del Código Civil dispone que el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió; igualmente, el artículo 1341³⁸ del mismo código contempla la aplicación de penalidades en caso de incumplimiento.
165. En línea con lo expuesto, las partes conocen las actividades que pueden ser realizadas en las facilidades esenciales, así como las consecuencias de incumplir o desnaturalizar el objeto del mandato realizando actividades que no se encuentran de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera; siendo así, resultan compatibles la resolución contractual con el pago de penalidades para resarcir los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento, lo cual se condice con el marco legal vigente en materia civil y, en esa medida, tal disposición no conlleva un desequilibrio contractual.
166. En torno a la posibilidad de aplicar las reglas establecidas en el Mandato de Acceso para subsanación de incumplimientos, cabe señalar que al haberse previsto como consecuencia la resolución contractual carece de sentido hacer una remisión a tales disposiciones. De otro lado, en cuanto a la posibilidad de establecer un procedimiento objetivo por parte del Regulador, es pertinente reiterar que es durante el periodo de negociaciones que las partes deben plantear sus propuestas de acuerdos para que, ante eventuales discrepancias, el Ositrán pueda determinar las condiciones del Mandato de Acceso sobre la base de las propuestas negociadas.
167. Sin perjuicio de ello, si bien es el Concesionario quien determina el incumplimiento del objeto del Mandato de Acceso, el Usuario Intermedio que no se encuentre de acuerdo con la decisión de la Entidad Prestadora, tienen la facultad de iniciar un procedimiento de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en la Sección II, Capítulo II del Título III del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, en el marco del cual puede solicitar una medida cautelar a efectos de suspender los efectos de dicha decisión hasta que se resuelva la controversia. Por esta razón es que Ositrán vio conveniente ampliar el plazo propuesto por LAP para desocupar las áreas de 15 a 30 días hábiles a fin de que el Usuario Intermedio tenga el tiempo suficiente para evaluar las acciones a tomar, de considerarlo pertinente.
168. Finalmente, tal como se señaló en el Informe N° 0105-2022-IC-OSITRAN, respecto a lo señalado en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del Ositrán, el cual dispone que la entidad prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando no cumpla con los mandatos de acceso emitidos por el Ositrán. En esa medida, en caso de adopción de medidas para situaciones no previstas, contraviniendo lo establecido en un mandato de acceso, el marco normativo prevé la aplicación de sanciones administrativas.
169. Por lo antes expuesto, **deben desestimarse los argumentos** formulados por Latam **en este extremo** del recurso de reconsideración.

III.3.6. Sobre la aplicación de penalidades

³⁷ Código Civil:

"Artículo 1697.- El contrato de arrendamiento puede resolverse:

(...) 3.- Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres. (...)"

³⁸ Código Civil:

"Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores."

170. Latam refiere en su recurso de reconsideración que el párrafo incluido en el Mandato de Acceso en el que se menciona que la penalidad por incumplimiento se aplicará hasta que el Usuario Intermedio cumpla con subsanar su conducta o devuelva el área cuando corresponda; puede ser interpretado de forma que se entienda que la penalidad se aplica de forma diaria.

Análisis de las Gerencias

171. Respecto a lo señalado por Latam, cabe precisar que el Mandato de Acceso materia de reconsideración establece lo siguiente:

“22.1 En caso el USUARIO INTERMEDIO incumpliera cualquiera de las obligaciones previstas en el presente Mandato, previo apercibimiento de LAP conforme a lo señalado en el numeral 13.1 de la Cláusula Décimo Tercera, éste estará obligado a abonar el importe de US \$ 500,00 (Quinientos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por cada evento de incumplimiento.

La Penalidad antes mencionada será de aplicación hasta que el USUARIO INTERMEDIO subsane su conducta y/o proceda con la devolución del Área en los casos que corresponda, lo que suceda primero.”

Énfasis agregado.

172. Como puede verse, en la parte final del primer párrafo se señala expresamente la aplicación de la penalidad por evento de incumplimiento, quedando claro que no se ha contemplado la aplicación de una penalidad diaria.
173. En ese sentido, **deben desestimarse los argumentos** formulados por Latam **en este extremo** de su recurso de reconsideración.

III.3.7. Sobre la reestructuración patrimonial como causal de resolución

174. En su recurso de reconsideración, Latam manifiesta su desacuerdo con la posibilidad de resolución contemplada en el Mandato de Acceso, para aquellos casos en que sea el propio Usuario Intermedio quien solicite su reestructuración patrimonial. Sobre el particular, Latam refiere que ello implica un desequilibrio contractual, pues, sin que exista materialmente un riesgo de insolvencia, podría excluirse del mercado.
175. Adicionalmente, Latam sostiene que el Ositrán no ha tomado en consideración los cambios de la industria de aviación comercial a partir de la propagación del Covid-19, precisando que la posibilidad de que una aerolínea solicite someterse voluntariamente a un proceso de reestructuración no es posibilidad remota, lo cual no implica un riesgo para el Concesionario.

Análisis de las Gerencias

176. De la revisión del recurso de reconsideración se advierte que Latam está reiterando las consideraciones expuestas al formular sus comentarios al proyecto de Mandato de Acceso; en ese sentido, se debe reiterar que, a través del Contrato de Concesión, LAP adquirió el aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión, asimismo, dicho Concesionario es el responsable de la operación del AIJC y de la prestación de servicios aeroportuarios y de aeronavegación a su cargo, entre otros.

177. Siendo así, y dado que es una concesión autosostenible, el Concesionario tiene los incentivos necesarios para buscar incrementar las operaciones aeroportuarias a través del incremento de los vuelos y de las operaciones aeroportuarias; por tanto, la resolución de contratos o mandatos de acceso para la prestación de servicios esenciales necesarios para completar la cadena logística de transporte en una relación origen – destino y vinculados a una retribución económica, sin razón justificada, no resulta razonable desde un punto de vista empresarial.
178. Por otro lado, tal como señala el Usuario Intermedio, un proceso de reestructuración patrimonial le permite continuar con sus actividades y giro del negocio, y, por lo tanto, mantenerse en el mercado. Sin embargo, el inicio de este procedimiento es el reflejo de la situación financiera de una empresa e implica que exista riesgo de incumplimiento de sus obligaciones contractuales e incluso en la prestación del servicio, lo cual ciertamente podría afectar no sólo al Concesionario, en lo que respecta a los compromisos asumidos frente a él, sino también a la cadena logística, en la medida que estamos frente a un servicio que se brinda en una infraestructura de uso público.
179. Asimismo, el texto del encabezado de la cláusula vigésimo sexta establece que, de darse los supuestos señalados, LAP podrá resolver el Mandato de Acceso, es decir, es facultativo del Concesionario analizar si en un proceso de Reestructuración Patrimonial específico existe o no un riesgo de incumplimiento por parte del Usuario Intermedio en los pagos de las facturas e incluso en el incumplimiento de la prestación del servicio, y según el análisis efectuado, tomar la decisión de resolver la relación de acceso establecida a través del Mandato de Acceso.
180. En consecuencia, **deben desestimarse los argumentos** formulados por Latam **en este extremo** de su recurso.

III.3.8. Sobre el monto de los Cargos de Acceso

181. Latam señala que al incorporar en el cálculo de los Cargos de Acceso sus comentarios, los cargos deberían ser:
- Oficinas Ejecutivas: 39,69 USD/m²
 - Almacén Ejecutivo: 10,28 USD/m²

Análisis de las Gerencias

182. Al respecto, como se ha visto en las secciones anteriores, dado que se han desestimado todos los comentarios presentados por Latam, se mantienen los Cargos de Acceso aprobados mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2022-CD-OSITRAN.
- Oficinas Ejecutivas: 43,47 USD/m²
 - Almacén Ejecutivo: 11,22 USD/m²
183. En consecuencia, **se desestima** este argumento formulado por Latam.

IV. CONCLUSIONES

184. Luego de la evaluación efectuada de los recursos de reconsideración interpuestos por LAP y Latam, a través del Escrito N° 1 y del Escrito N° 2, respectivamente, contra la Resolución de Consejo Directivo N° Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN, se concluye lo siguiente:

- (i) Los recursos de reconsideración presentados por LAP y Latam, cumplen con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en el TUO de la LPAG.
- (ii) La Resolución de Consejo Directivo N° 0039-2022-CD-OSITRAN mediante la cual se dictó el Mandato de Acceso a LAP en favor de Latam, para la utilización del AIJC con el fin de que pueda prestar el Servicio Esencial de Mantenimiento de Aeronaves en Hangares y otras Áreas para Aerolíneas (Oficina y Almacén Ejecutivo) fue emitida sobre la base de las disposiciones previstas en el REMA y en el marco del Contrato de Concesión, respetando los principios recogidos en el artículo 8 de dicha norma, al igual que los principios contemplados en el artículo IV del TUO de la LPAG.
- (iii) Los argumentos planteados por LAP con relación a las condiciones y el cargo de acceso deben ser desestimados de acuerdo con el análisis realizado en el presente informe, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto.
- (iv) Igualmente, los argumentos formulados por Latam con relación a las condiciones y el cargo de acceso deben ser desestimados de conformidad con la evaluación efectuada en el presente informe, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto.

V. RECOMENDACIÓN

Se recomienda a la Gerencia General elevar el presente informe para la consideración del Consejo Directivo del Ositrán.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

MARÍA TESSY TORRES SÁNCHEZ

Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

GLORIA CADILLO ÁNGELES

Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2022117474

Se adjuntan:

- Informe Conjunto N° 00073-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ)
- Informe N° 0027-19-GRE-OSITRAN

INFORME N° 0027-19-GRE-OSITRAN

 Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
00402048945 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 18/09/2019
18:05:58 -0500

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

Asunto : Recurso de Reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L.
contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN

Referencia : a) Escrito N° 01, recibido el 13.08.2019
b) Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, emitido el 10.07.2019

Fecha : 18 de setiembre de 2019

I. OBJETIVO

1. Evaluar los fundamentos con respecto al Cargo de Acceso, contenidos en el Recurso de Reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP o el Concesionario) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, que dictó Mandato de Acceso a este en favor de las líneas aéreas Viva Colombia, Jet Smart, Plus Ultra, Aerolíneas Argentinas y United Airlines, para la utilización de los almacenes para depósito de equipaje rezagado con el fin de que estas puedan prestar el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (Arrendamiento de almacenes para el depósito de equipaje rezagado) en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCh).

II. ANTECEDENTES

2. El 21 de marzo de 2007, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2007-CD-OSITRAN, el Regulador dictó Mandato de Acceso a LAP en favor de catorce (14) usuarios intermedios, a fin de que estos puedan hacer uso de los almacenes para depósito de equipaje rezagado en el AIJCh, estableciéndose un Cargo de Acceso mensual de USD 3,58 por m² con una vigencia de cinco (5) años contados desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano".
3. El 11 de setiembre de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2012-CD-OSITRAN, se dictó Mandato de Acceso a LAP en favor de los usuarios intermedios, a fin de que estos puedan hacer uso de los almacenes para depósito de equipaje rezagado en el AIJCh, estableciéndose un Cargo de Acceso mensual de USD 4,04 por m². con una vigencia desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano" hasta el 30 de abril de 2015.
4. El 22 de junio de 2015, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 051-2015-CD-OSITRAN, se resolvió el Recurso de Reconsideración presentado por LAP contra la Resolución de Consejo Directivo N° 036-2015-OSITRAN; dictándose Mandato de Acceso a LAP en favor de los usuarios intermedios, a fin de que estos puedan hacer uso de los almacenes para depósito de equipaje rezagado en el AIJCh, estableciéndose un Cargo de Acceso de USD 7,09 por m² con una vigencia de tres (3) años contados desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano".
5. El 12 de marzo de 2018, mediante el Memorando N° 077-18-GRE-OSITRAN, se solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF), de acuerdo con su competencia y funciones, que informe a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, entre otros, sobre el cumplimiento de la ejecución de las actividades de mantenimiento en el año 2017, comprometidas por LAP y consideradas en el cargo determinado en el Mandato de Acceso emitido a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 051-2015-CD-OSITRAN.

Visado por: RUIZ HERNANDEZ
Fiorella FIR 47329551 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/09/2019 17:59:36 -0500

Visado por: QUISPE VILLAFUERTE
Arie (FIR42393918)
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/09/2019 17:53:45 -0500

6. Entre el 11 y el 19 de marzo de 2019, mediante Cartas S/N, las líneas aéreas Fast Colombia S.A.S., Jet Smart Airlines Spa, Plus Ultra Líneas Aéreas S.A., Aerolíneas Argentinas S.A. y United Airlines Inc. (en adelante, los Usuarios Intermedios) solicitaron a OSITRAN la emisión de Mandato de Acceso para la prestación del Servicio Esencial de atención de tráfico de pasajeros y equipaje (alquiler de almacenes para el depósito de equipaje rezagado) en el AIJCh.
7. El 25 de marzo de 2019, mediante el Memorando N° 0739-2019-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió copia de las solicitudes de Mandato de Acceso presentadas por las referidas líneas aéreas, así como copia de la Carta N° C-LAP-GCC-2019-0014 remitida por LAP; con la finalidad de que la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, de acuerdo con su competencia y funciones, formule y proponga el cargo de acceso correspondiente.
8. El 04 de abril de 2019, mediante el Oficio N° 045-2019-GRE-OSITRAN, se requirió a LAP información de sustento respecto del factor de ocupación de los contenedores registrado desde el año 2015 hasta el año 2018, así como sobre las solicitudes de acceso que hayan presentado las aerolíneas para el arrendamiento de los nuevos espacios obtenidos por LAP por la adquisición del nuevo contenedor.
9. El 04 de abril de 2019, mediante el Memorando N° 0085-19-GRE-OSITRAN, se solicitó a la GSF que, en el marco de su competencia y funciones, remita información con respecto a las pólizas de seguros contratadas por LAP, los montos de inversión presentados por este, así como el área del nuevo contenedor, y las actividades de mantenimiento.
10. El 10 de abril de 2019, mediante la Carta LAP-GRE-2019-0309, el Concesionario remitió la información solicitada a través del Oficio N° 045-2019-GRE-OSITRAN.
11. El 16 de abril de 2019, mediante el Memorando N° 178-2019-GG-OSITRAN, la Gerencia General comunicó la aceptación de la solicitud de ampliación de plazo -presentada por la GSF- hasta por un periodo de quince (15) días hábiles para la emisión del proyecto de Mandato de Acceso.
12. El 25 de abril de 2019, mediante el Memorando N° 0992-2019-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió la información solicitada a través del Memorando N° 0085-19-GRE-OSITRAN.
13. Mediante correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2019, la Jefatura de Contratos Aeroportuarios remitió la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2019-GSF-OSITRAN de fecha 10 de mayo de 2019, sustentada en los Informes N° 0666 y 0704-2019-JCA-GSF-OSITRAN, a través de la cual se reconoció como Inversión Directa en Mejoras, efectuadas por LAP en el AIJCh, el monto total de USD 9 686 (sin IGV) por la implementación de un contenedor para depósito de equipaje rezagado.
14. El 16 de mayo de 2019, mediante Informe N° 0009-2019-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la GSF la propuesta de Cargo de Acceso por el uso de almacenes para depósito de equipaje rezagado en el AIJCh.
15. El 22 de mayo de 2019, mediante Acuerdo N° 2187-671-19-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Proyecto de Mandato de Acceso para el uso de Facilidades Esenciales para la prestación del Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (arrendamiento de almacenes para el depósito de equipaje rezagado) en el AIJCh a favor de los Usuarios Intermedios (en adelante, el Proyecto de Mandato de Acceso), sustentado en el Informe Conjunto N° 0064-19-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) y el Informe N° 0009-2019-GRE-OSITRAN.
16. El 24 de mayo de 2019, mediante los Oficios N° 0087 a 0092-2019-SCD-OSITRAN, se notificó a LAP y a los Usuarios Intermedios copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Proyecto de Mandato de Acceso, el Informe Conjunto N° 0064-19-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) y el Informe N° 0009-2019-GRE-OSITRAN, para conocimiento y fines.

17. Mediante la Carta N° C-LAP-GRE-2019-00516, de fecha 7 de junio de 2019, el Concesionario remitió, entre otros, sus comentarios respecto de la metodología propuesta por el Regulador para la formulación del Cargo de Acceso por el uso de almacenes para el depósito de equipaje rezagado.
18. El 24 de junio de 2019, mediante correo electrónico, se solicitó a LAP que remita el detalle de cómo estimó el costo de mantenimiento del año 2020 (USD 13 271).
19. El 24 de junio de 2019, mediante el Memorando N° 0128-2019-GRE-OSITRAN, se solicitó a la GSF que informe si resulta técnicamente viable que se realice el mantenimiento de los nueve (9) contenedores en una sola oportunidad en el año 2020 como plantea LAP en su Carta N° C-LAP-GRE-2019-00516.
20. Mediante correo electrónico de fecha 25 de junio de 2019, el Concesionario remitió la explicación solicitada por el Regulador con relación a los costos de mantenimiento de los contenedores planificados para el año 2020.
21. El 1 de julio de 2019, mediante Memorando N° 1536-2019-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió la opinión técnica solicitada a través del Memorando N° 0128-2019-GRE-OSITRAN.
22. El 8 de julio de 2019, mediante correo electrónico, se solicitó a LAP el porcentaje de ocupación del área disponible a rentar al 30 de junio de 2019; y, que explique el origen de las ganancias de eficiencia o economías de escala a las que hace referencia con relación al mantenimiento de los contenedores.
23. Mediante correo electrónico de fecha 9 de julio, el Concesionario remitió un archivo Excel con el detalle de las áreas ocupadas al 30 de junio de 2019; y explicó a grandes rasgos las fuentes que generarían las mayores eficiencias por realizar el mantenimiento de nueve (9) contenedores en un mismo año, en lugar de ocho (8) en un año y el contenedor restante al año siguiente.
24. El 10 de julio de 2019, esta Gerencia de Línea remitió el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en el que se recomienda establecer un Cargo de Acceso por el uso de almacenes para depósito de equipaje rezagado de USD 7,45 por m² (más IGV).
25. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, emitida y notificada el 22 de julio de 2019, que se sustenta en el Informe Conjunto N° 0103-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, se dictó Mandato de Acceso a LAP en favor de las líneas aéreas Viva Colombia, Jet Smart, Plus Ultra, Aerolíneas Argentinas y United Airlines, para la utilización de los almacenes para depósito de equipaje rezagado con el fin de que estas puedan prestar el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (arrendamiento de almacenes para el depósito de equipaje rezagado) en el AIJCh; estableciendo, entre otros, un **Cargo de Acceso de USD 7,45 por m² (más IGV)**.
26. Mediante Escrito N° 1, de fecha 13 de agosto de 2019, LAP interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, cuestionando, entre otros, determinados aspectos sobre el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN. Asimismo, a través de dicho documento, solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN, el cual se llevó a cabo el 21 de agosto de 2019.
27. El 23 de agosto de 2019, mediante Oficio Circular N° 001-2019-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica corrió traslado a los Usuarios Intermedios del Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP para conocimiento y fines pertinentes.
28. El 23 de agosto de 2019, mediante Memorando N° 0130-2019-SCD-OSITRAN, la Secretaría de Consejo Directivo remitió: i) la lista de asistencia, en original,

correspondiente a la exposición de LAP realizada el 21 de agosto; ii) un disco conteniendo la grabación de la exposición; y, iii) un archivo Power Point conteniendo dicha exposición.

29. El 3 de setiembre de 2019, mediante Escrito S/N, la línea aérea United Airlines Inc. Sucursal del Perú presentó su absolución al Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN.
30. El 13 de setiembre de 2019, se remitió a la Gerencia General el Informe N° 0026-2019-GRE-OSITRAN para la consideración del Consejo Directivo, recomendando desestimar los fundamentos de hecho y de derecho presentados por el Concesionario con respecto al Cargo de Acceso establecido en el Mandato de Acceso dictado por la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN.
31. El 13 de setiembre de 2019, mediante Carta N° C-LAP-GCC-2019-0034, el Concesionario señaló que la medición de los almacenes de equipaje rezagado debe realizarse *“tomando en cuenta las áreas interiores de los depósitos, considerando la mitad de los muros medianeros”*, y remitió una tabla con las medidas “efectivas” de los almacenes de equipaje rezagado, sobre las cuales -según indica- ha venido facturando a los Usuarios Intermedios.
32. El 18 de setiembre de 2019, en la Sesión de Consejo Directivo N° 681-2019-CD-OSITRAN, los miembros del Consejo Directivo evaluaron el Informe N° 0026-2019-GRE-OSITRAN, solicitando a esta Gerencia incluir dentro de la evaluación la información remitida por el Concesionario a través de la Carta N° C-LAP-GCC-2019-0034.

III. ANÁLISIS

III.1. Marco normativo

33. Conforme al artículo 25 del REMA, el Cargo de Acceso es cualquier pago que efectúe un usuario intermedio a una Entidad Prestadora, como contraprestación por el uso de una Facilidad Esencial, sin importar su naturaleza; destacándose que la modalidad o combinación de modalidades que adopte dicho cargo dependerá de lo adoptado en el Contrato de Acceso, siempre que éste no constituya una barrera al Acceso.
34. En ese orden, el artículo 26 del REMA establece los principios económicos que rigen la determinación de los Cargos de Acceso; siendo estos, entre otros, los siguientes:
 - i) Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura.
 - ii) Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura.
 - iii) Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
 - iv) Incentivar la entrada de prestadores de servicios eficientes, a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de recursos.
 - v) Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los Contratos de Acceso.
 - vi) Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.
 - vii) Evitar que los Cargos de Acceso cubran costos ya pagados por la prestación de servicios finales.
35. De este modo, y acorde con el artículo 27 del REMA, la contraprestación monetaria por el uso de las Facilidades Esenciales se encuentra acotada a *“permitir a la Entidad Prestadora recuperar los **costos económicos eficientes** de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura, que incluyen un margen de utilidad razonable. (...)”*

III.2. Variables consideradas en la determinación del Cargo de Acceso

36. En el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, que sustenta el Cargo de Acceso establecido por la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, se consideró la

información remitida por LAP y verificada por la GSF, la información de sus Estados Financieros Regulatorios auditados correspondientes al ejercicio 2017, así como el marco contractual y normativo aplicable; siguiendo los criterios empleados en anteriores procedimientos de determinación de Cargos de Acceso realizados por el Regulador. En particular, se consideraron las siguientes variables:

- La demanda del periodo 2019-2023 fue proyectada considerando: i) el área total disponible a rentar (oferta) en cada año, la cual asciende a 196,37m² correspondiente al área interna total de los contenedores disponibles en el año 2019; y ii) el factor de ocupación estimado para dicho periodo, el cual equivale a 91,3%, de acuerdo con el factor de ocupación promedio anual registrado en el periodo 2015-2018.
- Los costos operativos proyectados para el periodo 2019-2023 incluyen: costos de mantenimiento de acuerdo con la recomendación efectuada por la GSF, de seguros y otros costos indirectos.
- El flujo de inversiones incluye: i) el valor neto de depreciación de los activos iniciales que se encuentran disponibles para su uso, es decir, las inversiones realizadas en los años 2006 y 2012; y ii) la adquisición de un contenedor en el año 2018 por un valor de USD 9 686, conforme a la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2019-GSF-OSITRAN.
- Para descontar el flujo de caja, se empleó un costo promedio ponderado del capital (WACC) en dólares de 9,71%.
- Se calculó un cargo diferencial de USD 0,50 por m² que LAP cobró en exceso a los usuarios todos los meses durante el periodo 2012-2014, al no ejecutar las inversiones propuestas¹ para el año 2015 que fueron consideradas en el Cargo de Acceso determinado en el año 2012, el cual se incorporó en el flujo de caja como una compensación a los usuarios.

III.3. Análisis de los fundamentos presentados por el Concesionario en su impugnación

37. Mediante el Escrito N° 1 de fecha 13 de agosto de 2019, LAP cuestiona, con respecto a la determinación del Cargo de Acceso, el literal a.2) del Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, referido al marco regulatorio considerado para determinar el incremento del área disponible a rentar; asimismo, adjunta como Anexo 2 el Memo N° M-GPF-GRE-2019-0095 en el cual profundiza dicho cuestionamiento y presenta otros referidos a los siguientes aspectos:

- a. Las medidas del área disponible a rentar;
- b. El marco regulatorio considerado para determinar el incremento del área disponible y las inversiones;
- c. El factor de ocupación considerado para la proyección de demanda;
- d. La estimación de los costos operativos indirectos; y,
- e. La aplicación de la compensación.

38. A continuación, se analizan cada uno de dichos comentarios.

a) Las medidas del área disponible a rentar

39. LAP señala en su escrito de impugnación que su sistema SAP tiene registrada un área disponible de 159,60 m² para los primeros ocho (8) contenedores (correspondientes a cuatro (4) contenedores de 20 pies y cuatro (4) de 40 pies), y que esto se encuentra acorde con las áreas asignadas en cada uno de los contratos de acceso con las aerolíneas. Asimismo, indica que, en el año 2012, el Regulador llevó a cabo una medición del interior

¹ Implementación de dos (2) contenedores por un monto total de USD 7 402.

de un contenedor de 40 pies y otro de 20 pies, sin considerar las separaciones internas de cada contenedor -que hacen posible que haya más de un almacén por contenedor². De este modo, sostiene que la oferta mensual disponible de los referidos ocho (8) contenedores es **159,60 m²** en lugar de **168,17 m²** considerados por el Regulador; por lo que solicita que se tenga en cuenta las mediciones interiores de cada almacén, de manera que la oferta mensual disponible de los nueve (9) contenedores sea 189,22 m² en lugar de 196,37m².

40. Al respecto, es preciso recordar que, en el año 2012, mediante el Memorando N° LAP-GPF-05-2012 adjunto a la Carta N° LAP-GPF-2012-00174, fue el propio Concesionario quien indicó que la **capacidad máxima** de almacenamiento de equipaje rezagado correspondiente a seis (6) contenedores³ ascendía a 140 m², **descontando los metros cuadrados de las divisiones**; y que, considerando la adquisición de dos (2) contenedores adicionales⁴, dicha capacidad se incrementaría a **168,16 m²**. En efecto, en dicho documento el Concesionario señaló expresamente lo siguiente:

“2. PROYECCIONES DE DEMANDA E INGRESOS DEL SERVICIO:

*A la fecha se cuenta con seis contenedores cuya área total es de 147 m2, **descontando las pérdidas por divisiones, se obtiene una capacidad máxima de 140.00¹ metros cuadrados.***

*Para el segundo año se proyecta adquirir 2 contenedores adicionales lo cual incrementará la **capacidad total a 168.16 metros cuadrados**, finalmente al quinto año se adquieren 2 contenedores más, incrementando la capacidad a 196.33 metros cuadrados mensuales.*

Para efectos del flujo de caja se ha considerado un factor de uso de 100% en todos los meses.

(...)

**Cuadro No 1
Ingresos y Áreas 2012-2020**

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Ingresos brutos S/	29,493	36,666	37,949	39,277	47,461	49,122	50,841	52,620	54,462
Áreas demandadas-m2	140.0	168.2	168.2	168.2	196.3	196.3	196.3	196.3	196.3

¹ **En adelante se considera metros cuadrados disponibles equivalentes al 95.2% (140/147) del área bruta.**

(...)”

[El énfasis y subrayado son nuestros]

41. Acorde con ello, en el año 2015, mediante el Memorando LAP-GPF-2015-00064 adjunto a la Carta N° LAP-GRE-C-2015-00112, el Concesionario indicó que la demanda estaba definida por los metros cuadrados **puestos a disposición de las aerolíneas**; precisando que **el área disponible** se incrementó efectivamente desde el año 2012 de 140,48 m² a **168,16 m²** y que esta era igual a la cantidad de metros cuadrados facturados.

“Demanda Histórica

² Al respecto, agrega que existen contenedores de 40 pies que contienen cuatro (4) almacenes y contenedores de 20 pies que contienen dos (2) almacenes.

³ Distribuidos en dos (2) contenedores de 20 pies y cuatro (4) contenedores de 40 pies.

⁴ De acuerdo con la información disponible, el Concesionario tenía previsto adquirir dos (2) contenedores adicionales de 20 pies, de tal forma que los ocho (8) contenedores se distribuirían en cuatro (4) contenedores de 20 pies y cuatro (4) de 40 pies.

2. En la última revisión del cargo de acceso de almacenes para equipaje rezagado para la prestación de servicio esencial de atención de tráfico de pasajeros y equipaje del año 2012 que culminó con el Oficio 3865-2012-GS-OSITRAN, la demanda ha estado definida por los metros cuadrados puestos a disposición a las aerolíneas.

3. Estos metros cuadrados se han incrementado efectivamente desde el 2012 de 140.48 m2 a 168.16 m2.

4. En la referida revisión anterior, el área disponible (140.48 m2) también se incrementa a 168.16m2 y se refleja en el flujo de caja.

(...)

Proyección de Demanda

6. Dado que la cantidad de metros cuadrados disponibles y facturados son iguales, se propone considerar una proyección constante de los m2 facturados a las aerolíneas por el uso de almacenes de equipaje rezagado, manteniendo los 168 m2 ofertados para el periodo del flujo de caja 2015-2021.

(...)"

[El énfasis y subrayado son nuestros]

42. De los párrafos citados se advierte que, tanto en el año 2012 como en el 2015, el Concesionario sostuvo que la capacidad total disponible de los ocho (8) contendores - luego de descontar las pérdidas de espacio por divisiones-, ascendía a 168,16 m². En ese contexto, tanto en el Informe N° 003-12-GRE-OSITRAN como en el Informe N° 022-2015-GRE-OSITRAN, el Regulador estimó la proyección de demanda considerando las mismas medidas interiores de los contendores de 20 y 40 pies. En efecto, en los mencionados Informes se contemplaron las siguientes medidas:

Tabla 1: Medidas internas de los contendores

Tipo de Contenedor	Largo (m)	Ancho (m)	Alto (m)	Área por contenedor (m²)
20 pies	5,89	2,35	2,36	13,8415
40 pies	12,00	2,35	2,36	28,2000

Fuente y elaboración: Informes N° 003-12-GRE-OSITRAN y N° 022-2015-GRE-OSITRAN

43. De esta manera, el área total disponible de los **ocho (8) contendores** -cuatro (4) de 20 pies y cuatro (4) de 40 pies- señalada por LAP en su propuesta del año 2015 (168,16 m²) es consistente con el área total considerada por el Regulador que resulta de multiplicar la cantidad de contendores de cada tipo por su respectiva área interna⁵, esto es **168,17m²**. En ese sentido, lo afirmado por el Concesionario respecto de que el Regulador habría llevado a cabo en el año 2012 una medición del interior de un contenedor de 40 pies y otro de 20 pies sin considerar las separaciones internas de cada contenedor, y de que la oferta mensual disponible de los referidos ocho (8) contendores es 159,60 m², no solo carecen de sustento, sino que además son incongruentes con su propuesta presentada en el marco de la emisión de los Mandatos de Acceso de los años 2012 y 2015.
44. Por último, con respecto a la información señalada en la Carta C-LAP-GCC-2019-0034, remitida por el Concesionario el 13 de setiembre de 2019, cabe indicar que esta es una reproducción de la información presentada a través de las Cartas C-LAP-GCC-2019-0014 y LAP-GRE-2019-0309⁶, y su exposición ante el Consejo Directivo realizada el 21 de

⁵ 4 contendores de 20 pies x 13,8415 m² + 4 contendores de 40 pies x 28,20 m² = 168,17 m².

⁶ Recibidas el 25 de marzo y 10 de abril de 2019, respectivamente.

agosto de 2019, la cual ha sido evaluada por el Regulador en los Informes N° 009 y 0020-2019-GRE-OSITRAN. Sin perjuicio de ello, cabe anotar que, de las áreas (m²) señaladas en la tabla de su comunicación, se observa que el último contenedor -conformado por los almacenes BA503, BA504, BA505 y BA506- tendría un área total “efectiva” de 29,62 m² (que resulta de agregar las áreas de cada almacén), destacándose que esta corresponde a las medidas externas⁷ del contenedor, de acuerdo con el “Plano de Arquitectura del nuevo contenedor” remitido como Anexo 1 del Memo LAP-GPF-2019-0025, adjunto a la Carta N° C-LAP-GCC-2019-0014; de lo que se advierte una vez más la inconsistencia en la información indicada por el Concesionario.

45. En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el noveno contenedor adquirido tiene una capacidad de 40 pies, el área disponible de los nueve (9) contenedores existentes a la fecha asciende a 196,37 m². Por tanto, se reitera que cualquier regularización o “ajuste” que deba realizar el Concesionario en su sistema SAP, será para guardar consistencia con la información remitida por este, y que fue verificada y considerada por el Regulador en los procedimientos previos de emisión de Mandato de Acceso; por lo que dicho “ajuste” no debería significar una modificación de las áreas consignadas en los Contratos de Acceso por el arrendamiento de los almacenes, en perjuicio de los usuarios.

b) El marco regulatorio considerado para determinar el incremento del área disponible y las inversiones

46. Según el Concesionario, los artículos 8, 26 y 27 del REMA considerados por el Regulador para la determinación del incremento del área disponible a rentar, así como de la inversión, no establecen como condición o criterio para determinar el cargo de acceso por el uso de una Facilidad Esencial el reconocimiento de inversiones, ni el cumplimiento de las obligaciones contempladas en las cláusulas 5.7, 5.10, 5.11 y 5.12, y el Anexo 14 del Contrato de Concesión. Al respecto, LAP señala que:
- i) El Regulador “interpreta” que el concepto **eficiencia** es una prerrogativa suya por el cual decide si un costo es o no eficiente y se basa en el cumplimiento de disposiciones contractuales y legales. El REMA no respalda este concepto de eficiencia como interpreta el Regulador.
 - ii) Ninguna de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.7, 5.10, 5.11 y 5.12, y el Anexo 14 del Contrato de Concesión establece que su cumplimiento constituya un requisito para tomar en cuenta o no, determinadas inversiones efectivamente realizadas por LAP, para la formulación del cargo de acceso correspondiente.
 - iii) De los artículos 8, 26 y 27 del REMA⁸ tampoco se desprende que la eficiencia en los costos se encuentra relacionada al cumplimiento de lo dispuesto en la “Directiva

⁷ 12,19 m de largo y 2,43 m de ancho.

⁸ REMA.-

“Artículo 8.- Principios aplicables.

Los principios establecen las reglas que determinan **los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial**. Estos principios deben ser utilizados para sustentar y establecer criterios de celebración, contenido de los Contratos de Acceso, sin importar la modalidad que adopten, pudiendo ser utilizados además como criterio interpretativo o de integración de los mismos. Del mismo modo, establecen los límites y lineamientos de OSITRAN para la emisión de mandatos y otros pronunciamientos sobre el Acceso.

(...)

e) Principio de eficiencia.

La determinación y modificación de los Cargos y Condiciones de Acceso deberán tomar en cuenta los incentivos para el **uso eficiente de la infraestructura de transporte, evitando la duplicidad ineficiente**, costos de congestión y otras externalidades.

(...)

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

del Procedimiento aplicable al Reconocimiento de Inversiones en Mejoras realizadas en el AIJCh", Etapas de Desarrollo, entre otras, como lo afirma OSITRAN; sino que se apoya en conceptos como: duplicidad ineficiente, costos de congestión, externalidades; es decir, definiciones, así como otros principios, todos de carácter económico; por lo que el concepto de eficiencia también es económico.

- iv) Según la teoría económica, la **eficiencia** consiste en lograr el mayor nivel de producción y/o servicios con el menor costo posible, mediante la adecuada combinación de factores de producción, y no en el cumplimiento de obligaciones contractuales y regulatorias, como lo "interpreta" el Regulador. Así, de los referidos artículos no puede interpretarse que, para mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura -en este caso, los almacenes para depósito de equipaje rezagado-, sea necesario que previamente el Regulador verifique el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de LAP.
- v) Resulta cuestionable el criterio adoptado por el Regulador en esta oportunidad, según el cual vincula la eficiencia de una inversión realizada por la Entidad Prestadora al cumplimiento de un procedimiento formal, como lo es, entre otros, el de Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras⁹; en lugar de a la ejecución real y efectiva de la inversión en el noveno contenedor, la cual se realizó en el año 2018, siendo que dicha Facilidad Esencial no solo estuvo disponible desde mayo de dicho año, sino que los usuarios intermedios se "beneficiaron de su uso efectivamente" desde el mes de octubre.
- vi) Este criterio no ha sido utilizado anteriormente por el Regulador para la determinación de los cargos de acceso vinculados a las Facilidades o Servicios Esenciales. La interpretación realizada por el Regulador de los artículos del REMA, resulta contraria al principio de Predictibilidad y de la Buena Fe, no solo por ser contradictorio con el comportamiento del Regulador, sino porque dicho criterio no tiene ningún sustento económico ni legal válidos, lo cual implica también una transgresión al Principio de Buena Fe procedimental.

De igual modo, la actuación del Regulador en el presente procedimiento resulta arbitraria y contraria al Principio de Buena Fe, toda vez que ha adoptado este nuevo criterio dentro de un procedimiento ya iniciado, es decir, dentro del procedimiento de emisión del Mandato de Acceso. Si el Regulador considera necesario efectuar un cambio de criterio aplicable a la determinación del cargo de acceso de un Servicio Esencial, bajo el Principio de Buena Fe, Transparencia y Predictibilidad debió

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

- a) Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura.
- b) Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura.
- c) Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
- d) Incentivar la entrada de prestadores de servicios eficientes, a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de recursos.
- e) Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los Contratos de Acceso.
- f) Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.
- g) Evitar que los Cargos de Acceso cubran costos ya pagados por la prestación de servicios finales.

Artículo 27.- Valorización de costos.

El criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso y su modalidad de aplicación, debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura, que incluye un margen de utilidad razonable."

[El énfasis y subrayado son nuestros]

⁹ Al respecto, el Concesionario indica que el reconocimiento de inversiones es un procedimiento administrativo no vinculante con la determinación del cargo de acceso puesto que no hay marco legal que lo vincule ni justifique.

publicarlo/notificarlo previamente a las Entidades Prestadoras, en lugar de “cambiar las reglas de juego” en el marco de un procedimiento en trámite.

- vii) Al aplicar este criterio, el Regulador estaría desincentivando la ejecución de inversiones de las Entidades Prestadoras en general, toda vez que las inversiones en Mejoras efectivamente realizadas no se pondrían en uso eficiente de los usuarios sino solo hasta el momento en que el Regulador formalice el reconocimiento de dichas inversiones. De esta manera, se estaría vulnerando el principio de *“Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura”* contemplado en el literal b) del artículo 27 del REMA.
 - viii) La inversión efectuada por LAP fue realizada en el mes de mayo de 2018 y registrada contablemente en julio del mismo año; por lo que resulta poco razonable desde el punto de vista económico que se considere la inversión desde mayo de 2019, fecha en la cual se aprobaron formalmente las inversiones efectuadas y que, de manera errónea, el Regulador está tomando en cuenta para considerar su ejecución.
 - ix) Es ampliamente conocido que, en el último factor de productividad, tanto LAP como OSITRAN coincidieron en que hubo una ganancia de eficiencia en la última revisión. Así, tanto la teoría económica como la experiencia de revisión tarifaria coinciden en que el mecanismo de precio tope genera los incentivos para maximizar beneficios y, por ende, tener costos económicamente eficientes, al igual que un mercado de competencia perfecta.
47. Sobre la base de estas premisas, el Concesionario señala que el criterio adoptado por el OSITRAN en el presente caso no resulta razonable ni se encuentra debidamente sustentado; agregando que de esta manera no está permitiendo a LAP recuperar costos económicamente eficientes y, por tanto, no cumple con lo establecido en el artículo 27 del REMA.
48. Por su parte, la línea aérea United Airlines Inc. Sucursal del Perú, a través del Escrito S/N de fecha 3 de setiembre de 2019, presentó su absolución al Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP, en el que respecto del Cargo de Acceso señala que considera adecuado y acorde con el cumplimiento del Contrato de Concesión, que las inversiones sean aprobadas por el Regulador antes de ser incluidas como base para el cálculo de un derecho de cobro a los usuarios. Al respecto, indica:
- Coincidimos con la posición de OSITRAN de considerar la inversión desde la fecha en la que se emite la aprobación formal, toda vez que el Regulador debe verificar que dichas inversiones sean idóneas para los fines del Contrato de Concesión, así como cuenten con una durabilidad y calidad óptimas para los usuarios.
 - No estamos de acuerdo con la afirmación de LAP en cuanto a que el criterio aplicado por el Regulador desincentivará la ejecución de inversiones de las entidades prestadoras en general. Es una obligación contractual de cada Concesionario el planificar, informar y someter a la aprobación del OSITRAN, de manera oportuna, la documentación previa (planes de inversión), así como la obra ejecutada -en virtud de dichos planes-.
49. Con relación a los comentarios de LAP señalados en los **puntos i) a v)**, es preciso recordar que, al determinar el Cargo de Acceso establecido en el Mandato emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN¹⁰, dicho Órgano Colegiado ejerció la función reguladora en un mercado que no está sometido a competencia; destacándose que dicha función busca inducir un comportamiento de la empresa regulada que genere resultados eficientes, **como ocurriría en una situación de competencia perfecta**.

¹⁰ Sustentada en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN.

50. De este modo, el concepto de eficiencia que el REMA exige observar para la determinación del Cargo de Acceso, busca la “eficiencia económica”, la cual implica la forma en la que se utilizan los recursos para obtener un determinado nivel de producción. Así, entre los objetivos regulatorios, pueden identificarse los objetivos económicos de eficiencia asignativa (el cargo cobrado debe reflejar los costos económicos eficientes, procurándose una asignación óptima de recursos en la inversión y administración de la infraestructura por parte de la empresa regulada), y eficiencia productiva (minimizar el costo de producción).
51. En el análisis de la eficiencia productiva surgen diversos factores que determinan que la empresa sea ineficiente. Puede ser el resultado de una mala elección de la infraestructura, si existen diversas disponibles; por ejemplo, un contenedor de 40 pies versus dos contenedores de 20 pies (o un contenedor nuevo versus uno usado); o puede ser el resultado de que, para un nivel dado de infraestructura, la misma no se utiliza en todo su potencial y, por tanto, que el servicio resulte muy costoso. De este modo, la elección eficiente o no de la infraestructura y de su uso depende de los incentivos que enfrenta la Entidad Prestadora.
52. En ese contexto, la regulación surge como un mecanismo para alinear los incentivos que tiene la Entidad Prestadora, estableciendo, entre otras variables, el precio. No obstante, el problema que enfrenta el Regulador es que, en general, posee menos información que la empresa regulada y ello puede impedir alcanzar los resultados eficientes que se espera. De ahí la importancia de observar el cumplimiento de aquellas disposiciones contractuales que permiten contar con la información necesaria y reducir las eventuales distorsiones de eficiencia.
53. En ese sentido, no basta con que LAP alegue que ha invertido, sino que también evidencie que ha cumplido con las disposiciones establecidas en las cláusulas 5.7, 5.10, y el Anexo 14 del Contrato de Concesión, habida cuenta que¹¹:
- De acuerdo con las cláusulas 5.7 y 5.10, es responsabilidad del Concesionario cumplir con los planes de **diseño** y trabajo con relación a cualquier Mejora¹², las cuales deberán ser ejecutadas de manera completa y adecuada a propósitos, cumpliendo con los planos, especificaciones y otros documentos relativos, establecidos en el Contrato de Concesión, así como los Requisitos Técnicos Mínimos (RTM) y los Estándares Básicos estipulados en el mismo. De esta manera, se garantiza que la infraestructura por la cual los usuarios pagan el Cargo de Acceso cumple con todas las condiciones de calidad que exige el Contrato.
 - Así, con el fin de permitir la ejecución adecuada de programas de **aseguramiento y control de calidad**, el numeral 1.29 del Anexo 14¹³ del Contrato de Concesión

¹¹ Las cuales fueron debidamente sustentadas en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN.

¹² Al respecto, cabe señalar que, conforme a lo establecido en la cláusula 1.31 del Contrato de Concesión, “Mejoras” son aquellos bienes muebles e inmuebles, así como el producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión destinados a optimizar la infraestructura aeroportuaria y la calidad de los Servicios Aeroportuarios y de los Servicios de Aeronavegación a cargo del Concesionario.

¹³ Anexo 14.-
“1.29 Documentación Descriptiva y el Proceso de Desarrollo de los Proyectos de los Planes Maestros Aeroportuarios.
El Concesionario deberá presentar a OSITRAN la documentación sobre los proyectos que conforman el Plan Maestro Detallado de Desarrollo necesarios para permitir la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad.
Las etapas de desarrollo y de evaluación formal por parte de OSITRAN, de cada proyecto, serán las siguientes:

- Etapa de Desarrollo 1 – Planificación
- Etapa de Desarrollo 2 – Programación
- Etapa de Desarrollo 3 – Diseño esquemático

establece las etapas de desarrollo de cada proyecto de inversión; precisando que el Concesionario deberá entregar a OSITRAN los documentos correspondientes al final de cada etapa para su evaluación, aprobación o desaprobación.¹⁴

- Además, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión, el Concesionario tiene la obligación de sustentar ante el Regulador los montos derivados de la ejecución de las Mejoras, presentando las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondientes, para su revisión y aprobación. A tal efecto, acorde con la competencia y funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, la “Directiva del Procedimiento aplicable al Reconocimiento de Inversiones en Mejoras realizadas en el AIJCh”¹⁵ establece, entre otros, los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de los Costos Directos (Inversiones Directas) y los Costos Indirectos (Inversiones Indirectas), que forman parte de las Inversiones en Mejoras efectuadas por LAP.
54. En virtud de lo expuesto, contrariamente a lo afirmado por LAP, el Regulador no ha interpretado el concepto de eficiencia referido en los artículos 8, 26 y 27 del REMA como el cumplimiento de “meras” disposiciones contractuales y legales o de un procedimiento formal. En el ejercicio de sus funciones, el Consejo Directivo de OSITRAN ha observado obligaciones del Concesionario contenidas en el Contrato de Concesión, las cuales por lo demás se encuentran alineadas con los principios económicos antes señalados.
55. Por consiguiente, el comentario de LAP señalado en el punto vi) precedente, también carece de sustento; resaltándose, adicionalmente, que el principio de Predictibilidad o Confianza Legítima previsto en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que las autoridades pueden apartarse de antecedentes administrativos, siempre que su decisión se encuentre debidamente motivada; situación que se ha realizado en el presente procedimiento, así como en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, en el cual se expresan claramente las razones que sustentan el criterio técnico empleado en este caso por el Regulador para determinar el incremento del área disponible y las inversiones consideradas en el flujo de caja.

-
- Etapa de Desarrollo 4 – Desarrollo de diseño
 - Etapa de Desarrollo 5 – Preparación de los planos y especificaciones técnicas de construcción.
 - Etapas de revisión de la preparación de la documentación correspondiente a las etapas de desarrollo:
 - Completados al 30%
 - Completados al 60%
 - Completados al 90%
 - Completados al 100%
 - Etapa de desarrollo 6 – Concurso para el proyecto de construcción y adjudicación del contrato de construcción (de ser aplicable).
 - Etapa de desarrollo 7 – Construcción
 - Etapa de Desarrollo 8 – Conclusión formal del proyecto de construcción.
 - Etapa de Desarrollo 9 – Ocupación de las instalaciones terminadas y puesta en marcha.
 - Etapa de Desarrollo 10 - Inspección final de las instalaciones un (1) año después de la ocupación.

(...)

El diseño, concurso (de ser aplicable), construcción, puesta en marcha e inspección final (Etapas de Desarrollo 3 al 10) de los proyectos, deberá llevarse a cabo en forma individual para cada proyecto.

El Concesionario deberá entregar a OSITRAN los siguientes documentos al final de cada etapa de desarrollo para su evaluación, aprobación o desaprobación:

(...)”

[El énfasis y subrayado son nuestros]

¹⁴ De este modo, corresponde al Regulador evaluar, aprobar o desaprobar las Etapas de Desarrollo 8 y 9 que determinan la Conclusión formal del proyecto de construcción y la Ocupación de las instalaciones terminadas y puesta en marcha.

¹⁵ Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 008-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias.

56. De igual modo, debe subrayarse que ni el Contrato de Concesión ni el REMA contemplan que, antes del inicio del procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, el Regulador deba someter a consideración del Concesionario o de terceros, las disposiciones contractuales que observará en el curso de dicho procedimiento; destacándose que estas son de pleno conocimiento del Concesionario desde la fecha en que suscribió el Contrato de Concesión.
57. Asimismo, cabe señalar que la actuación del Regulador se ha efectuado en estricto cumplimiento de los términos y condiciones de tramitación que el REMA prescribe para el presente procedimiento. En efecto, a través de los Oficios N° 0087, 0088, 0089, 0090, 0091 y 0092-2019-SCD-OSITRAN, de fecha 23 de mayo de 2019, se notificó al Concesionario y a los Usuarios Intermedios, el Acuerdo N° 2187-671-19-CD-OSITRAN, así como el proyecto de Mandato de Acceso para el Uso de Facilidades Esenciales para la Prestación del Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (arrendamiento de almacenes para el depósito de equipaje rezagado) en el AIJCh, el Informe Conjunto N° 0064-19-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), y el Informe N° 0009-2019-GRE-OSITRAN que sustenta el Cargo de Acceso, con la finalidad de recibir y evaluar los comentarios de las partes al emitir la decisión final.
58. En consecuencia, el procedimiento de determinación del Cargo de Acceso fue llevado a cabo en estricto cumplimiento del principio de Transparencia y de acuerdo con el REMA, por lo que, el argumento formulado por LAP en este extremo también carece de sustento.
59. Asimismo, con relación al comentario de LAP señalado en el **punto vii)**, respecto de que la actuación del Regulador estaría desincentivando la ejecución de inversiones, debemos recordar que, de acuerdo con la cláusula 5.6 del Contrato de Concesión, es responsabilidad del Concesionario realizar las Mejoras, conforme a lo establecido en el Anexo 6 (Propuesta Técnica) y a los Requisitos Técnicos Mínimos indicados en el Anexo 14, con sujeción a lo dispuesto en la cláusula 5 de dicho contrato.
60. En ese marco, como bien señala la aerolínea United Airlines, es una obligación contractual del Concesionario planificar, informar y someter a la aprobación del OSITRAN, de manera oportuna, la documentación previa (planes de inversión), así como la obra ejecutada -en virtud de dichos planes-, de acuerdo con los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión. En tal sentido, debe desestimarse el alegato del Concesionario en el extremo que señala que se estaría vulnerando el principio de “*Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura*” contemplado en el literal b) del artículo 27 del REMA.
61. De otro lado, con respecto a lo señalado en el **punto viii)**, cabe remarcar que, contrariamente a lo afirmado por LAP, el Regulador no ha considerado en el flujo de caja que las inversiones en el noveno contenedor hayan sido ejecutadas en mayo de 2019. En efecto, en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, que sustenta la Resolución materia de impugnación, se señaló lo siguiente:

“69. Así, el activo base considerado en el flujo de caja incluye las inversiones realizadas en los años 2006 y 2012, netas de depreciación. (...)”

70. Asimismo, en la siguiente tabla se muestra el **valor de los activos adquiridos en el año 2018** y su depreciación estimada aplicando también una depreciación lineal.

Tabla 1: Inversiones realizadas en el año 2018

Plan de Inversiones	Vida útil	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Un contenedor	10	9 686					
Depreciación:							
	Vida útil	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Un contenedor	10	0	969	969	969	969	969
Total anual		0	969	969	969	969	969

Total acumulado 0 969 1 937 2 906 3 874 4 843

Fuente: Memo LAP-GPF-2019-0025 adjunto a la Carta N° C-LAP-GCC-2019-014.

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN.

71. Por lo tanto, considerando el valor del total de activos en cada año y la depreciación acumulada, se estimó la inversión acumulada neta de depreciación, así como el valor de rescate de las inversiones al final del horizonte temporal del flujo de caja. Este último asciende a USD 13 040, resultado de detraer la depreciación acumulada al final del horizonte al valor de la inversión bruta acumulada. En la siguiente tabla se muestra el detalle de las proyecciones.

Tabla 2: Proyección de inversiones netas de depreciación

Inversiones	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Activo Inicial	15 530					
Plan de Inversiones	9 686					
Inversión acumulada	25 216	25 216	25 216	25 216	25 216	25 216
Depreciación Total anual		2 688	2 688	2 688	2 688	1 424
Depreciación Total acumulada		2 688	5 376	8 064	10 752	12 176
Inversión acumulada neta	25 216	22 528	19 840	17 152	14 464	13 040
Valor de recupero	0	0	0	0	0	13 040

Fuente: LAP y OSITRAN.

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN."

[El énfasis y subrayado han sido agregados]

62. Como puede observarse, en el flujo de caja empleado para determinar el Cargo de Acceso se consideró como activo base las inversiones en contenedores realizadas en los años 2006 y 2012, netas de depreciación. Asimismo, como parte del valor de los activos referente al Plan de inversiones del año 2018 se consideró la adquisición de un contenedor de equipaje rezagado, de acuerdo con lo señalado en el Informe N° 0704-2019-JCA-GSF-OSITRAN¹⁶, que sustenta la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2019-GSF-OSITRAN, a través de la cual se reconoció como Inversión Directa en Mejoras efectuadas por LAP en el AIJCh, el monto de USD 9 686.
63. Por tanto, lo afirmado por el Concesionario respecto de que el Regulador ha reconocido la **ejecución** de la inversión en el año 2019 carece de sustento, pues habiendo el Regulador observado el cumplimiento de las disposiciones contractuales en materia de ejecución de las Mejoras, y determinado considerar las inversiones en el suministro, implementación e instalación del noveno contenedor, con base en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2019-GSF-OSITRAN de fecha 10 de mayo de 2019; estas fueron incluidas en el año 2018 como parte del valor total los activos en el flujo de caja.
64. Por último, con relación al comentario de LAP señalado en el **punto ix)**, cabe recordar que el mecanismo de regulación de Precios Tope invocado por el Concesionario no es empleado para la determinación de los cargos de acceso, sino únicamente para los servicios finales de TUUA, Aterrizaje y Despegue, Estacionamiento de Naves, Uso de

¹⁶ "Sistema de Calles de Rodaje" se encuentra incluido en el Plan de Diseño y de Trabajo – Presupuesto y Programa de Inversiones 2018 presentado por el Concesionario LAP y aprobado por OSITRAN con Oficio N° 6382-2018-GSF-OSITRAN. En dicho Programa de Inversiones, la referida obra se encuentra dentro de la Funcionalidad I000 – General con el siguiente detalle:

Código Proyecto	Funcionalidad /	Nombre	Año 2018
I040/A-17-I040.07		Implementación de 1 contenedor Equipaje Rezagado	\$ 9,686.00

Mangas y Uso de Instalaciones de Carga Aérea, en los cuales la empresa posee incentivos para la minimización de los costos.

65. A diferencia de ello, el marco regulatorio aplicable al presente procedimiento recae en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), el cual dispone en su artículo 27 que el criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura. En ese marco, conforme ha sido expuesto ampliamente, el Regulador ha evaluado todos los costos y gastos en inversiones asociados al Alquiler de almacenes para depósito de Equipaje Rezagado, observando obligaciones del Concesionario contenidas en el Contrato de Concesión que se encuentran alineadas con el principio de eficiencia previsto en el REMA.

c) El factor de ocupación considerado para la proyección de demanda

66. El Concesionario señala que para calcular el área ofertada (disponible) en el 2018 no puede considerarse únicamente ocho (8) contenedores, dado que la inversión en el noveno contenedor se “ejecutó” en el mes de mayo, su registro contable en julio y los usuarios habrían alquilado dicha facilidad esencial desde octubre del mismo año; indicando, además, que ello habría sido informado tanto en los informes trimestrales como en el Balance PDT - PPI 2018. En ese sentido, LAP indica que, para determinar la oferta de dicho año, debería considerarse en los meses de enero a abril los ocho (8) contenedores que estuvieron disponibles y en los meses restantes de mayo a diciembre, los nueve (9) contenedores efectivamente disponibles. De esta manera, considerando las áreas registradas en su sistema SAP, el Concesionario calcula una oferta de 2 152,16 m².
67. Sobre el particular, tal como fue indicado en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 9 del REGO de OSITRAN, la actuación del Regulador debe orientarse a promover la eficiencia en la asignación de recursos, velando a su vez por el bienestar de los usuarios; destacándose que, conforme a los principios previstos en los artículos 8 y 26 del REMA, para la determinación de los cargos de acceso deben mantenerse los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura.
68. En ese marco, cabe recordar que, conforme a lo establecido en la cláusula 5.7 del Contrato de Concesión, el Concesionario se encuentra obligado a ejecutar las Mejoras cumpliendo con los Requisitos Técnicos Mínimos (RTM) y los Estándares Básicos, debiendo sustentar ante el Regulador los montos derivados de su ejecución, para su revisión y aprobación. Además, a fin de permitir la ejecución adecuada de programas de **aseguramiento y control de calidad**, el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión establece las etapas de desarrollo de cada proyecto de inversión; precisando que el Concesionario deberá entregar a OSITRAN los documentos correspondientes al final de cada etapa para su evaluación, aprobación o desaprobación. De este modo, corresponde al Regulador evaluar, aprobar o desaprobado las Etapas de Desarrollo 8 y 9 que determinan la Conclusión formal del proyecto de construcción y la Ocupación de las instalaciones terminadas y puesta en marcha.
69. En ese contexto, acorde con lo señalado en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, debemos remarcar que, a través del Memorando N° 0992-2019-GSF-OSITRAN de fecha 25 de abril de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización indicó a esta Gerencia que el Concesionario presentó su solicitud de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras correspondiente a la compra del noveno contenedor recién el **17 de abril de 2019**¹⁷, encontrándose en esa fecha observada la Etapa de Desarrollo 8 de dicho proyecto. Posteriormente, mediante la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2019-GSF-OSITRAN emitida el 10 de mayo de 2019, dicha inversión fue reconocida por el Regulador como Inversión Directa en Mejoras.

¹⁷ Mediante la Carta C-LAP-GPF-2019-0489.

70. De esta manera, a pesar de no haberse iniciado el procedimiento para el reconocimiento de inversiones, y por tanto, no contar con las exigencias establecidas en el numeral 1.29 del Anexo 14 para la puesta en marcha y permitir la ejecución adecuada de programas de **aseguramiento y control de calidad**, el Concesionario alquiló los almacenes del noveno contenedor desde octubre de 2018 hasta el término de dicho año. Advirtiéndose ello, para efectos de la determinación del Cargo de Acceso, no resulta razonable considerar el noveno contenedor como parte de la oferta disponible en el año 2018.
71. Por tanto, la solicitud de LAP de considerar nueve (9) contenedores como parte de la oferta disponible durante los meses de mayo a diciembre de 2018 no resulta atendible; y, en ese sentido, se mantiene el factor de ocupación de 91,3%.

d) La estimación de los costos operativos indirectos

72. LAP afirma que resulta poco consistente y razonable que, siendo la metodología de Costos Completamente Distribuidos la que se utiliza para determinar el presente Cargo de Acceso y teniendo la información disponible de los Estados Financieros Regulatorios del año 2017 aprobada por OSITRAN, el Regulador no utilice la información de los costos operativos indirectos correspondientes a Equipaje Rezagado para estimar los costos indirectos en el flujo de caja. Así, el Concesionario indica que, según dicha información, debe tomarse en cuenta el ratio estimado de costos indirectos de 23,53%.
73. Al respecto, acorde con lo señalado en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, cabe recordar que la información sobre costos directos, indirectos y no imputables correspondientes a Equipaje Rezagado se encuentra disponible en los Estados Financieros Regulatorios de LAP desde el año 2008. Así, siguiendo la línea de razonamiento del Concesionario, el Cargo de Acceso tendría que formularse considerando directamente dicha información de costos¹⁸. No obstante, en la determinación del cargo de acceso establecido en el Mandato emitido en el año 2012¹⁹, el Regulador consideró las mismas variables y criterios definidos en la emisión del Mandato de Acceso del año 2007²⁰, sin que su consistencia o razonabilidad sean cuestionadas por el Concesionario. De igual modo, a efectos de determinar el cargo de acceso establecido en el Mandato emitido en el año 2015²¹, se consideró también las mismas variables empleadas en los procedimientos de emisión de Mandato previos.
74. En ese contexto, cabe remarcar que los costos indirectos en el caso que nos atañe son estimados como un porcentaje de la suma de los costos directos²² estimados más la retribución al Estado y la tasa regulatoria pagada a OSITRAN; porcentaje que es obtenido del ratio de costos indirectos²³ y no imputables de los servicios no regulados, respecto de la suma de los costos directos, retribución al Estado y tasa regulatoria, de dichos servicios. Así, en la determinación del Cargo de Acceso correspondiente al Mandato de Acceso del año 2015, el Regulador consideró un ratio de 10,74%, de acuerdo con la información remitida por el Concesionario a través de su Carta LAP-GRE-C-2015-00178, la cual, a su vez, consideró las mismas variables empleadas en la determinación del Cargo de Acceso del año 2007 y 2012, actualizando la información de los Servicios no Regulados del año 2013 de la Contabilidad Regulatoria.

¹⁸ Como es el caso, por ejemplo, de los cargos de acceso por el uso de *counter (check-in)*, oficinas operativas terminadas, oficinas operativas (área gris) y áreas de mantenimiento.

¹⁹ Mandato de Acceso emitido a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2012-CD-OSITRAN.

²⁰ Mandato de Acceso emitido a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2007-CD-OSITRAN.

²¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2015-CD-OSITRAN, y modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2015-CD-OSITRAN, que declara fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP.

²² Costos de mantenimiento y seguro.

²³ Sin considerar depreciación y amortización.

75. Por tanto, observando el Principio de Predictibilidad, según el cual el Regulador procurará utilizar criterios de decisión similares ante situaciones de similares características, y habida cuenta que a la fecha no se han producido variaciones en la información disponible respecto de los dos anteriores procedimientos; no resulta razonable modificar únicamente la información referida a los costos indirectos, toda vez que ello afectaría la consistencia presente en la formulación de los cargos de acceso determinados previamente. .
76. Con relación a lo anterior, cabe anotar que, durante el proceso de revisión de los Estados Financieros Regulatorios del año 2018 presentados por LAP, el Regulador advirtió que, de acuerdo con el Anexo N° 10 – “Asignación de Centros de Costos”, el alquiler de almacenes para depósito de equipaje rezagado no constituye un servicio receptor de costos directos; no obstante, en el Anexo N° 11 – Estado de Ganancias y Pérdida Regulatorio, se le asignan USD 1 000 de gastos directos, y en la pestaña Costos Totales del archivo MS Excel Distribución de OPEX Contabilidad Regulatoria 2018, **se le asignó USD 1 437 en la consolidación de costos directos**. Ante ello, mediante correo electrónico de fecha 9 de abril de 2019, se solicitó al Concesionario que explique dicha inconsistencia; obteniéndose la siguiente respuesta²⁴:

“(…)

En la preparación de la contabilidad regulatoria 2018 en la asignación de costos se sigue los siguientes procesos:

- *Distribución de Gastos Generales*
- *Distribución de Centros de Costos de Apoyo*
- *Asignación de Costos Directos*
- *Asignación de Costos Indirectos*
- *Centros de Costos No Imputables*

*El proceso de “**distribución de gastos generales**” consiste en realizar reasignar algunas cuentas contables que fueron imputados inicialmente en la contabilidad financiera a ciertos centros de costos únicos que son los gestores o administradores del gasto, principalmente por tema presupuestas, **pero que no son los generadores del mismo**. Este reasignación implica que ciertos servicios ya reciban desde este **primer proceso una parte de gasto proveniente de una cuenta contable, lo cual lo hemos clasificado como un costo directo para efectos de presentarlo dentro de uno de los 3 rubros de costo en los estados financieros regulatorios**.*

En el caso del equipaje rezagado, el importe de \$1,437 corresponde por los gastos asignados a este servicio de las cuentas: Seguros, Arbitrios, ITF, Impuesto predial y Fee del operador.

*Cabe indicar que esto no se ha incluido como parte del anexo 10 de distribución directa de centros de costos a servicios **ya que no se trata de una imputación de un centro de costo al servicio sino que es producto de una reasignación previa de una cuenta contable a los centros de costos generadores de dicho gasto**.*

“(…)”

[El énfasis y subrayado han sido agregados]

77. Como puede observarse, de acuerdo con lo manifestado por el Concesionario, los **costos directos** asociados al alquiler de almacenes para depósito de Equipaje Rezagado presentados en sus Estados Financieros Regulatorios, **no provienen de una imputación directa de un centro de costo al servicio**, sino que es producto de una reasignación previa de los gastos generales de **servicios no generadores del gasto; destacándose que dicho criterio de asignación de costos se encuentra reflejado en el Anexo N° 10 de todos los Estados Financieros Regulatorios de años anteriores**.

²⁴ A través del correo electrónico de fecha 10 de abril de 2019.

78. Por tanto, en la medida que dichos costos directos no se condicen con los que el Concesionario ha presentado en el marco del presente procedimiento, emplear el porcentaje que este señala generaría una distorsión en el presente Cargo de Acceso respecto de los determinados en los dos procedimientos anteriores, en los que por lo demás, tanto el Concesionario como el Regulador consideraron porcentajes mucho menores²⁵.
79. En virtud de lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos del Concesionario respecto de considerar el ratio de 23,53% como porcentaje estimado de los costos operativos indirectos empleados en la determinación del presente Cargo de Acceso.

e) La aplicación de la compensación

80. Con respecto a la compensación a los usuarios incluida por el Regulador en el flujo de caja, LAP afirma lo siguiente:
- 1) Al imponer una compensación a los usuarios se está “perjudicando doblemente” al Concesionario, pues el flujo de caja ya recoge un mecanismo “punitivo” a través de la inversión neta ejecutada, la cual al ser menor que la proyectada “castiga” el Cargo de Acceso calculado en la presente revisión, que también será menor.
 - 2) El actual accionar de OSITRAN representa un trato desigual que desincentiva la inversión en contra de lo establecido en el artículo 27 del REMA, toda vez que está castigando si se invierte menos de lo planificado, pero no premia si el monto invertido es mayor.

e.1) Sobre el supuesto doble perjuicio al Concesionario

81. LAP señala que el flujo de caja permite obtener un cargo de acceso que hace que el beneficio económico sea cero ($VAN=0$) y que el cargo que se calcula (en un nuevo periodo) recuperará la inversión neta ejecutada (en el periodo anterior). Bajo esta premisa, indica que en caso de que la inversión realmente ejecutada sea menor que la que fue planificada, el cargo de acceso resultante también será menor.²⁶ A partir de ello, el Concesionario concluye que “el flujo de caja ya recoge un mecanismo **punitivo** a través de la inversión neta”; y que, en ese sentido, se le estaría “perjudicando doblemente” al imponer la compensación a los usuarios.
82. Al respecto, en primer término, debe remarcarse que precisamente la metodología de flujo de caja descontado tiene por finalidad determinar el cargo de acceso que hace que el valor actual neto (VAN) de todos los flujos futuros en determinado horizonte temporal sea igual a cero. De este modo, en cada periodo para el cual se formula dicho cargo, se toma en consideración, además de las proyecciones futuras de ingresos y egresos, el activo base (esto es, la inversión acumulada al año 0, neta de depreciación). Ello, contrariamente a lo

²⁵ 11,82% en el 2012 y 10,74% en el 2015, calculados considerando la información de los servicios no regulados.

²⁶ Con relación a ello, LAP plantea un ejemplo en el que considera 2 periodos: el primero de 3 años y el segundo de 4 años. En el periodo 1 proyecta inversiones en el año 0 para la compra de equipos por USD 10 000 con una vida útil de 5 años (20% de depreciación anual); y, al término de los 3 años, calcula el cargo de acceso para el periodo 2 con 3 escenarios respecto de lo ocurrido en el año 0:

- i) si se invirtió lo planeado (USD 10 000);
- ii) si se invirtió menos que lo planeado (USD 5 000); y,
- iii) si se invirtió más que lo planeado (USD 15 000).

En cada caso, la inversión neta de depreciación al final del tercer año resulta distinta (USD 4 000 en el primer escenario, USD 2 000 en el segundo y USD 6 000 en el tercero); de tal manera que, al calcular el cargo de acceso para el periodo 2, este también será distinto en cada caso, siendo menor en el escenario en el que se invirtió menos de lo planificado.

afirmado por LAP, no constituye en modo alguno un instrumento “punitivo”, sino un mecanismo a través del cual se garantiza el equilibrio en cada periodo.

83. Así, al considerar la inversión neta en el flujo de caja del periodo 2, se obtendrá un cargo de acceso que hace el VAN igual a cero en dicho periodo; no obstante, ello no corrige los montos cobrados en exceso a los usuarios durante el periodo 1 a través de un cargo de acceso que consideró determinada inversión propuesta por el Concesionario, la cual no se ejecutó²⁷. En ese sentido, en el presente caso no existe el doble perjuicio que alega LAP, sino únicamente un cargo de acceso que garantiza el equilibrio en el periodo 2 (2019-2023), considerando una compensación a los usuarios por el cobro en exceso efectuado por LAP durante el periodo 1 (2015-2018) a través de un cargo de acceso de USD 7,09 por m², que consideró las inversiones propuestas por este (adquisición de dos contenedores por USD 7 402 en el año 2015), las cuales decidió no ejecutar.

e.2) Sobre el supuesto trato desigual

84. LAP afirma que el actual accionar de OSITRAN le está “castigando” si invierte menos de lo planificado pero que no le “premia” si el desembolso invertido es mayor que lo planificado. Como se recuerda, a través de la Carta N° C-LAP-GRE-2019-00516²⁸, el Concesionario manifestó que en el flujo de caja con el cual se determinó el Cargo de Acceso correspondiente al periodo 2012-2015, se tenía planificado ejecutar una inversión en el año 2012 por un monto de USD 6 921 pero que en ese año este ejecutó una inversión de USD 22 315, es decir, USD 15 393 más que lo planificado. En ese contexto, LAP señala que:
- i) Con respecto a la desviación de USD 22 315 versus USD 6 921, OSITRAN no puede inferir que LAP no tuvo mayores inversiones debido a que se trató de un solo contenedor y no de dos. Se invirtió en habilitar un contenedor por USD 22 315 según el alcance requerido acorde a la demanda de los usuarios intermedios.
 - ii) El accionar de OSITRAN constituye un trato desigual que desincentiva la inversión en contra de lo establecido en el artículo 27 del REMA, que indica que el cargo de acceso debe permitir a la entidad prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura.
85. A partir de ello, el Concesionario solicita que se elimine la compensación a los usuarios considerada por el Regulador o que, en su defecto, se calcule una compensación a favor de este por haber invertido más de lo planificado según los alcances solicitados por los usuarios.
86. Con relación al **punto i)**, cabe recordar que, a diferencia de lo señalado por el Concesionario, el monto de USD 22 315 invertido por este en el año 2012 fue destinado a la adquisición e instalación de dos (2) contenedores de 20 pies, y no a uno (1) como este indica. Así, tal como fue señalado en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN²⁹, el mayor monto invertido por LAP en dicho año se debió única y exclusivamente a una variación en los costos producto de su gestión en el suministro, habilitación, puesta en obra e instalación de los referidos dos (2) contenedores.³⁰

²⁷ Siguiendo el ejemplo y los supuestos de LAP, con una inversión proyectada de USD 10 000, el cargo de acceso que hace el VAN=0 durante los tres primeros años (periodo 1) asciende a **USD 8,63**; mientras que, si se hubiera considerado una inversión de USD 5 000, este ascendería a **USD 5,81**. Es decir, al considerar una inversión mayor que la realmente ejecutada, los usuarios terminan pagando en dicho periodo un monto en exceso de USD 2,82 por el cargo de acceso. Esta diferencia es la que corresponde restituir a los usuarios a través de la compensación, toda vez que obedece exclusivamente a una decisión del Concesionario. Para mayor detalle de los cálculos, ver Anexo I.

²⁸ De fecha 7 de junio de 2019, a través de la cual el Concesionario remitió sus comentarios al proyecto de Mandato de Acceso.

²⁹ Que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN.

³⁰ En efecto, a través de la Carta N° LAP-GRE-C-2015-00178, de fecha 30 de marzo de 2015, remitida en el marco del procedimiento de emisión del Mandato de Acceso que entró en vigencia en el año 2015, el

87. En ese orden, se reitera que el Regulador no ha aplicado “un trato desigual frente a un mismo hecho” ni ha realizado ninguna inferencia respecto de la decisión adoptada por LAP en la ejecución de las inversiones. Como ha sido explicado en extenso, la compensación a los usuarios considerada en el Cargo de Acceso obedece a que el Concesionario decidió no ejecutar las inversiones a las que se comprometió a través del Mandato de Acceso emitido en el año 2015 que estableció un cargo que consideraba dichas inversiones propuestas por este. En ese sentido, la compensación constituye el monto que LAP cobró en exceso a los usuarios todos los meses durante el periodo 2015-2018.
88. Por otro lado, cabe remarcar que, de acuerdo con la Cláusula 22 del Contrato de Concesión, el Concesionario asume por su propia cuenta los gastos y riesgos relacionados, entre otros, con la realización de las Mejoras, y todas aquellas materias u operaciones bajo su control en la Concesión. En ese contexto, conforme ha sido señalado en anteriores pronunciamientos del Regulador, los cargos de acceso no tienen como finalidad imputar a los usuarios intermedios posibles pérdidas producidas por proyecciones pasadas del Concesionario, por lo que, en este caso concreto, no corresponde calcular una compensación a favor de este por las mayores inversiones ejecutadas en el año 2012 que alega, toda vez que estas no responden a la implementación de mayor infraestructura sino a una variación en los costos; destacándose que, de acuerdo a dicha disposición contractual, LAP debe asumir plenamente los gastos y riesgos asociados a su libre decisión.
89. Con respecto al **punto ii)**, cabe subrayar que el criterio empleado por el Regulador de ningún modo constituye un trato desigual ni pretende desincentivar la inversión. Por el contrario, en todos los procedimientos de emisión de Mandato de Acceso, el Regulador determina el monto del cargo de acceso asegurando el equilibrio en el periodo correspondiente al flujo de caja económico que sustenta dicho cargo, toda vez que es el que genera un Valor Actual Neto (VAN) igual a cero para dicho periodo. Así, en el presente caso, el Cargo de Acceso determinado a través de la Resolución N° 037-2019-CD-OSITRAN garantiza que el VAN de los flujos proyectados en el periodo 2019-2023 sea igual a cero, considerando el monto cobrado en exceso por LAP durante el periodo 2015-2018.
90. En virtud de lo expuesto, deben desestimarse todos los argumentos presentados por LAP en su Recurso de Reconsideración, con respecto a la incorporación de la compensación en el flujo de caja.

IV. CONCLUSIONES

Concesionario adjuntó el Memo N° LAP-GPF-2015-00102, en el cual señaló lo siguiente:

- “1. En la revisión del año 2012, LAP presentó información sobre la compra de **dos contenedores de 20 pies** en soles por un monto de S/ 37,847 (no se indicó un monto en dólares) (...)
2. En la presente revisión (2015), se alcanzó el costo real de la inversión por una suma de S/ 66,654.89 según la orden de servicio N° 4400018876². Es así que excluyendo el efecto del tipo de cambio, el incremento en soles versus lo presupuestado en 2012 es de 76%.
3. Este presupuesto alcanzado en la revisión del 2012 fue elaborado internamente, el cual implicaba que la compra de contenedores, los trabajos de Obras preliminares, arquitectura e instalaciones eléctricas iban a contratarse por separado bajo la supervisión y gestión del personal de LAP. Finalmente, LAP al no contar con los recursos necesarios (personal) para gestionar el trabajo decide realizar un concurso en el que un único contratista realice todos los trabajos³.

² Extraído del Memo LAP-GPF-2015-00064.

³ Suministro, habilitación, puesta en obra e instalación de 2 contenedores.”

[El énfasis y subrayado son nuestros]

1. Los argumentos presentados por el Concesionario para impugnar el Cargo de Acceso establecido en el Mandato emitido a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, versan sobre los siguientes aspectos:
 - a. Las medidas del área disponible a rentar;
 - b. El marco regulatorio considerado para determinar el incremento del área disponible y las inversiones;
 - c. El factor de ocupación considerado para la proyección de demanda;
 - d. La estimación de los costos operativos indirectos; y,
 - e. La aplicación de la compensación.
2. Con respecto a las medidas del área disponible a rentar, deben desestimarse todos los argumentos del Concesionario en tanto lo afirmado por este respecto de que el Regulador habría llevado a cabo en el año 2012 una medición del interior de un contenedor de 40 pies y otro de 20 pies sin considerar las separaciones internas de cada contenedor, y de que la oferta mensual disponible de los primeros ocho (8) contenedores es 159,60 m², no solo carecen de sustento, sino que además son incongruentes con su propuesta presentada en el marco de la emisión de los Mandatos de Acceso de los años 2012 y 2015.
3. Por tanto, se reitera que cualquier regularización o “ajuste” que deba realizar el Concesionario en su sistema SAP, será para guardar consistencia con la información remitida por este, y que fue verificada y considerada por el Regulador en los procedimientos previos de emisión de Mandato de Acceso; por lo que dicho “ajuste” no debería significar una modificación de las áreas consignadas en los Contratos de Acceso por el arrendamiento de los almacenes, en perjuicio de los usuarios.
4. Con respecto al marco regulatorio considerado para determinar el incremento del área disponible y las inversiones, deben desestimarse todos los argumentos del Concesionario por las siguientes razones:
 - (i) Contrariamente a lo afirmado por LAP, el Regulador no ha interpretado el concepto de eficiencia referido en los artículos 8, 26 y 27 del REMA como el cumplimiento de “meras” disposiciones contractuales y legales o de un procedimiento formal. En el ejercicio de sus funciones, el Consejo Directivo de OSITRAN ha observado obligaciones del Concesionario contenidas en el Contrato de Concesión, que se encuentran alineadas con los principios económicos de eficiencia productiva y eficiencia asignativa.
 - (ii) El principio de Predictibilidad o Confianza Legítima previsto en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que las autoridades pueden apartarse de antecedentes administrativos, siempre que su decisión se encuentre debidamente motivada; situación que se ha realizado en el presente procedimiento, así como en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, en el cual se expresan claramente las razones que sustentan el criterio técnico empleado en este caso por el Regulador para determinar el incremento del área disponible y las inversiones consideradas en el flujo de caja. Además, la determinación del Cargo de Acceso fue llevada a cabo en estricto cumplimiento del principio de Transparencia que resulta de aplicación al presente procedimiento a cargo de OSITRAN. Siendo ello así, el argumento formulado por LAP en este extremo también carece manifiestamente de fundamento legal.
 - (iii) Es una obligación contractual del Concesionario planificar, informar y someter a la aprobación del OSITRAN, de manera oportuna, la documentación previa (planes de inversión), así como la obra ejecutada -en virtud de dichos planes-, de acuerdo con los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión. En tal sentido, debe desestimarse el alegato del Concesionario en el extremo que señala que se estaría vulnerando el principio de “*Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura*” contemplado en el literal b) del artículo 27 del REMA.

- (iv) Lo afirmado por el Concesionario respecto de que el Regulador ha reconocido la ejecución de la inversión en el año 2019 carece de sustento, pues habiendo el Regulador observado el cumplimiento de las disposiciones contractuales en materia de ejecución de las Mejoras, y determinado considerar las inversiones en el suministro, implementación e instalación del noveno contenedor, con base en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0041-2019-GSF-OSITRAN de fecha 10 de mayo de 2019; estas fueron incluidas en el año 2018 como parte del valor total los activos en el flujo de caja.
 - (v) A diferencia de lo señalado por el Concesionario, en el presente procedimiento no resulta aplicable el mecanismo regulatorio de Precios Tope, sino que el marco regulatorio aplicable recae en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), el cual dispone en su artículo 27 que el criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura. En ese marco, conforme ha sido expuesto ampliamente, el Regulador ha evaluado todos los costos y gastos en inversiones asociados al Alquiler de almacenes para depósito de Equipaje Rezagado, observando obligaciones del Concesionario contenidas en el Contrato de Concesión que se encuentran alineadas con el principio de eficiencia previsto en el REMA. En tal sentido, debe desestimarse también este extremo de sus argumentos.
5. Con respecto a la estimación del factor de ocupación del año 2018, cabe remarcar que el Concesionario alquiló los almacenes del noveno contenedor desde octubre de 2018 hasta el término de dicho año, a pesar de no haberse iniciado el procedimiento para el reconocimiento de inversiones, ni contar con las exigencias establecidas en el numeral 1.29 del Anexo 14 para la puesta en marcha y permitir la ejecución adecuada de programas de **aseguramiento y control de calidad**. Advirtiéndose ello, para efectos de la determinación del Cargo de Acceso, no resulta razonable considerar el noveno contenedor como parte de la oferta disponible en el año 2018. Por tanto, la solicitud de LAP de considerar nueve (9) contenedores como parte de la oferta disponible durante los meses de mayo a diciembre de 2018 no resulta atendible; y, en ese sentido, se mantiene el factor de ocupación de 91,3%.
6. Con relación al porcentaje calculado para estimar los costos indirectos, habida cuenta que este se obtiene con información de los costos directos registrados en los Estados Financieros Regulatorios y que, en el caso del alquiler de almacenes para depósito de equipaje rezagado, dichos costos directos no se condicen con los que el Concesionario ha presentado en el marco del presente procedimiento; emplear el porcentaje que este señala generaría una distorsión en el presente Cargo de Acceso respecto de los determinados en los dos procedimientos anteriores, en los que por lo demás, tanto el Concesionario como el Regulador consideraron porcentajes mucho menores. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos del Concesionario respecto de considerar el ratio de 23,53% como porcentaje estimado de los costos operativos indirectos empleados en la determinación del presente Cargo de Acceso.
7. En cuanto a la compensación, debemos recalcar que, en el presente caso, no existe el doble perjuicio que alega LAP, sino únicamente un cargo de acceso que garantiza el equilibrio en el periodo 2019-2023, considerando una compensación a los usuarios por el cobro en exceso efectuado por LAP durante el periodo 2015-2018 a través de un cargo de acceso de USD 7,09 por m², que consideró las inversiones comprometidas por este (adquisición de dos contenedores por USD 7 402 en el año 2015), las cuales decidió no ejecutar. Asimismo, cabe subrayar que el criterio empleado por el Regulador de ningún modo constituye un trato desigual ni pretende desincentivar la inversión. Por el contrario, el Cargo de Acceso determinado a través de la Resolución N° 037-2019-CD-OSITRAN garantiza que el valor actual neto (VAN) de los flujos proyectados en el periodo 2019-2023 sea igual a cero, considerando el monto cobrado en exceso por LAP durante el periodo 2015-2018.

8. Por tanto, esta Gerencia se ratifica en las conclusiones arribadas en el Informe N° 0020-2019-GRE-OSITRAN, que sustenta un cargo de acceso mensual de USD 7,45 por m² (sin IGV).

V. RECOMENDACIÓN

Se recomienda a la Gerencia General elevar el presente informe para la consideración del Consejo Directivo del OSITRAN, en el que se desestiman los fundamentos de hecho y de derecho presentados por el Concesionario con respecto al Cargo de Acceso establecido en el Mandato de Acceso dictado por la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

Elaborado por: Arlé Quispe, Fiorella Ruiz, Martín Morillo
NT: 2019074934

ANEXO I

Análisis de ejemplo de LAP con respecto a la compensación a los usuarios

Para demostrar la presencia de un mecanismo punitivo, LAP presenta un ejemplo mediante el cual concluye que, ante una inversión ejecutada menor a la proyectada, el cargo de acceso resultante sería menor y, por tanto, si la empresa realiza una inversión inferior a la proyectada en el cargo de acceso previo, al momento de realizar la revisión de dicho cargo, este se reduciría como consecuencia de la actualización del valor efectivo (y neto) de la inversión que proyectó inicialmente.

Sin embargo, el ejemplo presentado por LAP falla al no considerar que, durante el periodo en que estuvo vigente el cargo de acceso inicial, la empresa efectuó el cobro de un cargo que permitiría la recuperación de una inversión superior a la efectivamente ejecutada y que, de haberse considerado el monto efectivo de la inversión al momento de estimar el cargo inicial, los usuarios hubieran pagado un cargo de acceso inferior durante los tres primeros años.

Lo anterior puede observarse mejor si, tomando como base el ejemplo presentado por el Concesionario, se reconstruyen los tres primeros años y se calculan los cargos respectivos, considerando en ambos casos la tasa de descuento de 10% asumida por LAP:

Caso a: Se proyectó un monto de inversión por USD 10 000

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 3'	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8
Cantidad		500	500	500		500	500	500	500	500
Cargo		8,63	8,63	8,63		5,11	5,11	5,11	5,11	5,11
Ingresos		4 313	4 313	4 313		2 555	2 555	2 555	2 555	2 555
Costo operativo		-1 500	-1 500	-1 500		-1 500	-1 500	-1 500	-1 500	-1 500
Inversión Neta	-10 000			4 000	-4 000					
FC	-10 000	2 813	2 813	6 813	-4 000	1 055	1 055	1 055	1 055	1 055
VAN	0				0					

Caso b: Se ejecutó un monto de inversión por USD 5 000

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 3'	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8
Cantidad		500	500	500		500	500	500	500	500
Cargo		5,81	5,81	5,81		4,06	4,06	4,06	4,06	4,06
Ingresos		2 906	2 906	2 906		2 028	2 028	2 028	2 028	2 028
Costo operativo		-1 500	-1 500	-1 500		-1 500	-1 500	-1 500	-1 500	-1 500
Inversión Neta	-5 000			2 000	-2 000					
FC	-5 000	1 406	1 406	3 406	-2 000	528	528	528	528	528
VAN	0				0					

Al respecto, como puede observarse, en el primer escenario, al proyectar una inversión por USD 10 000, el cargo de acceso aplicable durante los tres primeros años ascendería a USD 8,63, mientras que en el segundo escenario, al ejecutar una inversión por USD 5 000, inferior a la proyectada inicialmente, el cargo de acceso se reduciría a USD 5,81; es decir, la decisión de la empresa de invertir un monto por debajo de lo proyectado se vería reflejado en un mayor cargo de acceso pagado por los usuarios durante los tres primeros años.

**INFORME CONJUNTO N° 00073-2020-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)**

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

JOHN VEGA VÁSQUEZ
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Recurso de Reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN, que dictó Mandato de Acceso en favor de LATAM AIRLINES PERÚ S.A. y AVIANCA PERÚ S.A., con el fin de que puedan prestar el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (inspección de equipaje en bodega) en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez
Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público

Referencia : Escrito N° 1 de fecha 05.03.2020

Fecha : 6 de julio de 2020

I. OBJETO

1. Emitir pronunciamiento sobre la impugnación interpuesta por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP o el Concesionario) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN, que dictó Mandato de Acceso en favor de LATAM AIRLINES PERÚ S.A. (Latam) y AVIANCA PERÚ S.A. (Avianca) (en adelante, las Aerolíneas o los Usuarios Intermedios) con el fin de que puedan prestar el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (inspección de equipaje en bodega) en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCh), estableciendo las condiciones y Cargo de Acceso correspondientes.

II. ANTECEDENTES

2. El 03 de octubre de 2018, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 029-2018-CD-OSITRAN, se aprobó la modificación¹ de los incisos d) y s) del artículo 4, y los Anexos 1 y 3 del Reglamento de Acceso de LAP. En dichas modificaciones se encuentra, entre otras, la inclusión del Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega (Sistema HBS²) en el AIJCh como una Facilidad Esencial correspondiente al Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje.
3. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN -sustentada en el Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica (GRE-GSF-GAJ)-, se dictó Mandato de Acceso a LAP en favor de los Usuarios Intermedios, con el fin de que puedan prestar el Servicio Esencial de

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/07/2020
20:44:03 -0500

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/07/2020
21:14:06 -0500

Firmado por: VEGA
VASQUEZ John
Albert FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/07/2020
21:31:42 -0500

Visado por: CAMPOS FLORES
Luis Danilo FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/07/2020 21:29:05 -0500

Visado por: MAMANI OSORIO
Ernesto Alberto FIR 09830351 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/07/2020 21:27:39 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/07/2020 20:48:55 -0500

Visado por: ROJAS BARRON
Flores FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 09:22:59 -0500

Visado por: QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/07/2020 20:44:03 -0500

¹ Solicitada por LAP a través de la Carta N° LAP-GRE-C-2018-0499 recibida por el Regulador el 22 de junio de 2018.

² Por sus siglas en inglés: *Hold Baggage Screening*.

Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (inspección de equipaje en bodega) en el AIJCh; estableciendo las condiciones y Cargo de Acceso correspondientes. Dicha resolución fue notificada el 13 de febrero de 2020 a LAP, Avianca y Latam a través de los Oficios N° 0041, 0042 y 0043-SCD-OSITRAN, respectivamente.

4. Mediante el Escrito N° 1, de fecha 5 de marzo de 2020, LAP interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN, cuestionando, entre otro, determinados aspectos sobre la determinación del Cargo de Acceso. Asimismo, a través de dicho documento, solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN.
5. A través del Oficio N° 0076-2020-SCD-OSITRAN³, notificado el 11 de marzo de 2020, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán comunicó al Concesionario la programación de la Audiencia de uso de la palabra para el día 18 de marzo de 2020.
6. El 13 de marzo de 2020, mediante el Oficio Circular N° 001-2020-GAJ-OSITRAN, se puso en conocimiento de Latam y Avianca el recurso de reconsideración interpuesto por LAP.
7. Mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020 en el diario oficial “El Peruano”, el Poder Ejecutivo declaró el “Estado de Emergencia Nacional” por un periodo de quince (15) días calendario, disponiendo el aislamiento social obligatorio (cuarentena) de los ciudadanos a nivel nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19; y, además, la restricción de los derechos a la libertad de reunión y el libre tránsito en el territorio nacional, entre otros derechos constitucionales.
8. Mediante Decreto de Urgencia N° 026-2020, publicado también el 15 de marzo de 2020, se establecieron diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional; específicamente, en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final, se dispone la suspensión por treinta (30) días hábiles del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de dicha norma, pudiendo estos ser prorrogados mediante Decreto Supremo refrendado.
9. Por medio del correo electrónico de fecha 16 de marzo de 2020, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán remitió a LAP el Oficio N° 077-2020-SCD-OSITRAN mediante el cual le informó que, teniendo en cuenta el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que declara el Estado de Emergencia Nacional como consecuencia del brote del COVID-19, se suspendía el uso de la palabra concedido en tanto dure las medidas adoptadas por el gobierno.
10. Con fecha 28 de abril de 2020, se publicó el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM, cuyo artículo 1 prorrogó la suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de dicha norma, por el término de quince (15) días hábiles contados a partir del 29 de abril del 2020.
11. Con fecha 5 de mayo de 2020, mediante la Carta S/N, Latam remitió sus comentarios al Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP; solicitando, además, el uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN.
12. Mediante Carta S/N recibida el 6 de mayo de 2020, Latam remitió la información anexada a su Carta remitida el 5 de mayo de 2020, subsanando así la observación efectuada mediante la NT 2020032014.
13. Con fecha 20 de mayo de 2020, se publicó en el diario oficial “El Peruano” el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, cuyo artículo 1 prorrogó hasta el 10 de junio de 2020 la

³ Notificada también a Avianca y a Latam el día 12 de marzo de 2020.

suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de dicha norma, regulado en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM.

14. Por medio del correo electrónico de fecha 12 de junio de 2020, notificado el 15 de junio de 2020, el Ositrán remitió a LAP el Oficio N° 00082-2020-SCD-OSITRAN por medio del cual la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán informó al Concesionario la programación de la Audiencia de uso de la palabra para el día 24 de junio de 2020 de manera no presencial a través de la plataforma Microsoft Teams.
15. A través del correo electrónico de fecha 12 de junio de 2020, el Ositrán remitió a Latam el Oficio N° 00083-2020-SCD-OSITRAN por medio del cual la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán le informó la programación de la Audiencia de uso de la palabra para el día 24 de junio de 2020 de manera no presencial mediante la plataforma Microsoft Teams.
16. Con fecha 23 de junio de 2020, el Concesionario presentó el Escrito N° 2, a fin de que sea tomado en consideración por el Consejo Directivo del Ositrán al resolver su recurso de reconsideración.
17. El 24 de junio de 2020 se llevó a cabo la audiencia de uso de la palabra por parte del Concesionario y de Latam ante el Consejo Directivo.
18. Con fecha 25 de junio de 2020, el Concesionario remitió el Escrito N° 3 a través del cual adjuntó información a efectos de que se tenga en cuenta al momento de resolver su recurso de reconsideración.
19. Por medio del Memorando N° 0061-2020-SCD-OSITRAN⁴, de fecha 26 de junio de 2020, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán remitió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización información⁵ relativa al uso de la palabra ante el Consejo Directivo por parte de LAP.
20. A través del Memorando N° 0062-2020-SCD-OSITRAN⁶, de fecha 26 de junio de 2020, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán remitió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización información⁷ relativa al uso de la palabra ante el Consejo Directivo por parte de Latam.

⁴ Con copia a la Presidencia del Consejo Directivo, a la Gerencia General, a la Gerencia de Asesoría Jurídica y a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos.

⁵ Remitió la siguiente información:

- Captura de imagen de la lista de participantes, a través de la plataforma Microsoft Teams, correspondiente al uso de la palabra de la empresa Lima Airport Partners S.R.L., realizada el día 24 de junio de 2020.
- Link conteniendo la grabación de la presentación: https://ositrانmy.sharepoint.com/:f/g/personal/ncastillon_ositran_gob_pe/Et1vR4jmNYIOpZTje7QGvy0Bw5yIBPtQxVliqlmnYi7rlQ?e=R4KGED.
- La ppt de la exposición.
- Copia de los Oficios N° 0076, 0077 y 0082-2020-SCD-OSITRAN mediante los cuales se informa sobre el hacer uso de la palabra.

⁶ Con copia a la Presidencia del Consejo Directivo, a la Gerencia General, a la Gerencia de Asesoría Jurídica y a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos.

⁷ Remitió la siguiente información:

- Captura de imagen de la lista de participantes, a través de la plataforma Microsoft Teams, correspondiente al uso de la palabra de la empresa LATAM AIRLINES PERÚ S.A., realizada el día 24 de junio de 2020.
- Link conteniendo la grabación de la presentación:

21. Mediante Escrito s/n recibido el 30 de junio de 2020, Latam remitió sus comentarios en atención a lo expuesto en la Audiencia de uso de la palabra de fecha 24 de junio de 2020.

III. ANÁLISIS

22. La presente sección se ha estructurado del siguiente modo:

- A. Admisibilidad de la impugnación interpuesta
- B. Marco normativo aplicable
- C. Análisis de los argumentos presentados por el Concesionario en su impugnación

A. Admisibilidad de la impugnación interpuesta

23. Conforme a lo indicado en los Antecedentes, la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN (en adelante, Resolución Impugnada) que dictó Mandato de Acceso en favor de los Usuarios Intermedios, con el fin de que puedan prestar el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (inspección de equipaje en bodega) en el AIJCh (en adelante, Mandato de Acceso o Mandato), fue notificada el 13 de febrero de 2020.
24. Al respecto, el numeral 218.2 del artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), establece un plazo perentorio de 15 días hábiles para la interposición de recursos administrativos. En ese sentido, en el presente caso dicho plazo venció el 05 de marzo de 2020.
25. El 5 de marzo de 2020, LAP interpuso recurso de reconsideración con Escrito N° 1, cuestionando la determinación del cargo de acceso incluida en el Mandato debido a que: (i) el sistema HBS incluye un porcentaje de las fajas transportadoras que permiten la inspección del equipaje en bodega, (ii) la unidad de cobro debe ser la de “Pasajero” sobre la base de información de la TUUA, y (iii) las inversiones especificadas por el Concesionario debieron ser consideradas; asimismo, LAP cuestionó que no se haya incorporado en el Mandato de Acceso lo siguiente: (i) la necesidad de LAP de tener una relación contractual con el operador del sistema HBS y (ii) las obligaciones de los Usuarios Intermedios relacionadas con el pago a terceros y la restricción a la emisión de comunicados o notas de prensa. Así, LAP solicitó al Consejo Directivo declarar fundado su recurso y dejar sin efecto la Resolución Impugnada.
26. Posteriormente, el 23 de junio de 2020, LAP presentó el Escrito N° 2 solicitando que se tengan presentes sus argumentos allí planteados. A partir de la revisión del referido escrito y los documentos que lo acompañan, se identifica que el Concesionario no solo complementó y amplió sus argumentos, sino que además incorporó solicitudes adicionales: (i) se declare la nulidad de la Resolución Impugnada, (ii) se realice una nueva estimación de la demanda para el cálculo del Cargo de Acceso, y (iii) se incorpore en el Mandato de Acceso, determinadas obligaciones a los Usuarios Intermedios que no fueron materia del proceso de negociación. Adicionalmente, el 25 de junio de 2020 LAP remitió un Escrito N° 3, presentando información sobre la estimación de demanda.
27. Al respecto, se advierte que el recurso de reconsideración fue presentado el 05 de marzo de 2020, es decir, dentro del plazo establecido en el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG, verificándose además que el mismo cumple con los requisitos exigidos en los artículos 124, 219 y 221 del TUO de la LPAG; en ese sentido, corresponde continuar con el procedimiento recursivo.

https://ositrans.sharepoint.com/:f/g/personal/ncastillon_ositran_gob_pe/Eq0eZP9UBmNKvZOgRZe7TcwB9FN3zSzOlq9Qx9NrbKWfuw?e=nzzZpe

- La ppt de la exposición.
- Copia del Oficio N° 0083-2020-SCD-OSITRAN mediante el cual se citó para hacer uso de la palabra.

28. No obstante, en el caso de las nuevas solicitudes incluidas en el Escrito N° 2, éstas se han presentado con posterioridad al 5 de marzo de 2020, momento en el que ya había vencido el plazo para la interposición de recursos administrativos; en consecuencia, resultan extemporáneas.
29. Sobre el particular, es importante mencionar que el numeral 68.1⁸ del artículo 68 y el numeral 172.1⁹ del artículo 172 del TUO de la LPAG -base legal indicada por LAP en su Escrito N° 2- reconocen tanto la facultad de los administrados para proporcionar a las entidades la información y documentos vinculados a sus peticiones o reclamos que estimen necesarios para obtener el pronunciamiento, como el derecho a formular alegaciones, aportar documentos, u otros elementos de juicio para resolver, respectivamente. Sin embargo, tales garantías no pueden entenderse contrarias a lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11¹⁰, el 218.2¹¹ del artículo 218 y en el numeral 151.4¹² del artículo 151 del TUO de la LPAG, que regulan los aspectos referidos a: la nulidad que pueden plantear los administrados a través de sus recursos administrativos, el carácter perentorio del plazo para interponer recursos administrativos y la preclusión por el vencimiento de plazos que opera en procedimientos trilaterales, como el presente, en el que en todo momento debe garantizarse el tratamiento paritario de las partes.
30. Siendo así, el recurso de reconsideración interpuesto es admisible y se procederá a revisar el acto administrativo emitido, salvo en el extremo que incorpora las solicitudes para que (i) se declare la nulidad de la Resolución Impugnada, (ii) se realice una nueva estimación de la demanda para el cálculo del Cargo de Acceso, y (iii) se incluya en el Mandato de Acceso determinadas obligaciones a los Usuarios Intermedios, extremo que debe ser declarado inadmisibles por extemporáneo, de conformidad con el numeral 227.1¹³ del artículo 227 del TUO de la LPAG.

B. Marco normativo aplicable

31. El artículo 11 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) establece que OSITRAN está facultado para ordenar el otorgamiento del

⁸ “Artículo 68.- Suministro de información a las entidades
68.1 Los administrados están facultados para proporcionar a las entidades la información y documentos vinculados a sus peticiones o reclamos que estimen necesarios para obtener el pronunciamiento.
(...)”

⁹ “Artículo 172.- Alegaciones
172.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.
(...)”

¹⁰ Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad
11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

¹¹ “Artículo 218. Recursos administrativos
(...)
218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.”

¹² “Artículo 151.- Efectos del vencimiento del plazo
(...)
151.4 La preclusión por el vencimiento de plazos administrativos opera en procedimientos trilaterales, concurrenciales, y en aquellos que por existir dos o más administrados con intereses divergentes, deba asegurárselas tratamiento paritario.”

¹³ “Artículo 227.- Resolución
227.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.
(...)”

derecho de acceso o sustituir la voluntad de las partes en caso de falta de un acuerdo entre ellas. En esa línea, el artículo 43 establece que OSITRAN podrá emitir Mandatos de Acceso, determinando, a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial del Contrato de Acceso. Los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes.

32. Por su parte, el artículo 25 del REMA dispone que el Cargo de Acceso es cualquier pago efectuado a una Entidad Prestadora como contraprestación por el uso de una Facilidad Esencial, sin importar su naturaleza; destacándose que la modalidad o combinación de modalidades que adopte dicho cargo dependerá de lo adoptado en el Contrato de Acceso, siempre que este no constituya una barrera al Acceso.

33. Así, conforme al artículo 26 del REMA, los principios económicos que rigen la determinación de los Cargos de Acceso son, entre otros, los siguientes:

- a) Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura.
- b) Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura.
- c) Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
- d) Incentivar la entrada de prestadores de servicios eficientes, a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de recursos.
- e) Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los Contratos de Acceso.
- f) Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.
- g) Evitar que los Cargos de Acceso cubran costos ya pagados por la prestación de servicios finales.

34. De este modo, y acorde con el artículo 27 del REMA, la contraprestación monetaria por el uso de las Facilidades Esenciales debe *“permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura, que incluyen un margen de utilidad razonable. (...)”* Así, considera, entre otras, las siguientes metodologías que OSITRAN puede emplear para determinar el Cargo de Acceso:

- a) Costos incrementales de largo plazo
- b) Costos completamente distribuidos
- c) Empresa modelo eficiente
- d) Por comparación (*benchmarking*).

35. Cabe subrayar, además, que el REMA privilegia la negociación entre las partes para la determinación de las condiciones de acceso, y entre ellas, del Cargo de Acceso. En el presente caso, tal como se señaló anteriormente, la actuación del Regulador se justifica al no haberse llegado a un acuerdo, entre otros, sobre el Cargo de Acceso por el uso de la Facilidad Esencial para la prestación del Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (inspección de equipaje en bodega) en el AIJCh. Con relación a ello, cabe destacar que el artículo 99 del REMA dispone que el Cargo de Acceso que fije OSITRAN se establecerá dentro de los límites propuestos por las partes durante el periodo de negociación, siempre que consten en las respectivas actas de negociación.

C. Análisis de los argumentos presentados por el Concesionario

36. A través del Escrito N° 01 presentado por LAP el 5 de marzo de 2020, el Concesionario solicita que se declare fundado su Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN, sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho que se encuentran agrupados en seis (6) aspectos principales:

- 1. Sobre la unidad de cobro del Cargo de Acceso;
- 2. Sobre las inversiones que considerarse en el Cargo de Acceso;

3. Sobre la distinción entre el Sistema de Inspección de Equipaje (Sistema HBS¹⁴) y el Sistema de Despacho de Equipaje (Sistema BHS¹⁵);
 4. Sobre los costos operativos de mantenimiento previos a la entrada en vigencia del cargo de acceso;
 5. Sobre la fecha de inicio de cobro del Cargo de Acceso; y,
 6. Sobre las cláusulas no incluidas en el Mandato de Acceso.
37. Adicionalmente, a través del Escrito N° 2, el Concesionario solicitó que:
7. Se realice una nueva estimación de la demanda para el cálculo del Cargo de Acceso, para lo cual remitió información adicional a través del Escrito N° 3.
38. A continuación, se analizan cada uno de ellos.

C.1. Sobre la unidad de cobro del Cargo de Acceso

39. En líneas generales, el Concesionario reafirma su posición respecto de que la unidad de cobro del Cargo de Acceso debe ser por “Pasajero” considerando la base de datos generada por el cobro de la TUUA; alegando lo siguiente:
- i. En ningún momento LAP ha señalado que la facturación que realiza Longport Perú S.A. (en adelante, LONGPORT) es por **“Pasajero que factura equipaje en bodega”**. Conforme a lo establecido en el Contrato con LONGPORT, dicha compañía “debe facturar y factura” a las líneas aéreas por la prestación del servicio de inspección de equipaje en bodega, un importe por **“Pasajero”**. No obstante, existe una diferencia entre la información sobre el número de pasajeros que reporta LONGPORT, en base a la información que previamente le brindan las líneas aéreas, y la que corresponde a la TUUA.
 - ii. El criterio de establecer como unidad de cobro la de **“Pasajero”** fue producto del proceso de negociación del Contrato de Acceso, que se llevó a cabo con las líneas aéreas Latam y Avianca en abril del año 2018. En dicho proceso, estas reconocieron que no contaban con la información suficiente relacionada a los pasajeros con equipaje facturado y, por ello, aceptaron que la base de datos para el cobro del Cargo de Acceso sea el sistema TUUA.
 - iii. Si bien las aerolíneas se encuentran obligadas a mantener información válida y confiable de los pasajeros que facturan equipaje, a través del documento denominado **“Manifiesto de equipaje en bodega”**; en la práctica, no se estaría dando de esa forma, toda vez que fueron las propias aerolíneas las que indicaron que no todas tenían un sistema confiable y auditable donde se encuentre la data. En ese sentido, la TUUA es la única fuente de información confiable y completa a la fecha.
40. Con respecto al **punto i)**, en el Escrito de impugnación, el Concesionario cita un par de fragmentos del Contrato suscrito por LAP y LONGPORT en los que se establece lo siguiente:

“5.2 El OPERADOR declara que el precio que -como contraprestación- cobrará a las Aerolíneas por los servicios de transporte e inspección del Equipaje de Bodega de los Pasajeros ascenderá a la suma fijada en el numeral 3.1 del Anexo B.

(...)

¹⁴ Por sus siglas en inglés, “Hold Baggage Screening”.

¹⁵ Por sus siglas en inglés, “Baggage Handling System”.

ANEXO B

3. Condiciones Económicas del Contrato

- 3.1 **El precio que el OPERADOR cobrará a las Aerolíneas como contraprestación por los servicios de transporte e inspección del Equipaje de Bodega** de los Pasajeros ascenderá a la suma de US\$0.25 por Pasajero siempre y cuando la cantidad mensual de Pasajeros sea menor o igual a 65,000. Si la cantidad mensual de pasajeros es mayor a 65,000 el precio que el OPERADOR cobrará por Pasajero será de US\$0.10.
- 3.2 Conforme a lo establecido en el numeral 5.3 del Contrato, las Partes de común acuerdo han fijado el número de Pasajeros que generarán las Ventas Netas exclusivas del OPERADOR en los siguientes valores: (...)

[El énfasis y subrayado son nuestros]

41. A partir de la lectura aislada de las precitadas cláusulas, el Concesionario afirma que es obligación del operador del Sistema HBS cobrar por “pasajero”; añadiendo que, pese a ello, existe una diferencia entre la información sobre el número de pasajeros que reporta LONGPORT -en base a la información que previamente le brindan las líneas aéreas- y la que corresponde a la TUUA. Ello, según LAP, se condice con su posición de que la información brindada por las aerolíneas respecto de los pasajeros registrados no resulta válida ni completa; por lo que no es una fuente confiable. En ese orden, agrega que no es cierto que LAP haya validado la información que brindan las aerolíneas para efectos de la facturación que realiza LONGPORT.
42. Sobre el particular, a través de la Carta S/N recibida el 5 de mayo de 2020, Latam señala que *“La conclusión que termina realizando LAP es errónea y fuera de contexto. El contrato señala literalmente que el pago se realizará por la “**contraprestación**” (es decir, uno brinda un servicio y el otro lo paga) por el servicio de transporte e inspección de equipaje de los Pasajeros. Por tanto, si un pasajero no lleva maleta y Longport no realiza ningún servicio, no hay pago que realizar. No tendría sentido alguno que alguien se comprometa a pagar por un servicio que no se brinda.”* [El énfasis y subrayado son nuestros]
43. En esa línea, continúa Latam anotando que los argumentos de LAP no tienen sustento por las siguientes razones:
- “a. LAP dispone de la base de la TUUA y, por consiguiente, si LAP hubiese tenido la intención de cobrar “Por Pasajero”, la facturación directamente la hubiera realizado contra el número de pasajeros que pagaron TUUA y no hubieran necesitado de ningún reporte de las aerolíneas, como ha venido sucediendo.
- b. Sin embargo, los cobros de LAP nunca se aplicaron sobre el número de pasajeros TUUA, como el propio Concesionario lo muestra en el cuadro que sustenta el punto 23. En este orden de ideas, resulta evidente que la “Unidad de Cobro” era por “Pasajero que factura equipaje”, y es así como lo entendieron las líneas aéreas y el propio LONGPORT. (...)
44. Ciertamente, es de señalar que la cita efectuada por el Concesionario **no se encuentra completa**, pues el Contrato suscrito por LAP y LONGPORT señala además en sus cláusulas 5.3 y 5.6 lo siguiente:
- “5.3 Las **Ventas Netas** que se generen por el número de Pasajeros establecido en el numeral 3.2 del Anexo B para cada año de vigencia del Contrato, serán exclusivamente del OPERADOR. (...)
- 5.6 Para efectos de acreditación de las Ventas Netas, el OPERADOR se obliga a presentar a LAP los siguientes reportes:
- i) Reporte mensual de los servicios de transporte e inspección del Equipaje de Bodega contratados por las Aerolíneas a favor de los Pasajeros, (...)
- ii) Reporte Anual especificando el número de **Pasajeros atendidos** que originen su viaje en el Aeropuerto, los Ingresos, Costos de Operación y de Mantenimiento, la

amortización de la Inversión y el resumen de los costos totales efectivamente incurridos en el año declarado en el reporte (...)”

45. De la lectura de la Cláusula 5.3 y el numeral 3.2 del Anexo B del mencionado contrato, se advierte que LAP y LONGPORT “de común acuerdo han fijado el número de Pasajeros que generarán las Ventas Netas exclusivas del OPERADOR”; destacándose que, a efectos de **acreditar dichas Ventas Netas**, conforme a la Cláusula 5.6, LONGPORT debe presentar a LAP el reporte mensual de los **servicios de transporte e inspección del Equipaje de Bodega contratados por las Aerolíneas** a favor de los Pasajeros, y el reporte anual especificando -entre otros- el **número de Pasajeros atendidos que originen su viaje en el Aeropuerto**.
46. Así, de acuerdo con lo establecido en el Contrato suscrito por LAP y LONGPORT, este último cobra a las líneas aéreas por los pasajeros a los que presta los servicios de transporte e inspección del equipaje de bodega; es decir, los pasajeros atendidos por LONGPORT. Precisamente, teniendo conocimiento de ello, durante el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso, el propio Concesionario señaló¹⁶ expresamente lo siguiente:

*“Adicionalmente, les precisamos que **LONGPORT factura a las aerolíneas por la operación del servicio (US\$0.25 por pax)** lo cual no incluye el CAPEX relacionado al servicio, ni los costos de mantenimiento de la Facilidad Esencial; asimismo, considera como **pasajeros facturados a aquellos que son reportados por las aerolíneas como pasajeros que usan el servicio**.”*

En el siguiente cuadro se muestra que existe una diferencia entre los pasajeros registrados en la TUUA versus los pasajeros que factura LONGPORT (en base a la información brindada por las aerolíneas). Se puede apreciar, además, que esta diferencia ha ido incrementándose desde el año 2015.

Pasajeros TUUA vs Facturados LONGPORT

<i>Periodo</i>	<i>Pax TUUA</i>	<i>Pax facturados por LONGPORT</i>	<i>Diferencia</i>
2015	7,890,832	6,912,652	978,180
2016	8,627,104	7,679,990	947,114
2017	9,356,211	8,006,029	1,350,182
2018	10,111,419	8,453,772	1,657,647

47. De esta manera, a través de la Carta N° C-LAP-GPF-2019-1006, el Concesionario declaró que LONGPORT factura a las líneas aéreas por la operación del servicio un monto de USD 0,25 por pasajero, considerando como pasajeros facturados a aquellos que son reportados por las aerolíneas como **pasajeros que usan el servicio**. Ello se encuentra acorde a lo establecido en el Contrato suscrito entre LAP y LONGPORT; destacándose que este último presta sus servicios únicamente a los pasajeros que facturan equipaje en bodega. En línea con ello, LAP señaló la diferencia existente entre el número de pasajeros de salida según TUUA y el número de pasajeros facturados por LONGPORT.¹⁷
48. No obstante, en su recurso impugnativo, el Concesionario manifiesta lo siguiente:

*“22. Al respecto, debe señalarse que en ningún momento se ha señalado que la facturación que realiza LONGPORT es por pasajero que factura equipaje en bodega; por el contrario, en la propia carta citada por el Regulador indicamos que: **“LONGPORT factura a las aerolíneas por la operación del servicio (USD 0.25 por pax)”***

¹⁶ A través de la Carta N° C-LAP-GPF-2019-1006, recibida el 31 de julio de 2019.

¹⁷ Así, de acuerdo con la información remitida por LAP, el número de pasajeros facturados por LONGPORT representó el 87,6%, 89,0%, 85,6% y 83,6% de los pasajeros de salida (TUUA) en los años 2015, 2016, 2017 y 2018, respectivamente. Cabe señalar que en el 2017 inició operaciones la aerolínea “low cost” Viva Airlines.

23. Lo que resulta grave es que, teniendo claro que **LONGPORT debe facturarles a las líneas aéreas en base al número de pasajeros**, la cantidad de pasajeros que dicha empresa reporta (basado en la data agregada por las aerolíneas) y aquellos que son producto de la información proveniente de la TUUA varía considerablemente. En ese sentido, es necesario citar otros párrafos que han sido omitidos por OSITRAN, y que son importantes para entender lo indicado en nuestra comunicación:

Pasajeros TUUA vs Facturados LONGPORT

Periodo	Pax TUUA	Pax facturados por LONGPORT	Diferencia
2015	7,890,832	6,912,652	978,180
2016	8,627,104	7,679,990	947,114
2017	9,356,211	8,006,029	1,350,182
2018	10,111,419	8,453,772	1,657,647

24. Según se aprecia del cuadro citado, existe una diferencia entre la información sobre el número de pasajeros que reporta LONGPORT, en base a la información que previamente le brinda las líneas aéreas y la que corresponde a la TUUA, **siendo que es obligación del operador del Sistema HBS, cobrar por “pasajero”** como hemos mencionado en el numeral 20 del presente recurso.”

[El énfasis y subrayado son nuestros]

49. Como puede observarse, en su recurso impugnativo, no solo LAP está manipulando la información que remitió previamente, al negar haber señalado que la facturación que realiza LONGPORT es por **“Pasajero que factura equipaje en bodega”**; sino que, además, está afirmando que es obligación de dicho operador cobrar por “pasajero” con base en la TUUA, información que es falsa pues, como se ha señalado, el Contrato suscrito por LAP y LONGPORT establece expresamente que, a efectos de acreditar las Ventas Netas exclusivas de LONGPORT, este debe presentar a LAP el reporte mensual de los **servicios de transporte e inspección del equipaje de bodega contratados por las aerolíneas** a favor de los pasajeros, y el reporte anual especificando el número de **Pasajeros atendidos**.
50. Más aún, cabe remarcar que, a través de las cláusulas 5.8 y 7.1 a 7.3 del Contrato suscrito por LAP y LONGPORT, el Concesionario se encuentra facultado a verificar, constatar y requerir el debido sustento de la información remitida por LONGPORT, el cual a su vez tiene la responsabilidad de presentar información consistente. En ese orden, de acuerdo con el literal j) de la cláusula 20.1, LAP se encuentra facultado para resolver dicho contrato de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 1430° del Código Civil, en caso de que LONGPORT declare información falsa, inexacta o dé información que induzca a error a LAP en beneficio suyo, con respecto a sus ingresos brutos o cualquier actividad comercial que le genere ingresos adicionales; situación que no ha ocurrido a la fecha.
51. Por tanto, es evidente que LAP siempre ha tenido y tiene conocimiento de que la unidad de cobro con la cual LONGPORT factura a las aerolíneas es por “Pasajero que usa el servicio de transporte e inspección de equipaje de bodega”; información que es entregada por las aerolíneas a LONGPORT, y este a su vez a LAP. En ese sentido, las afirmaciones del Concesionario en el presente procedimiento de impugnación carecen de fundamento.
52. Con relación al **punto ii)**, LAP niega que haya sido su iniciativa proponer como unidad de cobro la de “Pasajero” y afirma que este criterio fue el resultado del proceso de negociación del Contrato de Acceso del Sistema HBS, llevado a cabo con Latam y Avianca. Al respecto, señala:
- “29. En efecto, **durante el proceso de negociación del Contrato de Acceso, las Líneas Aéreas confirmaron que la unidad de cobro en este caso, debía ser por “pasajero”**,

en base al resultado de la información proveniente de la TUUA, y de los pasajeros en transferencia dentro del AIJC, debido a que contaban con un porcentaje parcial de la información relacionada a los “pasajeros con equipaje facturado”, y que en posteriores revisiones esperaban contar con el total de la información referida a esta unidad de cobro.”

[El énfasis y subrayado son nuestros]

53. De esta manera, el Concesionario estaría deslizando que este Regulador habría modificado a través del Mandato de Acceso un término del Contrato de Acceso (la unidad de cobro) sobre el cual -según LAP- habría existido un acuerdo entre las partes producto de la etapa de negociación directa. Sin embargo, en la Carta S/N recibida el 5 de mayo de 2020, Latam manifiesta que “lo señalado por LAP es **FALSO**, precisamente en las reuniones de negociación realizadas entre el Concesionario y las aerolíneas, una de las variables donde hubo discrepancia y por el cual se recurrió al Regulador fue la unidad de cobro. (...)” [El subrayado es nuestro]
54. En vista de ello, a fin de evaluar el alegato de LAP, resulta necesario remitirnos a las Actas de las dos reuniones de negociación, llevadas a cabo el 9 y el 23 de abril de 2019, en las que se dejó expresa constancia de lo observado y manifestado por las partes, así como los acuerdos y los desacuerdos producidos entre estas. En ese orden, en el Acta de Constatación¹⁸ de la primera reunión de negociación se señala expresamente lo siguiente:

“LAP dio lectura al Proyecto de Contrato de Acceso, específicamente a las siguientes cláusulas:

(...)

4. Cláusula Sexta: Cargo de Acceso y forma de pago. LAP proyectó una presentación donde explicó cómo fue calculado el Cargo de Acceso e **indicó que la unidad de cobro propuesta es por pasajero**. (...)

Seguidamente, Latam manifestó su desacuerdo con dicha unidad de cobro, tal como lo había indicado en reuniones previas.

LAP informó que lo único que recibió de las líneas aéreas fue una información en Excel, que no era auditable ni trazable.

Asimismo, LAP señaló que si bien la unidad de cobro propuesta es “por pasajero”, son los Usuarios Intermedios los únicos que están en condición de trasladar los costos correspondientes a los pasajeros que transportan equipaje. Ello toda vez que son los Usuarios Intermedios los que cuentan con la información exacta de los pasajeros que facturan equipaje. De igual forma, LAP precisó que independientemente de la unidad de cobro que se establezca, los ingresos del Cargo de Acceso serán los mismos y deben cubrir todos los costos de inversión y costos operativos.

(...)

Concluida la presentación del Contrato, el representante de la AETAI, señor Carlos Gutierrez, manifestó que considera que los puntos críticos del Proyecto de Contrato de Acceso son:

1. El Cargo de Acceso
2. La unidad de cobro
3. Las penalidades”

[El énfasis y subrayado son nuestros]

55. Asimismo, de acuerdo con el Acta de Constatación¹⁹ de la segunda reunión de negociación, dicha reunión consistió en la lectura por parte de LAP de las consultas / observaciones al Proyecto de Contrato y las respuestas de LAP al respecto, así como en la revisión conjunta de estas con los Usuarios Intermedios, a fin de determinar si con ello se arribaría a un acuerdo entre las partes con el objetivo de plasmarlo en el archivo Excel denominado “Respuestas a las consultas del Proyecto de Contrato de Acceso HBS”, el mismo que forma parte integrante de la referida Acta de Constatación como Anexo N° 2. Así, se advierte que las partes arribaron a un acuerdo para 34 de las 64 consultas /

¹⁸ Suscrita por el Abogado – Notario Público del Callao José Alejandro Ochoa López.

¹⁹ Ídem.

observaciones; dejándose consignado en la columna “Acuerdo SI/NO” del referido documento Excel, y acordándose que con ese acto los Usuarios Intermedios pusieron fin a las negociaciones. En la siguiente tabla se muestra un extracto de dicho documento.

Tabla 1: REVISIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES EN LA SEGUNDA REUNIÓN DE NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES

Nº	Usuario Intermedio	Cláusula	Numeral	Nombre de la cláusula	Consulta / Observación	Respuesta LAP	Acuerdo SI/NO	Comentarios en la reunión del 23/04/19
(...)								
9	Avianca	Segunda		Definiciones	“Reporte de Pasajeros”: Si la medición se hará por pasajeros con maleta (Equipaje efectivamente facturado), no debiera importar el Reporte de Pasajeros. Esta cláusula debería ajustarse en ese sentido.	No procede lo solicitado, toda vez que <u>la propuesta de LAP es que la unidad de cobro sea por pasajero</u> , por las razones expuestas en la Primera Reunión de Negociación del 09 de abril de 2020.	<u>NO</u>	
(...)								
11	Avianca	Sexta	6.1	Cargo de Acceso y Forma de Pago	<u>Cuestionamos la Cláusula 6.1, pues el cálculo se ha formulado sobre la base de “pasajeros” únicamente y no por pasajeros que efectivamente registren su equipaje en bodega.</u>	<u>LAP mantiene su posición respecto a que la unidad de cobro sea “por pasajero”, conforme lo explicamos en la Primera Reunión de Negociación del 09 de abril de 2019, considerando que es el Usuario Intermedio que cuenta con la información detallada sobre los pasajeros que facturan equipaje, por lo tanto, es el Usuario Intermedio quien sí podría aplicar el cobro al pasajero, según corresponda.</u> (...)	<u>NO</u>	(...)
(...)								
42	LATAM	Segunda	2	Definiciones	“Reporte de pasajeros”. Toda vez que <u>consideramos que el Cargo de Acceso debe cobrarse en relación al número de pasajeros que facturan equipaje</u> , el reporte de Pasajeros no debe tomar como base la lectura de tarjetas de embarque.	Ver respuesta a consulta N° 9.	<u>NO</u>	
(...)								
45	LATAM	Sexta	6.1	Cargo de Acceso y forma de pago	<u>No nos encontramos de acuerdo con el monto del cargo de acceso, ni con el concepto de “cobro por pasajero”, ya que consideramos que el cobro debe ser por “pasajero que factura maleta”.</u>	Ver respuesta a consulta N° 11.	<u>NO</u>	

Fuente y elaboración: Anexo N° 2 del Acta de Constatación de la Segunda Reunión de Negociación

56. De la lectura de las referidas Actas de Constatación, puede advertirse que, desde el inicio de las negociaciones entre LAP y los Usuarios Intermedios (Latam y Avianca) y hasta el término de estas, existió discrepancia entre las partes respecto de la unidad de cobro. En efecto, contrariamente a lo que LAP afirma en su Escrito de impugnación, este sí fue quien propuso tanto en la Primera como en la Segunda Reunión de Negociación que la unidad de cobro del Cargo de Acceso sea “**por pasajero**”; mientras que las aerolíneas y, específicamente, Latam y Avianca manifestaron expresamente su **desacuerdo** con dicha unidad de cobro, en concordancia con lo expresado en reuniones previas.
57. De esta manera, resulta evidente que la información declarada por LAP ha quedado desvirtuada con la documentación correspondiente a la negociación; situación que podrá ser evaluada por los órganos competentes del Ositrán, en el marco de sus funciones fiscalizadora y sancionadora.
58. Sin perjuicio de lo anterior, debe remarcarse que, aun cuando las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre las condiciones de Acceso, de conformidad con el REMA, la Entidad Prestadora está obligada a remitir el Proyecto de Contrato de Acceso a OSITRAN para su revisión; debiendo el Regulador verificar el **cumplimiento de los principios** y las normas establecidas en dicho Reglamento²⁰.
59. En ese marco, acorde con lo señalado en el Informe Conjunto N° 0019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), cabe remarcar que la unidad de cobro “pasajero” contravendría no solamente el principio económico establecido en el literal d) del artículo 26 del REMA, según el cual el Cargo de Acceso debe incentivar la entrada de prestadores de servicios eficientes a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de recursos; sino además la finalidad de dicho Reglamento, que es “generar el bienestar de los usuarios finales por la vía de una **mayor competencia**”.
60. Ciertamente, si bien solo Latam y Avianca solicitaron la emisión del Mandato de Acceso, la Facilidad Esencial que es objeto de este es utilizada por todas las líneas aéreas que operan en el AIJCh transportando pasajeros con equipaje facturado en bodega; siendo aplicable a todas ellas el Cargo de Acceso determinado mediante la Resolución materia de impugnación. Así, dentro de dichas aerolíneas se encuentran las denominadas “low cost”, tales como Viva Airlines Perú S.A.C. y Sky Airline Perú S.A.C., las cuales han venido aumentando su presencia en vuelos nacionales desde el año 2017²¹, fortaleciendo así el ambiente competitivo en dicho mercado y, por ende, aumentando el bienestar de los usuarios finales.
61. En ese contexto, resulta pertinente recordar que, bajo el modelo de negocio “low cost”, con el objetivo de reducir los precios de los *tickets* aéreos a los pasajeros, se sacrifican servicios complementarios al transporte aéreo, tales como la impresión de tarjetas de embarque, la alimentación a bordo, o la posibilidad de facturar equipaje en bodega. Con relación a esto último, a través de la Carta S/N recibida el 5 de mayo de 2020, Latam señaló que, en el año 2019, el porcentaje de pasajeros de salida en el AIJCh, que facturó

²⁰ En efecto, para la suscripción de un Contrato de Acceso no es suficiente con que las partes hayan llegado a un acuerdo en la etapa de negociación directa, sino que los términos y condiciones de acceso acordados deben cumplir necesariamente con los principios y normas establecidos en el REMA. Así, en caso de que el Regulador advierta que el Proyecto de Contrato de Acceso restringe o limita el Acceso, o vulnera los principios señalados y las normas establecidas en dicho Reglamento, está facultado para observar dicha situación; y, encontrándose inmerso en un procedimiento de emisión de Mandato de Acceso, con mayor razón tiene el deber de corregirlo.

²¹ De acuerdo con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Viva Airlines Perú S.A.C. ha venido incrementando su participación en la estructura porcentual de las compañías aéreas que prestan el servicio de transporte aéreo de pasajeros en el ámbito nacional, desde 2,6% en el año 2017 hasta 11,7% en el 2019, ocupando el segundo lugar en dicho año; seguida por Sky Airline Perú S.A.C., que ocupó el tercer lugar con 8,3%.

Información disponible en:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/401560/P11_tra_anual_pax_cia_nac_2000_2019.xls

equipaje en bodega, fue de 86,05%; siendo Viva Air y Sky Airline las que menor equipaje facturaron, con 26,39% y 25,41%, respectivamente.

62. Por consiguiente, con la unidad de cobro que LAP insiste en implementar, las aerolíneas *low cost* se verían obligadas a pagar un Cargo de Acceso por cada uno de sus pasajeros embarcados, como si en todos esos casos hicieran uso de la Facilidad Esencial para inspeccionar el equipaje; a pesar de que solo en el 25% de los casos aproximadamente hacen uso de dicha infraestructura. Ello claramente implicaría un subsidio de parte de estas aerolíneas hacia aquellas cuyos pasajeros en su mayoría facturan equipaje, como es el caso de Latam (94,30%) y Avianca (74,46%)²²; lo cual afectaría los mencionados principios regulatorios establecidos en el REMA.
63. Por último, con respecto al **punto iii)**, acorde con lo señalado en el Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), reiteramos que, conforme al numeral 1.18 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, el sistema de inspección de equipajes que el Concesionario se encuentra obligado a implementar en el Terminal de Pasajeros durante el Periodo Remanente debe contar con capacidad para manejar rótulos de equipaje leídos a través de una máquina; lo cual constituye una fuente confiable y trazable que le permitiría contabilizar el número de pasajeros que facturan equipaje. Por tanto, en vista de que está en su esfera de control generar dicha información, carece de fundamento establecer una unidad de cobro que atenta contra el principio económico de eficiencia y la finalidad del REMA, bajo el alegato de LAP de que *“la única base de información confiable y completa a la fecha es la data relacionada a la TUUA.”*
64. En virtud de lo expuesto, deben desestimarse los argumentos de LAP con relación a la unidad de cobro y, por ende, ratificar que esta es por “Pasajero que factura equipaje”.

C.2. Sobre las Inversiones que considerarse en el Cargo de Acceso

65. Como se recuerda, en el Informe Conjunto N° 0019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) que sustenta la Resolución materia de impugnación, no se consideraron en el Cargo de Acceso los montos alegados por el Concesionario como inversiones en el Sistema HBS del proyecto **“Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes”**, debido a que este no acreditó que tales montos hayan sido reconocidos por el Regulador como inversiones en Mejoras de conformidad con lo establecido en las Cláusulas 5.7, 5.10 y el Anexo 14 del Contrato de Concesión.
66. Sobre el particular, en líneas generales, el Concesionario sostiene en sus Escritos N° 1 y 2 lo siguiente:
 - i. El REMA no establece como condición o criterio para determinar el Cargo de Acceso, el reconocimiento de una inversión conforme al procedimiento establecido en la “Directiva para el Procedimiento aplicable al Reconocimiento de Inversiones en Mejoras realizadas por el Concesionario en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez - AIJC”²³ (en adelante, la Directiva de Inversiones en Mejoras), ni el cumplimiento de las obligaciones contempladas en las cláusulas 5.7, 5.10, 5.11 y 5.12, y en el Anexo 14 del Contrato de Concesión; así como tampoco se desprende de los artículos 26 y 27 de dicho Reglamento que la eficiencia se encuentra relacionada al cumplimiento de dichas disposiciones. Del mismo modo, ninguna de las obligaciones contenidas en las cláusulas antes mencionadas establece en su contenido vinculación directa con la formulación de los cargos de acceso; es decir, de ninguna de las referidas cláusulas se desprende que su cumplimiento constituya un requisito para tomar en cuenta o no, determinadas inversiones ejecutadas por LAP, en la formulación del cargo de acceso correspondiente.

²² De acuerdo con la información proporcionada por Latam.

²³ Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 008-2004-CD-OSITRAN y modificada por Resoluciones de Consejo Directivo N° 036-2011-CD-OSITRAN y 010-2017-CD-OSITRAN.

- ii. Resulta cuestionable el criterio adoptado por el Regulador en esta oportunidad, según el cual vincula la **eficiencia** de una inversión realizada por la Entidad Prestadora al cumplimiento de un “procedimiento administrativo formal”, como lo es, entre otros, el de Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras, y no a la ejecución real y efectiva de la inversión, que además ya está puesta en operación y en uso de los usuarios.
 - iii. LAP ha cumplido con las disposiciones contractuales referidas a la ejecución de las Mejoras. OSITRAN ya verificó el cumplimiento de los RTM al momento de la ejecución de la Mejora correspondiente, y lo que está pendiente de concluir es el “trámite administrativo” de reconocimiento de dichas inversiones recogido en la Directiva de Inversiones en Mejoras. Los Expedientes de Etapas de Desarrollo son presentados formalmente a OSITRAN para cumplir con el “trámite administrativo” recogido en la Directiva de Inversiones en Mejoras; la documentación técnica que es parte de dichos expedientes ya ha sido previamente presentada y aprobada por OSITRAN.
 - iv. Dando por válido este “nuevo” criterio aplicado por el OSITRAN para la determinación del presente Cargo de Acceso, surge la siguiente interrogante respecto de los anteriores cargos de acceso aprobados: ¿entonces el Regulador no verificó correctamente el cumplimiento de los RTM en las anteriores Mejoras cuyas inversiones sí fueron consideradas en su totalidad para el cálculo del cargo de acceso? LAP presentó las anteriores solicitudes de determinación de Cargos de Acceso en el marco de la misma Directiva de Inversiones en Mejoras aplicable en el presente caso; sin embargo, el proceder del Regulador ha sido diferente, lo que resulta contradictorio.
 - v. Lo señalado por el Consejo Directivo de OSITRAN resulta contrario al principio de Predictibilidad y de Buena Fe Procedimental. En esa línea, la actuación de OSITRAN en el presente procedimiento resulta arbitraria, toda vez que el Regulador ha adoptado este “nuevo” criterio dentro del procedimiento de emisión de Mandato de Acceso ya iniciado. Si consideraba necesario efectuar un cambio de criterio aplicable a la determinación de cargos de acceso, bajo el Principio de Buena Fe, Transparencia y Predictibilidad debió publicarlo/notificarlo previamente a las Entidades Prestadoras, en lugar de “cambiar las reglas de juego” en el marco de un procedimiento en trámite.
 - vi. La Resolución Impugnada es nula debido a que el criterio de condicionar la incorporación de inversiones en los cargos de acceso al inicio del procedimiento de verificación del cumplimiento de obligaciones contractuales y la obtención del reconocimiento de inversiones por parte de la GSF, es inválido toda vez que no está establecido en el Contrato de Concesión, no tiene referencia alguna en el REMA ni en la Directiva de Inversiones en Mejoras, constituye un cambio metodológico sustancial y no es la única fuente de información con la que cuenta el Regulador para determinar si las inversiones se ejecutaron y los montos correspondientes.
- i) Con respecto a que la Resolución N° 009-2020-CD-OSITRAN supuestamente trasgrediría el marco normativo y contractual
67. A efectos de abordar las afirmaciones realizadas por el Concesionario con relación a este punto, cabe recordarle lo establecido en la Cláusula 2 del Contrato de Concesión:

“CLÁUSULA 2
OBJETO, OTORGAMIENTO Y AMBITO DE LA CONCESIÓN

El objeto del presente Contrato es establecer los derechos y obligaciones de las Partes en relación con el acto administrativo mediante el cual se otorga la Concesión por el Concedente al Concesionario.

2.1 Otorgamiento de la Concesión. *El Concedente por el presente Contrato otorga al*

Concesionario, con sujeción a lo dispuesto en sus estipulaciones, el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos en el presente Contrato. En virtud de la Concesión, el Concesionario será responsable de la operación del Aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en Concesión), de la asignación de slots para aterrizaje y despegue, de la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3 del presente Contrato, **del diseño y construcción de las Mejoras**, y de la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos, durante la Vigencia de la Concesión.”

[El subrayado es nuestro]

68. Como puede observarse, el Contrato de Concesión señala expresamente en su Cláusula 2.1 que el Concedente otorga al Concesionario el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión, con sujeción a lo dispuesto en sus estipulaciones; destacándose que, de acuerdo con lo pactado por las Partes, el Aprovechamiento Económico significa el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, en los términos y condiciones de dicho contrato.²⁴
69. En ese marco, la Cláusula 1.31 del Contrato de Concesión establece que “**Mejoras**” son aquellos bienes muebles e inmuebles, así como el producto de las inversiones a realizarse sobre los Bienes de la Concesión destinados a **optimizar la infraestructura aeroportuaria** y la calidad de los Servicios Aeroportuarios y de los Servicios de Aeronavegación a cargo del Concesionario. Asimismo, de acuerdo con la Cláusula 5.6 del Contrato de Concesión, dichas “Mejoras” deben realizarse **obligatoriamente** con sujeción a lo dispuesto en la cláusula 5 de dicho contrato. En esa línea, las cláusulas 5.7 y 5.10 establecen lo siguiente:

“5.7 Ejecución de las Mejoras. Las Mejoras Obligatorias y las Mejoras Complementarias deben ser efectuadas a tiempo según lo previsto en la Cláusula 5.6, el Anexo 6 del presente Contrato y en las actualizaciones que se realicen al Plan Maestro. Dichas **Mejoras Obligatorias y Mejoras Complementarias, deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos. El Concesionario deberá sustentar ante OSITRAN los montos derivados de la construcción de las Mejoras, de acuerdo con la modalidad contractual correspondiente, seleccionada por el Concesionario**; solo en el caso de contratos bajo modalidad de precios unitarios, será de aplicación lo establecido en la cláusula 5.7.3 del Contrato de Concesión. Asimismo, en caso la construcción de las Mejoras sea ejecutada por empresas vinculadas, será de aplicación lo señalado en la Cláusula 5.7.3 del presente Contrato.

Las Mejoras Eventuales se llevarán a cabo de acuerdo con el volumen de tráfico y deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos. Las Mejoras Eventuales, además de las Obligatorias y de las Complementarias, deberán ser realizadas por el Concesionario, de acuerdo con las Leyes Aplicables, **una vez que OSITRAN haya sido notificada del plan de diseño de tales Mejoras, de conformidad con el inciso 5.10 de la presente Cláusula.**
(...)

- 5.7.3. **El Concesionario deberá sustentar ante OSITRAN los montos derivados de la construcción de las Mejoras, para tal efecto, presentará las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente, para su respectiva revisión y aprobación.**

La aprobación de los precios unitarios de las Mejoras correspondientes por parte de OSITRAN, con el apoyo de la **supervisión a que se refiere la cláusula 24.3** se realizará en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados desde la fecha de presentación

²⁴ Contrato de Concesión:

“1.5 “**Aprovechamiento Económico**” significará el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, en los términos y condiciones del presente Contrato, de conformidad con lo establecido en el Artículo 73 de la Constitución Política del Perú.”

de la sustentación a la que se ha hecho referencia. En caso que OSITRAN requiera información adicional vinculada al desagregado de precios unitarios correspondiente a la ejecución de las Mejoras, deberá solicitarla, hasta en una sola oportunidad, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la información original. En tal caso, y por una sola vez, el referido plazo de aprobación de treinta (30) días hábiles comenzará nuevamente a computarse desde la fecha de presentación de la información adicional solicitada. En el caso que OSITRAN no se pronuncie en el plazo al que se ha hecho referencia, se entenderá que los precios unitarios de la construcción de las Mejoras han sido aprobados.

La aprobación de los montos derivados de la construcción de las Mejoras, se realizará de acuerdo a los precios unitarios aprobados.

(...)

- 5.10. **Planes de Diseño y de Trabajo.** El Concesionario será responsable de que el diseño y el trabajo con relación a cualquier Mejora sean llevados a cabo de tal manera que ésta sea completa y adecuada para los propósitos y de acuerdo con los planos, especificaciones y otros documentos a los que se hace referencia en el presente Contrato y que permitiéndolo su naturaleza sea diseñada y efectuada de manera tal que, adecuadamente mantenida, tenga una vida útil no menor de cincuenta (50) años, o de los años máximos de vida útil que de acuerdo a su naturaleza deba razonablemente tener, así como de implementar todas las medidas requeridas de acuerdo con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos.

El Concesionario presentará a OSITRAN un plan de diseño para las Mejoras Obligatorias y para las Mejoras Complementarias requeridas durante el Periodo Inicial y los Gastos relacionados a dichas Mejoras, y el primer programa de trabajo y su presupuesto, dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la Fecha de Cierre. Subsiguientemente a tal presentación, **los planes de diseño, programas de trabajo y presupuestos para las Mejoras Obligatorias para las Mejoras Complementarias así como para las Mejoras Eventuales deberán ser presentados por el Concesionario a OSITRAN, cuando menos de forma anual.** Los planes de diseño y de trabajo podrán ser modificados solo con la aprobación del Concedente, contando con la opinión técnica de OSITRAN, salvo el caso de modificaciones que no superen el quince por ciento (15%) del monto de las inversiones incluidas en el plan de diseño y de trabajo referido a Mejoras Obligatorias, Mejoras Complementarias o Eventuales, según corresponda, las mismas que serán directamente aprobadas por OSITRAN, quien notificará al Concedente, tanto de la solicitud como de la aprobación efectuada.

El Concesionario podrá acordar con OSITRAN el tipo y monto de las modificaciones de relevancia menor que por su naturaleza puedan estar sujetas a una fiscalización posterior por parte de OSITRAN, las mismas que serán notificadas a este en el plazo establecido en su oportunidad.”

[El subrayado y el énfasis son nuestros]

70. Conforme se observa de las cláusulas glosadas, el Concesionario se encuentra **obligado**, entre otros, a notificar al Regulador, a través del plan de diseño y de trabajo previsto en la Cláusula 5.10, las Mejoras (Obligatorias, Eventuales y Complementarias) a ser ejecutadas, las cuales deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos; resaltándose que, para tal efecto, **el Concesionario tiene la obligación de sustentar ante el Regulador los montos derivados de su ejecución, para su revisión y aprobación.** En ese orden, la Cláusula 24.3 dispone explícitamente que, a efectos de dar debido cumplimiento a lo estipulado en la referida Cláusula 5.10, **“la construcción de las Mejoras será supervisada por OSITRAN, conforme a las facultades que le otorga la Ley 26917. (...)”**.²⁵

²⁵ De acuerdo con lo establecido en el literal a) del Artículo 5° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, OSITRAN tiene como uno de sus objetivos, velar por el cabal cumplimiento de las

71. Acorde con lo anterior, el numeral 1.29 del Anexo 14 – REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS (RTM) del Contrato de Concesión exige lo siguiente:

“1.29 Documentación Descriptiva y el Proceso de Desarrollo de los Proyectos de los Planes Maestros Aeroportuarios.

*El Concesionario deberá presentar a OSITRAN la documentación sobre los proyectos que conforman el Plan Maestro Detallado de Desarrollo **necesarios para permitir la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad.***

Las etapas de desarrollo y de evaluación formal por parte de OSITRAN, de cada proyecto, serán los siguientes:

- *Etapas de Desarrollo 1 – Planificación*
- *Etapas de Desarrollo 2 – Programación*
- *Etapas de Desarrollo 3 – Diseño esquemático*
- *Etapas de Desarrollo 4 – Desarrollo de diseño*
- ***Etapas de Desarrollo 5 – Preparación de los planos y especificaciones técnicas de construcción.***
- *Etapas de revisión de la preparación de la documentación correspondiente a las etapas de desarrollo:*
 - *Completados al 30%*
 - *Completados al 60%*
 - *Completados al 90%*
 - *Completados al 100%*
- *Etapas de Desarrollo 6 – Concurso para el proyecto de construcción y adjudicación del contrato de construcción (de ser aplicable).*
- *Etapas de Desarrollo 7 – Construcción*
- ***Etapas de Desarrollo 8 – Conclusión formal del proyecto de construcción.***
- ***Etapas de Desarrollo 9 – Ocupación de las instalaciones terminadas y puesta en marcha.***
- *Etapas de Desarrollo 10 – Inspección final de las instalaciones un (1) año después de la ocupación.*

(...)

El diseño, concurso (de ser aplicable), construcción, puesta en marcha e inspección final (Etapas de Desarrollo 3 al 10) de los proyectos, deberá llevarse a cabo en forma individual para cada proyecto.

El Concesionario deberá entregar a OSITRAN los siguientes documentos al final de cada etapa de desarrollo para su evaluación, aprobación o desaprobación:

- *Planos gráficos, a escala, de arquitectura e ingeniería civil, estructural, electromecánica, informática e información pública y especificaciones técnicas para cada disciplina.*
- *Estimación actualizada del costo detallado de construcción y contingencias relacionadas.*
- *Cronograma para el desarrollo del proyecto.*
- *Plan del proceso de demolición y construcción por etapas que aseguren:*
- *(...)”*

[El subrayado y el énfasis son nuestros]

72. Así, con el fin de permitir la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad, los RTM exigen que cada proyecto de inversión que conforma el Plan Maestro Detallado de Desarrollo se lleve a cabo cumpliendo con las mencionadas diez (10) Etapas

obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte. Acorde con ello, el literal a) del numeral 7.1 del Artículo 7° de la referida Ley N° 26917 establece que una de las principales funciones de OSITRAN es administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

Del mismo modo, el Artículo 21° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, modificado mediante Decreto Supremo N° 114-2013-PCM, dispone que corresponde al OSITRAN supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras.

de Desarrollo, según aplique; destacándose que, de la Etapa 1 a la Etapa 8, el Regulador verifica, entre otras cosas, que las Mejoras se ejecuten de acuerdo con los RTM y los Estándares Básicos, y cumpliendo con las Leyes Aplicables. Cabe subrayar, además, que el reconocimiento de inversiones comprende principalmente las Etapas de Desarrollo 5 (Ingeniería Final), 6 (Concurso) y 7 (Construcción), pues en la Etapa 6 el Concesionario selecciona la empresa que ejecutará el proyecto y se determina el monto de ejecución, y en la Etapa 7 se realiza la construcción, de acuerdo con la ingeniería final, la cual es supervisada por OSITRAN. Posteriormente, LAP efectúa el pago a su contratista por la ejecución del proyecto y procede -en un plazo no mayor de 4 meses, concordante con la Directiva de Reconocimiento de Inversiones vigente- a presentar el Expediente de Reconocimiento de Inversiones. Asimismo, en el supuesto que existan variaciones (adicionales y/o deductivos) en los costos de la obra, estos son presentados al Regulador durante la Etapa 8 y, de ser el caso, este monto adicional o deductivo se reconocerá previa aprobación de la referida etapa.

73. Por tanto, el hecho de que el Regulador considere para la determinación del Cargo de Acceso únicamente las inversiones en Mejoras que hayan sido debidamente sustentadas por el Concesionario, y aprobadas y reconocidas por el órgano competente, en cumplimiento de las referidas obligaciones contractuales; de ninguna manera constituye una trasgresión al Contrato de Concesión, el cual no establece ni restringe los criterios y principios a considerarse en la determinación de los cargos de acceso, y menos aún, discrimina o limita la exigencia del cumplimiento de las aludidas obligaciones contractuales para tal efecto.
74. En esa misma línea, debemos rechazar también las afirmaciones de LAP vertidas en su Escrito N° 2, referidas a que el Regulador habría excedido sus facultades, alterando o modificando el Contrato de Concesión, al establecer -supuestamente- una “*nueva obligación*” para LAP, que no fluiría de dicho instrumento contractual; y que el Contrato de Concesión sería lo suficientemente “*claro en no contemplar*” una vinculación de la regulación contractual de las inversiones en Mejoras con la incorporación de las inversiones en los Cargos de Acceso.
75. Contrariamente a dichas afirmaciones, debemos subrayar que, en el ejercicio de la función reguladora, este Organismo se ha ceñido a observar y aplicar la Cláusula 2.1 del Contrato de Concesión; la cual establece expresamente que el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión por parte del Concesionario, se sujeta a lo dispuesto en sus estipulaciones, como son las Cláusulas 5.7 y 5.10, y el numeral 1.29 del Anexo 14. Por tanto, al no haberse infringido la ley, entendida como el ordenamiento jurídico en general, no se ha producido vicio alguno que genere la invalidez del acto administrativo.
76. Del mismo modo, cabe recordar al Concesionario que el REMA se aplica, entre otros, a todas las empresas o grupos de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público²⁶; es decir, es una norma de **alcance general** y de plena aplicación al presente caso, conforme a las Leyes Aplicables; por lo que, evidentemente, el REMA no hace mención a un Concesionario ni un Contrato de Concesión específico como el del AIJCh. En ese sentido, carece de sustento el argumento de LAP por el cual afirma que dicho Reglamento no establece literalmente que las inversiones ejecutadas por este para la prestación de un servicio esencial no puedan incorporarse en el cargo de acceso, a menos que dichas inversiones cumplan con lo establecido en cláusulas específicas del Contrato de Concesión a su cargo.

²⁶ REMA:

“Artículo 6.- Alcance.

*El presente Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y a los Usuarios Intermedios que presten o soliciten prestar Servicios Esenciales.
(...)”*

77. Así, conforme fue ampliamente desarrollado en el Informe N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ)²⁷, el REMA establece los criterios y principios económicos que debe observar el Regulador; destacándose que el artículo 27 señala que *“el criterio de valorización de costos para calcular el Cargo de Acceso y su modalidad de aplicación, debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura (...)”*. Acorde con ello y con lo dispuesto en el artículo 26, la determinación de los cargos de acceso debe **minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva**.
78. En virtud de lo expuesto, debemos recalcar que, independientemente de la metodología empleada por el Regulador para la determinación de los cargos de acceso, ni el marco regulatorio ni mucho menos el Contrato de Concesión proscriben que el Regulador observe el cumplimiento de disposiciones contractuales que, por lo demás, se encuentran alineadas con los principios económicos del REMA. Por el contrario, de acuerdo con dicha norma, el Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse, entre otros, creando **incentivos** para el incremento, cobertura y mejoramiento de la **calidad de la infraestructura**²⁸.
79. Por tanto, teniendo presente que, en la determinación del Cargo de Acceso establecido en el Mandato impugnado, el Consejo Directivo adoptó un criterio razonable sustentado en el ordenamiento jurídico vigente (lo dispuesto en los artículos 8, 26 y 27 del REMA, aplicados de manera concordante con las disposiciones contractuales); quedan desvirtuados los argumentos sostenidos por el Concesionario sobre el supuesto exceso en las facultades del OSITRAN. No se está interpretando el Contrato de Concesión, ni integrando sus disposiciones, mucho menos modificándolo, como erróneamente alega el Concesionario. Lo que está haciendo el Consejo Directivo del OSITRAN -como instancia competente para ejercer la función reguladora- es aplicar un criterio de acuerdo con las disposiciones del REMA, aplicándolo de manera conjunta con las disposiciones contractuales vigentes.
80. En ese orden, al no existir un exceso en el ejercicio de las facultades del OSITRAN, la decisión adoptada no transgrede ninguna disposición del ordenamiento jurídico, habiéndose emitido por el órgano competente en ejercicio de sus facultades con sujeción a su marco normativo; en consecuencia, la Resolución Impugnada se ajusta al principio de legalidad establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG.
- ii) Con respecto al cuestionamiento del principio de eficiencia considerado por el Regulador en la determinación del Cargo de Acceso
81. El Concesionario cuestiona que el OSITRAN vincule la eficiencia de una inversión realizada por este con el cumplimiento de su obligación de sustentar ante el Regulador los

²⁷ Que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN.

²⁸ REMA:

“Artículo 8.- Principios aplicables

Los principios establecen las reglas que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial. Estos principios deben ser utilizados para sustentar y establecer criterios de celebración, contenido de los Contratos de Acceso, sin importar la modalidad que adopten, pudiendo ser utilizados además como criterio interpretativo o de integración de los mismos. (...)

d) Principio de libre competencia y promoción de la inversión privada

El Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso, así como la obtención de retornos adecuados a la inversión.”

[El subrayado es nuestro]

montos derivados de la ejecución de las Mejoras a través del procedimiento de Reconocimiento de Inversiones; afirmando que este último constituye un “procedimiento administrativo formal”.

82. En esa línea, a través del Escrito N° 2, LAP alega que el OSITRAN se basa en una **“formalidad administrativa”**, sin agotar todos los medios a su alcance para verificar la efectiva ejecución de las inversiones realizadas. Al respecto, manifiesta lo siguiente:
- En ninguna disposición de la Directiva de Reconocimiento de Inversiones se establece que el control de las inversiones efectuadas por LAP *“implica la verificación de que las inversiones son llevadas a cabo según los RTM; y tampoco una validación de qué inversiones son consideradas “eficientes” para efectos de su incorporación en el cargo de acceso”*.
 - Es obligación del Regulador *“verificar, por todos los medios a su alcance, la efectiva ejecución de las inversiones realizadas por el Concesionario, y no basarse solamente en una formalidad administrativa”*. En ese sentido, cuestiona que el OSITRAN utilice como única fuente de información la proveniente del proceso de verificación realizado por la GSF; y que, *“si no existe un reconocimiento de la GSF”*, se niegue la existencia de la inversión ejecutada por LAP. Con relación a esto último, agrega que existen otras opciones para obtener información relativa a las inversiones ejecutadas por este, refiriéndose, entre otras, a *“solicitar a la GSF una inspección en el AIJC para verificar que la infraestructura está construida o los equipos instalados, y que el servicio se está brindando o por brindarse.”*
83. Sobre el particular, cabe recordar que el proceso de regulación tarifaria de un monopolio se caracteriza por un fenómeno que la literatura económica denomina asimetría de información, esto es, la empresa regulada posee mayor y mejor información que el Regulador respecto de sus propios ingresos y costos. Dicha ventaja informativa genera en la empresa el incentivo a sobreestimar los costos de operación y/o inversión, bajo la expectativa de que ello no sea advertido por el Regulador y, de esta manera, los cargos de acceso (o tarifas) sean mayores y, por ende, sus ingresos también.
84. Con relación a lo anterior, en la Teoría del Principal – Agente, Macho-Stadler (2001)²⁹ señala que existe un problema de riesgo moral cuando la acción del agente no es verificable, o cuando el agente recibe información privada después de haberse iniciado la relación con el principal³⁰. De este modo, el principal podría no encontrarse en la capacidad de observar (o verificar) las acciones del agente, o no tener control sobre el nivel de esfuerzo empleado para la realización de la actividad requerida.
85. En el campo de la regulación económica, el problema del riesgo moral presenta implicancias importantes en la labor de los reguladores. Apella y Maceira (2005)³¹ señalan, por ejemplo, que el riesgo moral se refiere a que la firma lleva a cabo acciones discrecionales que afectan sus costos y/o la calidad de sus productos -y que podrían entenderse como su esfuerzo-, las cuales no son observadas por el regulador. Así, acciones tales como la compra de materiales y equipos a precios altos, o la acumulación de insumos no requeridos en los contratos, son ejemplos del esfuerzo negativo en que puede incurrir la empresa.
86. En ese contexto, la función reguladora busca generar incentivos en la empresa regulada que permitan obtener resultados eficientes, similares a los de una situación de

²⁹ Macho-Stadler, I. *An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts*, Oxford University Press, USA, 2001.

³⁰ Traducción libre de *“a moral hazard problem exists when the agent’s action is not verifiable, or when the agent receives private information after the relationship has been initiated”*.

³¹ Apella, I. y Maceira, D. *Economía de la Regulación: Una Perspectiva Teórica*, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, 2005.

competencia perfecta; por lo que no debe depender solo de la información privada de la firma. Precisamente por ello, el Contrato de Concesión, así como el REMA prevén diversas disposiciones que permiten al Regulador reducir la asimetría de información y mitigar la presencia de problemas relacionados como el riesgo moral; para, de esta manera, alcanzar dicho objetivo regulatorio.³²

87. Así, en lo que respecta a la ejecución de las Mejoras, acorde con las cláusulas citadas en el acápite precedente, el Contrato de Concesión ha previsto lo siguiente:

- De acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas 5.7 y 5.10, es responsabilidad del Concesionario que el **diseño y el trabajo con relación a cualquier Mejora** (Obligatoria, Eventual y Complementaria) sean ejecutados de tal manera que esta sea **completa y adecuada para los propósitos**, cumpliendo con los **planos, especificaciones y otros documentos relativos, establecidos en el Contrato de Concesión**, así como los **Requisitos Técnicos Mínimos (RTM)** y los Estándares Básicos estipulados en el mismo. Para tal efecto, el Concesionario debe presentar, cuando menos de forma anual, los planes de diseño y de trabajo, también denominado presupuesto y programa de inversiones, de dichas Mejoras a OSITRAN; pudiendo estos ser modificados solo con la aprobación del Concedente, contando con la opinión técnica de OSITRAN³³, quien evalúa -entre otros- que las Mejoras sean completas y adecuadas para los propósitos de la Concesión.

De esta manera, **se busca maximizar la eficiencia productiva** (al mitigar el desperdicio de recursos); garantizando, a su vez, que **la infraestructura por la cual los usuarios pagan el Cargo de Acceso cumple con todas las condiciones de calidad que exige el Contrato**.

- Precisamente, con el fin de permitir la ejecución adecuada de programas de **aseguramiento y control de calidad**, el numeral 1.29 del Anexo 14 – REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS del Contrato de Concesión establece 10 Etapas de Desarrollo a ser cumplidas por el Concesionario durante la ejecución de las Mejoras, desde su planificación hasta la inspección final de las instalaciones; debiendo el Concesionario entregar a OSITRAN los documentos correspondientes **al final de cada etapa para su evaluación, aprobación o desaprobación**. Es por ello que, para este Regulador no resulta eficiente considerar en el Cargo de Acceso montos alegados por el Concesionario que no han sido reconocidos como inversiones en Mejoras, de conformidad con dicha obligación contractual.

A su vez, de acuerdo con el numeral 1.31 del Anexo 14, el Plan de Gestión del Programa de Desarrollo de Infraestructura Aeroportuaria (PGP) establece, entre otros, el marco y los procesos para definir cómo se desarrollará la infraestructura del Aeropuerto, y debe estar compuesto por los siguientes elementos interrelacionados y debidamente integrados en un solo plan: Plan Administrativo, Plan Financiero, Plan de Adquisición y Plan Técnico. En ese marco, con la finalidad de obtener un precio adecuado del mercado, el Procedimiento de Adquisiciones de Bienes, Servicios y Obras relacionadas con las Mejoras (LOG-P-7), versión 1620, establece que “(...) **Para los procesos que ameritan concurso o invitación simple, con un monto superior a mil dólares (USD 1,000), se debe invitar por lo menos a tres proveedores**. (...)” Es

³² Ciertamente, el concepto de eficiencia que el REMA exige observar para la determinación del Cargo de Acceso, busca la “eficiencia económica”, la cual implica la forma en la que se utilizan los recursos para obtener un determinado nivel de producción. Así, entre los objetivos regulatorios, pueden identificarse los objetivos económicos de **eficiencia asignativa** (el cargo cobrado debe reflejar los costos económicos eficientes, procurándose una asignación óptima de recursos en la inversión y administración de la infraestructura por parte de la empresa regulada), y **eficiencia productiva** (minimizar el costo de producción).

³³ Salvo el caso de modificaciones que no superen el 15% del monto de las inversiones incluidas en el plan de diseño y de trabajo referido a Mejoras Obligatorias, Mejoras Complementarias o Eventuales, según corresponda, las mismas que serán directamente aprobadas por OSITRAN, quien notificará al Concedente, tanto de la solicitud como de la aprobación efectuada.

decir, a través de los procedimientos de LAP con opinión favorable del Regulador y a través de la exigencia de un número mínimo de postores, según sea el caso, que debe presentar el Concesionario cuando realiza un Concurso –conforme lo exige la Etapa de Desarrollo 6-, se busca favorecer el logro de **costos económicos eficientes**.

- En esa línea, el Concesionario tiene también la obligación de **sustentar ante el Regulador** los montos derivados de la ejecución de las Mejoras, presentando las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente, para su respectiva **revisión y aprobación**, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión.

A tal efecto, en el marco de las cláusulas 5.7 y 5.10 del Contrato de Concesión, en ejercicio de sus facultades normativas –y contando con la participación y conformidad del Concesionario-, el Regulador emitió la Directiva de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras, la cual resulta aplicable a todas las referidas inversiones en Mejoras que se generen durante el periodo de vigencia de la Concesión; disposiciones normativas del Regulador que se encuentran plenamente vigentes. Así, dicha Directiva establece, entre otros, los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de los Costos Directos (Inversiones Directas) y los Costos Indirectos (Inversiones Indirectas), que forman parte de las Inversiones en Mejoras efectuadas por LAP.

Específicamente, en lo que corresponde a las Inversiones Directas, el numeral 1.2.1 de la referida Directiva exige que el Expediente para el Reconocimiento de Inversiones en Mejoras presentado por el Concesionario contenga lo siguiente:

1.2.1. CUANDO CORRESPONDA A INVERSIONES DIRECTAS:

- Código del ERM
- Identificación del Sub-proyecto (AGI – Ordenes de Inversión / Funcionalidad – PEPs) al que corresponde la Inversión en Mejoras.
- Descripción del comprobante de pago que sustenta la Inversión indicando la Orden de Compra o Servicio que pertenece.
- Monto de las Inversiones en Mejoras cuyo reconocimiento se solicita, indicando los montos ya reconocidos de la Orden de Compra/Orden de Servicios, a la fecha de presentación del ERM.
- En el caso de que la inversión sea en Soles, se deberá indicar el Tipo de Cambio, según fecha del Comprobante de Pago, publicado por la Superintendencia de Banca y Seguros en la fecha que corresponda. Cabe resaltar que se utiliza el tipo de cambio promedio venta publicado ese día por la SBS.
- Identificación del número de Paquete de la **Etapas de Desarrollo 6 aprobado**, indicando el número de Oficio con el que OSITRAN lo aprobó.
- Copia de la factura (Comprobante de Pago) emitida por el proveedor y recibida por el Concesionario para cada registro del ERM. Documento de aceptación de la Orden de Compra/Orden de Servicio, (Hoja de Entrada del Servicio al sistema SAP- HES, Parte de Ingreso o copia de la Carta Fianza de tratarse de un Adelanto) para cada registro del ERM.
- Copia de la Orden de Compra/Orden de Servicio emitida por el Concesionario para cada registro del ERM.
- Copia de **las Valorizaciones de avance de obra y/o servicios**, en caso corresponda. En el caso de Suministros se acompañará copias de los Partes de Ingreso correspondientes.
- Cuando se dé el caso que un comprobante de pago corresponda a varios AGIs o Funcionalidades, se debe presentar un cuadro detalle de los montos solicitados a reconocer como los montos ya reconocidos.
- En el caso que la Orden de compra o Servicio **sea un Adicional de la Orden Principal**, se deberá indicar el número de Oficio con el que OSITRAN **aprobó el Paquete de la Etapa de Desarrollo 8.**
- Cuando se dé el caso de inversiones relacionadas a Mejoras Obligatorias, estas deberán ser identificadas en el cuadro de detalle de los montos solicitados.

Como puede apreciarse, para el Reconocimiento de Inversiones Directas, se requiere del cumplimiento previo de las Etapas de Desarrollo contenidas en el Anexo 14 – **Requisitos Técnicos Mínimos** del Contrato de Concesión, poniéndose mayor énfasis en la Etapas de Desarrollo 5 (Ingeniería Final) y 6 (Concurso); y, en el caso de que la Orden de Compra o Servicio sea un Adicional de la orden principal, se requerirá también la aprobación de las Etapas de Desarrollo 7 (Construcción) y 8 (Conclusión Formal de la Construcción). En función de ello, el Regulador, en ejercicio de su función

supervisora, podrá evaluar de manera adecuada los montos de inversión en Mejoras presentados por el Concesionario para su reconocimiento.

88. De este modo, contrariamente a lo afirmado por el Concesionario en su Escrito N° 2, el reconocimiento de inversiones en Mejoras sí implica la verificación de los RTM. Ello se encuentra expresamente establecido en la Directiva de Reconocimiento de Inversiones, cuyo numeral 7.3.3.1 señala que, para **evaluar y/o revisar la documentación técnica recibida del Concesionario**, correspondiente a las etapas de desarrollo de las Mejoras, el Supervisor, entre otros, *“analizará la documentación recibida, **verificando el cumplimiento de los Requisitos Técnicos Mínimos establecidos en el Anexo 14 del Contrato de Concesión** y de todas las normas aplicables que correspondan.”*
89. En ese orden, debemos rechazar las afirmaciones del Concesionario vertidas en el Escrito N° 2, con las cuales pretende desvirtuar la importancia del reconocimiento de inversiones efectuado por OSITRAN, señalando que este procedimiento es *“**simplemente compara el monto que LAP dice haber ejecutado y los documentos que acreditan la compra del servicio o bien, así como los documentos que acreditan la conformidad del Concesionario con el servicio o los bienes adquiridos**”*.
90. Precisamente, una de las observaciones más recurrentes que se presentan en este proceso, particularmente para la ejecución de las obras, está referida a los deductivos en la obra generados por la no ejecución de algunas partidas del presupuesto, así como los costos adicionales, que se generan cuando el Concesionario adiciona algunas partidas al presupuesto no contempladas en el alcance del contrato principal, las cuales deben ser presentadas al Regulador durante la Etapa de Desarrollo 7 – Construcción, para opinión y finalmente deben estar contenidos en el expediente de la Etapa de Desarrollo 8; y, de ser el caso, este monto adicional y/o deductivo, contando con la opinión favorable del OSITRAN, se somete a reconocimiento previa aprobación de dicha etapa.
91. Así, el monto resultante de la Etapa de Desarrollo 6 – Concurso puede variar de acuerdo con la ejecución de la obra; motivo por el cual resulta fundamental la supervisión. De esta manera, para poder determinar el monto final que se desprende de la Etapa de Desarrollo 8 en el ítem de Liquidación Económica, deben encontrarse aprobadas las Etapas de Desarrollo 5, 6, 7 y 8.
92. Por tanto, observar el marco regulatorio y el cumplimiento de las disposiciones contractuales pertinentes, basándose en la supervisión realizada por el órgano competente, no solo constituye una práctica razonable y aceptada en los mercados regulados, sino que esta resulta fundamental para alcanzar el objetivo de la regulación de lograr la **eficiencia económica** en un mercado monopolístico, como ocurriría en un contexto competitivo.
93. En ese sentido, debe señalarse que, en ningún extremo de los Informes N° 0034-2019-GRE-OSITRAN y N° 0019-2020-IC-OSITRAN se señala que la GRE *“no contara con información respecto del monto de inversión”* y/o la ejecución del proyecto “Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes”. Ciertamente, en el numeral 240 del Informe Conjunto que sustenta la Resolución Impugnada se indicó que, **el Concesionario no ha cumplido con ejecutar dicho proyecto conforme a lo que exige el Contrato de Concesión**. En ese contexto, una inspección como la que plantea LAP en su Escrito N° 2, con la única finalidad de verificar la “existencia” de determinada inversión, de ninguna manera garantiza que esta sea eficiente ni mucho menos que cumpla cabalmente las disposiciones contractuales que permiten el aseguramiento y control de la calidad.
94. Con relación a lo anterior, el Concesionario afirma que la GRE ha contravenido el Principio de Verdad Material, al basarse en una constatación de si la inversión había cumplido el *“procedimiento administrativo de reconocimiento”* y renunciando así a su obligación de verificar plenamente la realidad de los hechos, a través de todas las medidas probatorias necesarias. En esa línea, en el Escrito N° 2 (p. 18) se manifiesta lo siguiente:

*“Es necesario señalar lo preocupante que resulta la metodología o procedimientos aplicados por la GRE en lo que se refiere a la determinación de cargos de acceso a ser facturados por el Concesionario, en la medida en que no verifica de manera directa la información necesaria para realizar su labor regulatoria, sino que, únicamente requiere determinada información a la GSF, enfocando su solicitud, erróneamente, en la verificación de la realización de **procedimientos formales**; más no en la real ejecución y puesta en servicio de las inversiones realizadas por LAP.*

*En efecto, en lugar de solicitar información sobre el **cumplimiento de procedimientos formales**, la GRE debería requerir a la GSF, la **documentación técnica (actas de inspección, informes, etc.) en las cuales se haya verificado “in situ” la efectiva ejecución de las inversiones realizadas por el Concesionario.**”*

[El énfasis y subrayado son nuestros]

95. Sobre el particular, acorde con lo expuesto en el presente acápite, debe remarcarse que el extremo del numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, que señala “*Las etapas de desarrollo y de evaluación formal por parte de OSITRAN, de cada proyecto (...)*”, de ningún modo desvirtúa el contenido ni la importancia de dicha evaluación por parte del Regulador, la cual conjuntamente con la Cláusula 5.7 -conforme se ha expuesto en extenso- permite la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad, así como verificar los montos de inversión. En ese sentido, carecen de sustento estas y todas las afirmaciones de LAP con las que pretende desvirtuar la importancia del procedimiento de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras.
96. Así, en lo que concierne a la supuesta inobservancia del Principio de Verdad Material que desliza el Concesionario, debemos recordarle que dicho principio establece que “*la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley*”. Es así que, en estricto cumplimiento del mismo, el Consejo Directivo ha considerado que, para la determinación del Cargo de Acceso, únicamente deben incluirse las inversiones en Mejoras que hayan sido reconocidas por el órgano competente del OSITRAN, conforme a los términos contractuales.
97. En este punto, no está demás remarcar que el Principio de Verdad Material de ningún modo habilita a los órganos y entidades de la Administración Pública a realizar funciones que se encuentran fuera de su ámbito de competencia, y mucho menos a adoptar medidas no autorizadas por ley. Así, en función a dicho principio, ni la GRE ni el Consejo Directivo están autorizados a realizar la función de supervisión ajena a su competencia. Del mismo modo, la GSF tampoco está autorizada a ejercer su función de supervisión inobservando términos y condiciones contenidos en los RTM del Anexo 14 del Contrato de Concesión, como pretendería el Concesionario.
98. Por tanto, teniendo presente que el procedimiento de Reconocimiento de Inversiones se encuentra dentro de la competencia y funciones de la GSF, en el marco de la obligación del Concesionario de sustentar ante el Regulador los montos derivados de la ejecución de las Mejoras en el AIJCh, establecida en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión; este Regulador considera que, a fin de no afectar a los Usuarios quienes se encuentran sujetos a un servicio prestado en un monopolio natural, de conformidad con el principio económico de eficiencia establecido en el REMA, el Cargo de Acceso debe **recuperar** las inversiones en Mejoras que hayan sido aprobadas por el Regulador conforme a los términos y condiciones establecidos contractualmente.
99. En virtud de lo expuesto, queda desvirtuada la afirmación del Concesionario según la cual el Regulador habría vinculado el principio de **eficiencia** comprendido en los artículos 8, 26 y 27 del REMA con el cumplimiento de un “trámite administrativo formal”. Por el contrario, en el ejercicio de sus funciones, el Consejo Directivo de OSITRAN ha observado obligaciones del Concesionario contenidas en el Contrato de Concesión que se encuentran alineadas con el principio económico antes señalado. De esta manera, el

Cargo de Acceso determinado por el Regulador a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN se enmarca en los principios regulatorios contenidos en el REMA, y los términos y condiciones de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión.

100. En ese sentido, queda desvirtuada también la afirmación del Concesionario según la cual el Regulador habría “*contravenido el principio de Sostenibilidad*”, puesto que -reiteramos- el Cargo de Acceso debe permitir a la Entidad Prestadora recuperar los costos económicos eficientes. Del mismo modo, acorde con lo expuesto, no resulta atendible el comentario de LATAM por el cual señala la necesidad de que, adicionalmente al reconocimiento de inversiones, la GRE efectúe un “**previo análisis de mercado**” con la finalidad de identificar si las inversiones a considerar en el flujo del modelo de costos incrementales o distribuidos, son “**costo eficiente**”; toda vez que, a través de los procedimientos de LAP con opinión favorable de OSITRAN y a través de la exigencia de un **número mínimo de postores**, según sea el caso, que debe presentar el Concesionario cuando realiza el Concurso – conforme lo exige la Etapa de Desarrollo 6-, se busca favorecer el logro de **costos económicos eficientes**.
- iii) Con respecto al supuesto cumplimiento de las cláusulas contractuales referidas a la ejecución de las Mejoras
101. De acuerdo a lo sustentado en el Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), el Cargo de Acceso determinado a través de la Resolución materia de impugnación no considera los montos que LAP alega como inversiones en el Sistema HBS debido a que, a la fecha de su emisión³⁴, no se encontraban aprobadas las Etapas de Desarrollo 5 a 10 del proyecto “***Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipaje***”, conforme a los RTM establecidos en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, así como tampoco dichos montos habían sido reconocidos por el Regulador como inversiones en Mejoras, de conformidad con la obligación del Concesionario de sustentar ante OSITRAN los montos derivados de la construcción de las Mejoras, establecida en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión y la Directiva de Inversiones en Mejoras.
102. Sobre el particular, el Concesionario afirma en su Escrito de impugnación que este sí ha cumplido con sus obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, alegando que “*si así no se hubiera dado, hubiera intervenido el Regulador en el marco de sus funciones que ejerce; situación que no ha ocurrido a la fecha.*” En esa línea, a través del Escrito N° 2 manifiesta que, “*El Concesionario no pretende desconocer las disposiciones contractuales y las Leyes Aplicables relacionadas a las inversiones en Mejoras que vaya ejecutando. Es claro que LAP está obligada a cumplir con dichas disposiciones, tal como lo ha venido haciendo hasta la fecha, de forma tal que, si no cumpliera con las mismas; el Regulador ha tenido, y tiene, la capacidad de sancionar administrativamente al Concesionario.*”
103. Además, señala que la función supervisora que ejerce el OSITRAN no implica únicamente la aprobación de los Expedientes de las Etapas de Desarrollo, sino las inspecciones *in situ* y la aprobación previa de los documentos técnicos que conforman un proyecto determinado, necesarios para la inspección y que luego forman parte del referido expediente. En ese orden de ideas, el Concesionario apunta que el Expediente de cada Etapa de Desarrollo constituye un resumen de la documentación anteriormente presentada y aprobada por OSITRAN, el cual -según LAP- es presentado “formalmente” para cumplir con un “trámite administrativo” recogido en la Directiva de Reconocimiento de Inversiones.
104. Sin embargo, como ha sido señalado en los acápites previos, el procedimiento de Reconocimiento de Inversiones -de competencia de la GSF- no constituye un “trámite administrativo”, sino que se enmarca en la obligación del Concesionario de sustentar ante el Regulador los montos derivados de la ejecución de las Mejoras en el AIJCh, establecida

³⁴ Informe emitido el 5 de febrero de 2020.

en la Cláusula 5.7 del Contrato de Concesión. Del mismo modo, cabe remarcar que, a fin de permitir la ejecución adecuada de programas de aseguramiento y control de calidad de los proyectos de inversión en Mejoras, el numeral 1.29 del Anexo 14 – REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS del Contrato de Concesión exige al Concesionario presentar a OSITRAN la documentación (técnica y económica) referida a cada proyecto, al final de cada una de las diez (10) Etapas de Desarrollo, para su evaluación, aprobación o desaprobación.

105. En ese marco contractual, en ejercicio de su función normativa, el Regulador emitió la “Directiva para el Procedimiento de Revisión y Aprobación de las Etapas de Desarrollo de las Mejoras en el AIJCh” (en adelante, la Directiva de Desarrollo de Mejoras)³⁵, en la cual se estipula la secuencia a seguir para la revisión y aprobación de los documentos técnicos y del expediente de cada Etapa de Desarrollo, a ser cumplida por el Concesionario durante la ejecución de las Mejoras en el AIJCh.
106. De acuerdo con dicho procedimiento, con el objeto de que se pueda llevar un control adecuado de la información entregada y aprobada de los proyectos a ejecutar, el Concesionario debe entregar al Supervisor la documentación correspondiente a cada etapa, de manera total o parcial, hasta completar los documentos técnicos que se muestra en la siguiente tabla. Asimismo, en el caso específico de las Etapas de Desarrollo 3 a 8, está obligado a presentar a OSITRAN el expediente correspondiente a cada etapa, para su revisión y aprobación; remarcándose que, solo con la aprobación de dicho expediente, el Regulador emite el respectivo Certificado de Aprobación con el que se da por concluida y aprobada la Etapa de Desarrollo.

Tabla 2: REQUISITOS PARA LA REVISIÓN Y APROBACION DE LAS ETAPAS DE DESARROLLO DE LAS MEJORAS A CARGO DEL CONCESIONARIO

ETAPA DE DESARROLLO	DOCUMENTOS TÉCNICOS ENTREGABLES	PLAZO PARA PRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTE
Etapas de Desarrollo 1 y 2: PLANIFICACIÓN Y PROGRAMACIÓN	Según corresponda: 1. Plan Maestro vigente y sus actualizaciones (que recogerá información del expediente del Diseño Conceptual correspondiente a la expansión del Aeropuerto, según el alcance establecido por la Adenda 7 del Contrato de Concesión; o, 2. Plan de Diseño y de Trabajo – Presupuesto y Programa de Inversiones vigente (PDT-PPI).	En lo que respecta al Plan de Diseño y de Trabajo - Presupuesto y Programa de Inversiones (PDT - PPI), este se presenta antes del inicio de cada ejercicio anual, durante el Periodo Remanente.
Etapas de Desarrollo 3: DISEÑO ESQUEMÁTICO / INGENIERÍA CONCEPTUAL Sustenta el desarrollo de la Ingeniería Conceptual que es la base para la elaboración del Desarrollo del Diseño / Ingeniería Preliminar.	1. Memoria Descriptiva por especialidades y/o memoria descriptiva de la intervención. 2. Planos, Esquemas, etc. 3. Informes o Estudios Especiales. 4. Valor Total Estimado de la inversión.	Considerando que esta etapa se relaciona a la propuesta base de diseño conceptual para su posterior ejecución, el expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.
Etapas de Desarrollo 4: DESARROLLO DEL DISEÑO / INGENIERÍA PRELIMINAR	1. Memoria Descriptiva por especialidades y/o memoria descriptiva de la intervención. 2. Planos, Esquemas, etc.	El expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN en un plazo no mayor de tres (3) meses

³⁵ Aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2012-CD-OSITRAN del 16 de setiembre de 2012, y actualizada por las Resoluciones de Consejo Directivo N° 007-2018-CD-OSITRAN y 004-2020-CD-OSITRAN.

ETAPA DE DESARROLLO	DOCUMENTOS TÉCNICOS ENTREGABLES	PLAZO PARA PRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTE
Sustenta el desarrollo de la Ingeniería Preliminar con un mayor detalle que la Ingeniería Conceptual, e incluye todas las especialidades involucradas.	3. Especificaciones técnicas. 4. Informes o Estudios Especiales. 5. Cronograma Referencial para construcción, nivel 1. 6. Presupuesto Referencial para construcción, nivel 1.	contados desde la aprobación por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.
Etapa de Desarrollo 5: INGENIERÍA FINAL Etapa que se relaciona a la ingeniería de detalle y sustenta la preparación de los Planos de todas las especialidades y Especificaciones Técnicas de Construcción, así como el resto de la documentación necesaria para la construcción de la obra.	1. Memoria Descriptiva por especialidades y/o memoria descriptiva de la intervención. 2. Memoria de Cálculo 3. Planos, Esquemas, etc. 4. Informes o Estudios Especiales. 5. Listado de Licencias, Permisos y Autorizaciones requeridas para construcción. 6. Especificaciones técnicas. 7. Cronograma Referencial para construcción, nivel 2. 8. Presupuesto Referencial para construcción, nivel 2.	El expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.
Etapa de Desarrollo 6: CONCURSO PARA CONSTRUCCIÓN, SERVICIOS Y SUMINISTRO Sustenta el proceso realizado para la selección del contratista o proveedor de obras, bienes y/o servicios.	1. Documentos de Concurso (Bases y Alcances). 2. Invitaciones 3. Tiempo de ejecución. 4. Presupuesto del Postor Ganador. 5. Evaluación Técnica y Económica. 6. Orden de Compra / Servicio. 7. Presupuesto y Cronograma (nivel 2) de la Fase de Construcción.	El expediente debe ser presentado para revisión y aprobación de OSITRAN en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la aprobación de la orden de servicio o de compra del postor ganador del proceso de selección en cuestión; con excepción de los contratos bajo la modalidad de precios máximos garantizados, en cuyo caso dicho plazo no será aplicable.
Etapa de Desarrollo 7: CONSTRUCCIÓN Sustenta el proceso realizado por el Contratista durante el desarrollo de la obra / servicio / suministro: permisos, cambios realizados, y los requerimientos necesarios para certificar la calidad de la obra / servicio / suministro realizado.	1. Reporte de Calidad / EHS 2. Protocolos de Prueba 3. Manuales de Mantenimiento / Operación 4. Certificados de Calidad de Materiales 5. Planos de Campo FSK 6. Licencias, permisos y autorizaciones	El expediente debe ser presentado a OSITRAN para revisión y aprobación de OSITRAN , en un plazo no mayor de tres (3) meses de recibida por el Regulador, la última documentación técnica correspondiente a esta etapa.
Etapa de Desarrollo 8: CONCLUSIÓN FORMAL DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN O DEL PROYECTO Sustenta el proceso realizado por el Contratista una vez concluida la obra, paquete de ejecución y/o servicio y la entrega de la misma al Concesionario.	1. Memorias Descriptivas conforme a obra. 2. Planos conforme a obra. 3. Acta de Recepción. 4. Liquidación Económica – Contable. 5. Garantía de Equipo Principales. 6. Garantías de Calidad.	El expediente debe ser presentado para aprobación de OSITRAN en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la conformidad por parte de OSITRAN de la última documentación técnica correspondiente a esta etapa o la liquidación económica-contable por parte del Concesionario, de resultar aplicable según la modalidad contractual.
Etapa de Desarrollo 9: PUESTA EN OPERACIÓN	1. Comunicación de LAP al OSITRAN con listado de paquetes que comprenden el proyecto.	La comunicación del Concesionario sobre la citada etapa deberá ser presentada a OSITRAN en un plazo no mayor

ETAPA DE DESARROLLO	DOCUMENTOS TÉCNICOS ENTREGABLES	PLAZO PARA PRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTE
Sustenta el proceso de Ocupación de las instalaciones terminadas y/o puesta en marcha u operación. La comunicación del Concesionario debe ser presentada a OSITRAN en un plazo no mayor de tres (3) meses desde la aprobación de la Etapa de Desarrollo 8.	2. Copia del listado de observaciones (<i>punch list</i>) cerrado del proyecto. 3. Acta de verificación de ocupación realizada por OSITRAN (Supervisión).	de tres (03) meses desde la aprobación de la etapa de desarrollo 8.
Etapas de Desarrollo 10: RECEPCIÓN DEFINITIVA Sustenta el proceso de Inspección final de las instalaciones después de un (1) año de la Ocupación y/o Puesta en Macha u Operación.	1. Comunicación de LAP al OSITRAN con listado de paquetes que comprenden el proyecto. 2. Informe de conformidad realizado por OSITRAN (Supervisión), previa inspección.	Un (1) año de la Ocupación y/o Puesta en Macha u Operación.

Fuente: Directiva de Desarrollo de Mejoras

Elaboración: Propia

107. Así, ni el Contrato de Concesión ni la Directiva de Desarrollo de Mejoras establecen directa o indirectamente que la aprobación de los expedientes de las Etapas de Desarrollo³⁶ constituya el “cumplimiento de un trámite administrativo”; o que la supervisión *in situ* y/o la aprobación (parcial o total) previa de documentos técnicos entregables, implique automáticamente la aprobación de una Etapa de Desarrollo conforme lo exige el Contrato de Concesión, como alega LAP. Por el contrario, para efectos de la aprobación de cada Etapa de Desarrollo, el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión establece expresamente que la documentación debe ser presentada al final de cada etapa; y, acorde con ello, la referida Directiva dispone que el Concesionario debe presentar el expediente correspondiente al final de cada etapa para su **revisión y aprobación**; subrayándose que, solo con la aprobación de dicho expediente, el Regulador emite el respectivo Certificado de Aprobación con el que se da por **concluida y aprobada la Etapa de Desarrollo**.
108. En ese sentido, debe desestimarse el argumento planteado por el Concesionario por el cual afirma que “LAP sí ha cumplido con lo establecido en el Contrato de Concesión referido a la ejecución de las Mejoras”; esgrimiendo que OSITRAN ya verificó el cumplimiento de los RTM “al momento de la ejecución de la Mejora correspondiente”, “con la documentación presentada y en campo”, la cual -según LAP- ya ha sido “anteriormente presentada y aprobada”. Más aún, estas afirmaciones son falsas; pues, conforme se advierte del detalle situacional expuesto a continuación, el Concesionario **tampoco ha cumplido con presentar toda la documentación técnica** que viabilice la elaboración, presentación y aprobación de los expedientes correspondientes a todas las Etapas de Desarrollo del proyecto “Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipaje”.
109. Al respecto, a continuación, se detalla el estado actual de revisión y aprobación de las Etapas de Desarrollo 5 a 10, las cuales no se encontraban aprobadas a la fecha de emisión del Mandato de Acceso. Cabe señalar que, en el presente caso, LAP definió la estructura del proyecto integral “Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes” presentando cuatro (4) subproyectos prefijados por este³⁷, y subdivididos en

³⁶ Específicamente, de la Etapa de Desarrollo 3 a la Etapa de Desarrollo 8.

³⁷ Dichos subproyectos son:

- Servicio de Mejoras en el Sistema HBS;
- Ampliación del Sistema de Manejo de Equipaje BHS;
- Habilitación del BHS de Transferencia; y,

paquetes de trabajo, los cuales representan la menor unidad de servicio; subrayándose que, de acuerdo con la Directiva de Desarrollo de Mejoras, el alcance de cada Paquete de Trabajo es sustentado por LAP en la Etapa de Desarrollo 6 (Concurso).

- a) **Etapa de Desarrollo 5 – Diseño de Ingeniería Final:** El Concesionario no ha completado la entrega de toda la documentación técnica que viabilice la elaboración y presentación del expediente de cierre de la Etapa de Desarrollo 5 del aludido proyecto.
- b) **Etapas de Desarrollo 6 (Concurso para Construcción) y 7 (Construcción):** En la Tabla 3 se muestra el detalle de los conceptos de inversión que, de acuerdo con lo declarado por el Concesionario a través de la Carta N° C-LAP-GPF-2019-1006, estarían comprendidos en el proyecto “*Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes*”.

Como puede advertirse, de los quince (15) conceptos alegados por el Concesionario, seis (6) están referidos a Adicionales y Otros; es decir, modificaciones no contempladas dentro del alcance de la ejecución de la Mejora definido en la etapa de Concurso. De acuerdo con la Directiva de Desarrollo de Mejoras, estas modificaciones deben ser presentadas oportunamente por el Concesionario al Supervisor para conocimiento y conformidad durante la Etapa de Desarrollo 7, y deben estar sustentadas en la Liquidación Económica-Contable que forma parte del expediente de la Etapa de Desarrollo 8, para su revisión y aprobación -solo en caso corresponda, claro está-; situación que no ha ocurrido a la fecha.

Con respecto a los demás conceptos, pese a que las órdenes de servicio fueron emitidas por LAP entre octubre de 2017 y abril de 2019, únicamente tres paquetes de trabajo cuentan con las Etapas de Desarrollo 6 y 7 aprobadas; remarcándose que solo uno de ellos (el Paquete de Trabajo A-18-T210.03.0101/ A-16-T210.02.0105 “*Servicio de Mejoras en el Sistema HBS*”) corresponde al Sistema HBS³⁸.

- c) **Etapa de Desarrollo 8 – Conclusión formal del Proyecto:** El Concesionario no ha completado la entrega de toda la documentación técnica que viabilice la elaboración y presentación del expediente de cierre de la Etapa de Desarrollo 8 de cada Paquete de Trabajo.
- d) **Etapas de Desarrollo 9 y 10 (Puesta en Operación y Recepción Definitiva):** En lo que corresponde a estas etapas, pese a que reiteradamente en reuniones de trabajo se ha requerido al Concesionario que se efectúen estas actividades, a la fecha no se han llevado a cabo; por lo que el Concesionario no cuenta con el Acta de Verificación de Ocupación realizada por OSITRAN (Supervisión) ni con el Informe de Conformidad realizado por OSITRAN (Supervisión) del aludido proyecto.

- Modificaciones Infraestructura BHS.

³⁸ Ciertamente, de acuerdo con el alcance establecido por LAP en la etapa de Concurso, el Paquete de Trabajo A-18-T210.03.0101 “*Servicio de Mejoras en el Sistema HBS en el AIJC*” incluye las siguientes actividades generales: i) provisión e instalación de dos (2) nuevos equipos de Rayos X para el Nivel 3, y ii) Upgrade de las cinco (5) máquinas de Rayos X existentes en el Nivel 1. Por su parte, el Paquete de Trabajo A-16-T210.02.0104 “*Ampliación del Sistema de Manejo de Equipaje BHS*” tiene como finalidad incrementar la capacidad de entrega y de almacenamiento del Sistema BHS de la zona de salidas; y el Paquete de Trabajo A-16-T210.02.0102 “*Habilitación BHS Transferencia*” tiene como finalidad incrementar la capacidad de entrega y de almacenamiento del Sistema BHS de transferencia y tránsito.

Tabla 3: ESTADO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE LAS ETAPAS DE DESARROLLO 5, 6, 7 Y 8 DE LOS CONCEPTOS DE INVERSIÓN ALEGADOS POR EL CONCESIONARIO

N°	Concepto de inversión alegado por LAP ¹	Orden de Servicio N°	Monto (US\$)	Paquete de Trabajo ²	Descripción del Paquete de Trabajo	Etapas de Desarrollo 5	Etapas de Desarrollo 6	Etapas de Desarrollo 7	Etapas de Desarrollo 8
1	Contrato de inspección de equipaje (L3)	4500000876 de fecha 24/04/18	1 469 332,30	A-18-T210.03.0101/A-16-T210.02.0105 "Servicio de Mejoras en el Sistema HBS en el AIJC"	Mejorar la eficiencia del Sistema HBS mediante las siguientes actividades generales: - Provisión e instalación de dos (2) nuevos equipos de Rayos X MVT-HR para el Nivel 3. - <i>Upgrade</i> de las cinco (5) máquinas de Rayos X existentes en el Nivel 1.	No aplica por ser servicio.	Aprobado con Oficio N° 7255-2019-GSF-OSITRAN e Informe N° 1162-2019-JCA-GSF-OSITRAN	Aprobado con Oficio N° 3950-2020-GSF-OSITRAN e Informe N° 00511-2020-JCA-GSF-OSITRAN de fecha 04/06/2020	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.
		4400030966 de fecha 29/01/18	775,45	-	Servicio de traducción del Contrato y Anexo B. ³	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
2	Contrato fajas Glidepath	4400030376 de fecha 06/11/17	2 755 000,00	A-16-T210.02.0104 "Ampliación del Sistema de Manejo de Equipaje BHS"	Incrementar la capacidad de entrega y almacenamiento del Sistema BHS de la zona de salidas.	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.	Aprobado con Oficio N° 02811-2020-GSF-OSITRAN e Informe N° 0374-2020-JCA-GSF-OSITRAN	Aprobado con Oficio N° 3756-2020-GSF-OSITRAN e Informe N° 0493-2020-JCA-GSF-OSITRAN	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.
3	Modificaciones en Infraestructura del Sistema de Inspección de Equipaje	4400030337 de fecha 31/10/17	203 452,91	A-16-T210.02.0103 "Modificaciones Infraestructura BHS"	Ejecutar todas las tareas complementarias necesarias para habilitar y operar las zonas que van a ser intervenidas producto de los proyectos de Ampliación BHS Outbound y Habilitación BHS Transferencia.	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.	Aprobado con Oficio N° 9433-2017-GSF-OSITRAN e Informe N° 1528-2017-JCA-GSF-OSITRAN	Observado con Oficio N° 04576-2020-GSF-OSITRAN e Informe N° 00555-2020-JCA-GSF-OSITRAN.	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.

N°	Concepto de inversión alegado por LAP ¹	Orden de Servicio N°	Monto (US\$)	Paquete de Trabajo ²	Descripción del Paquete de Trabajo	Etapas de Desarrollo 5	Etapas de Desarrollo 6	Etapas de Desarrollo 7	Etapas de Desarrollo 8
4	Trabajos adicionales no contemplados en la Orden de Servicio 4400030337	4400031575 de fecha 03/05/18	36 063,84	-	-	No cuenta con aprobación.	N.A.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
5	Otros: Nuevas puertas en sala de revisión de nivel 3	4400032420 de fecha 11/09/18	3 567,31	-	-	No cuenta con aprobación.	N.A.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
6	Otros: Traslado de 3 máquinas de rayos X	4400032626 de fecha 16/10/18	1 984,03	-	-	No cuenta con aprobación.	N.A.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
7	Otros: Descarga/desmontaje de 2 máquinas de rayos X con 2 montacargas	4400032812 de fecha 13/11/18	787,22	-	-	No cuenta con aprobación.	N.A.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
8	Fajas transferencia	4400030331 de fecha 31/10/17	166 800,26	A-16-T210.02.0102 "Habilitación BHS Transferencia"	Incrementar la capacidad de entrega y almacenamiento del Sistema BHS de transferencia y tránsito.	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.	Aprobado con Oficio N° 9433-2017-GSF-OSITRAN e Informe N° 1534-2017-JCA-GSF-OSITRAN	Aprobado con Oficio N° 3558-2020-GSF-OSITRAN e Informe N° 0460-2020-JCA-GSF-OSITRAN	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.

N°	Concepto de inversión alegado por LAP ¹	Orden de Servicio N°	Monto (US\$)	Paquete de Trabajo ²	Descripción del Paquete de Trabajo	Etapas de Desarrollo 5	Etapas de Desarrollo 6	Etapas de Desarrollo 7	Etapas de Desarrollo 8
9	Estibación de maletas	4400033233 de fecha 10/01/19	52 752,03	A-16-T210.02.0108 "Estibación Manual de Equipajes"	Gestión del traslado de maletas de forma manual de distintos módulos en el sistema de carruseles para mantener la operatividad aeroportuaria. Esto es considerado una Mejora ya que está asociado al proyecto "Ampliación del Sistema de Manejo de Equipajes BHS" para incrementar la capacidad de entrega y almacenamiento del Sistema BHS .	No aplica por ser servicio.	Observado ⁴ con Oficio 02740-2020-GSF-OSITRAN e Informe N° 0356-2020-JCA-GSF-OSITRAN del 06/04/2020	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.
10	Seguridad privada en nivel 3	4400033480 de fecha 06/02/19	6 476,56	-	-	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
11	Gastos de importación de los equipos de L3	4400032844 de fecha 15/11/18	5 000,00	-	-	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
12	Adicional ampliación del Sistema de Inspección	4400034011 de fecha 22/04/19	189 825,40	-	-	No cuenta con aprobación.	N.A.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
13	Provisión e instalación de 1 máquina de rayos X	4400033209 de fecha 22/01/19	109 911,00	A-18-T210.02.1 "Provisión e instalación de Equipos de Seguridad"	Adquirir e instalar una (1) máquina de rayos X sobredimensionada.	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.	Aprobado con Of. N° 4780-2019-GSF-OSITRAN e Inf. N° 0796-2018-JCA-GSF-OSITRAN de fecha 30/05/2019	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.	No ha presentado toda la documentación técnica ni el expediente.
		4400033210 de fecha 22/01/19	4 918,00						

N°	Concepto de inversión alegado por LAP ¹	Orden de Servicio N°	Monto (US\$)	Paquete de Trabajo ²	Descripción del Paquete de Trabajo	Etapas de Desarrollo 5	Etapas de Desarrollo 6	Etapas de Desarrollo 7	Etapas de Desarrollo 8
14	Provisión e instalación de 2 máquinas de rayos X para transferencia (carga aérea)	-	229 658,00	-	-	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.
15	Otros trabajos de instalación relacionados con las máquinas de rayos X para transferencia (carga aérea)	-	15 000,00	-	-	No cuenta con aprobación.	N.A.	No cuenta con aprobación.	No cuenta con aprobación.

Notas:

N.A. En lo que respecta a Adicionales y Otros, no aplica la Etapa de Desarrollo 6 al no estar contemplados dentro del alcance del Concurso.

1/ Según Memo M-GPF-GRE-2019-0089, remitido mediante Carta N° C-LAP-GPF-2019-1006.

2/ Cabe señalar que aquellas Órdenes de Servicio que no tienen identificado el respectivo Paquete de Trabajo obedece a que estas no han sido sustentadas por el Concesionario ante el Regulador como una inversión en Mejoras.

3/ De acuerdo con lo indicado en la Orden de Servicio.

4/ De acuerdo con los referidos documentos emitidos por la GSF, el expediente se encuentra observado debido a que en la Evaluación Técnica – Económica efectuada por LAP respecto de la única propuesta presentada, se califica como apta dicha propuesta sin sustentar el criterio y la consistencia del presupuesto ofertado por el único postor. En tal sentido, el presupuesto del postor ganador, la Evaluación Técnica – Económica y la Orden de Servicio se encuentran no conformes.

Fuente: Carta N° C-LAP-GPF-2019-1006, GSF

Elaboración: Propia

110. Teniendo en cuenta el detalle situacional expuesto, y considerando que la ejecución de las obras culminó en el año 2019, mediante el Oficio N° 00053-2020-GSF-OSITRAN de fecha 3 de enero de 2020, se reiteró a LAP el requerimiento de la **documentación técnica** faltante. Expresamente, se le indicó lo siguiente:

“(…) a través de comunicaciones vía correo electrónico con la Gerencia de Mantenimiento de su representada, se solicitó reiteradamente información del proyecto “Ampliación del Sistema BHS”, referido al cierre de las Etapas de Desarrollo 5 – Ingeniería Final, 7 – Construcción y 8 – Conclusión formal del proceso de construcción, sin obtener dicha información hasta la fecha. (…)

De lo expuesto, en cumplimiento del numeral 9.5 de la Directiva de Etapas de Desarrollo vigente, aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo N° 007-2018-CD-OSITRAN, se le requiere informarnos del estado de situación y remitirnos la documentación técnica relacionada a las obras mencionadas, otorgándosele un plazo máximo de cinco (05) días hábiles desde la recepción del presente.”

[El subrayado es nuestro]

111. En respuesta a dicho requerimiento, a través de la Carta LAP-GCO-2020-0008 recibida el 13 de enero de 2020, el Concesionario manifestó que, *“con relación a la presentación de los documentos de la etapa 5 y la etapa 8, debido a que el contratista viene levantando las observaciones de la etapa 5 y preparando los documentos referentes a la etapa 8, estos serán remitidos la segunda semana de febrero de 2020 (…).”* No obstante, hasta la fecha de emisión del presente Informe, el Concesionario no ha cumplido con entregar la totalidad de dichos documentos técnicos.
112. Por tanto, contrariamente a lo afirmado por el Concesionario, este **no ha cumplido cabalmente con ejecutar las inversiones en Mejoras del proyecto “Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes”**, conforme a los términos y condiciones exigidos en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión, al no encontrarse aprobadas las Etapas de Desarrollo 5, 6, 7 y 8 de los paquetes de trabajo comprendidos en dicho proyecto; todas las cuales -reiteramos- son necesarias para garantizar el cumplimiento de los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos. En ese orden, el Concesionario **tampoco ha cumplido con su obligación de sustentar ante OSITRAN los montos derivados de la ejecución de dichas Mejoras**, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 5.7.3 del Contrato de Concesión.
113. En este punto, cabe mencionar que, a través del Memo M-GPF-GRE-2020-0029, el Concesionario afirma que *“OSITRAN ha efectuado el cálculo del cargo de acceso excluyendo inversiones no reconocidas. Bajo el criterio empleado por el regulador, la OC 4400033209 por la provisión de una máquina de rayos X doble vista sobredimensionada por el monto de US\$ 109,911 debiera ser incluida como inversión en el flujo de caja realizado por el Regulador puesto que, mediante el Oficio N° 10400-2019-GSF-OSITRAN emitido el 20 de noviembre del 2019, OSITRAN dio conformidad al reconocimiento como inversión directa en mejoras en el AIJCH.”*
114. Al respecto, cabe precisar que la Orden de Servicio N° 4400033209 a la que se refiere el Concesionario, corresponde al Paquete de Trabajo A-18-T210.02.1 “Provisión e instalación de Equipos de Seguridad”, el cual -conforme ha sido advertido en la Tabla 3-, **no cuenta con la aprobación de las Etapas de Desarrollo 5, 7 y 8, en los términos que exige el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión**. En consecuencia, no corresponde considerar el monto de US\$ 109 911 indicado por LAP en el Cargo de Acceso impugnado.

115. Con relación a lo anterior, debemos señalar que, el Concesionario no debe confundir la función reguladora³⁹ que ejerce el Consejo Directivo de OSITRAN al determinar el Cargo de Acceso que pagarán los Usuarios Intermedios, con las funciones fiscalizadora y sancionadora⁴⁰ que ejerce la GSF; toda vez que estas son completamente independientes. En efecto, si el OSITRAN fiscaliza e impone una penalidad y/o sanción al Concesionario por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, habiéndose determinado el Cargo de Acceso inobservando dichas obligaciones; la mencionada sanción no remediará el hecho de que los Usuarios Intermedios se encuentren pagando un cargo más alto que el que corresponde porque la prestación no cumple cabalmente con las disposiciones contractuales..
116. Por lo demás, independientemente de la metodología empleada, para la determinación de las tarifas o los cargos de acceso, ni el marco regulatorio ni mucho menos el Contrato de Concesión proscriben que el Regulador observe el cumplimiento de disposiciones contractuales; por el contrario, reiteramos que el Contrato de Concesión establece que el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión por parte del Concesionario se sujeta a lo dispuesto en sus estipulaciones. Además, de acuerdo con el Artículo 8 del REMA, el Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse, entre otros, creando incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Precisamente, de esta manera, a través de la función reguladora, se disciplina el comportamiento del monopolista; sin que ello se contraponga con -y mucho menos sea excluyente de- las funciones fiscalizadora y sancionadora, que son totalmente independientes de la primera.
117. En virtud de lo expuesto, sin perjuicio de las acciones de supervisión y fiscalización que corresponda realizar a la GSF, de acuerdo con su competencia y funciones; este Regulador se reafirma en que, a fin de no afectar a los Usuarios quienes se encuentran sujetos a un servicio prestado en monopolio, de conformidad con el principio económico de eficiencia establecido en el REMA, **el Cargo de Acceso debe recuperar las inversiones en Mejoras que hayan sido aprobadas y reconocidas por el Regulador conforme a los términos y condiciones exigidos contractualmente**. En consecuencia, no resulta atendible el pedido del Concesionario formulado a través del Memorando M-GPF-GRE-2020-0029, adjunto a su Recurso de Reconsideración, respecto de incluir como inversión en el flujo de caja empleado para la determinación del Cargo de Acceso impugnado, el monto de USD 109 911 consignado en la Orden de Servicio N° 4400033209; toda vez que -conforme se muestra en la Tabla 3 del presente Informe- el Paquete de Trabajo correspondiente no cuenta con las Etapas de Desarrollo 5, 7 y 8 aprobadas.
118. De otro lado, a través del referido Memorando, el Concesionario solicita incluir en el cálculo del Cargo de Acceso, la inversión estimada por LAP por un monto de USD 229 658 para la compra e instalación de dos máquinas de rayos X doble vista sobredimensionada para transferencia que se ubicarían en el centro de carga⁴¹; señalando lo siguiente: *“El criterio empleado por el Regulador en el proyecto de Mandato de Acceso fue excluir inversiones realizadas, mas no reconocidas; por lo mismo, no se entiende el motivo por el cual se ven afectadas las inversiones que LAP ha estimado **ejecutar próximamente (2020)** en el flujo de caja”*.
119. Con relación a ello, LATAM señala, por su parte, en la Carta S/N de fecha 26 de junio de 2020, que las inversiones deberían incluirse en el flujo de caja **“teniendo en cuenta el**

³⁹ Artículos 16 y 17 del Reglamento General de OSITRAN (REGO).

⁴⁰ Artículos 32 y 33 del REGO.

⁴¹ Cabe indicar que dicho monto fue uno de los conceptos de inversión que, de acuerdo con lo declarado por el Concesionario a través de la Carta N° C-LAP-GPF-2019-1006 de fecha 31 de julio de 2019, estarían comprendidos en el proyecto “Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes”.

criterio de “costo eficiencia”; debiendo la GRE evaluar, entre otros, **si estas “tienen posibilidad de ejecutarse en el futuro”**.

120. Al respecto, cabe recordarle al Concesionario que, de acuerdo con el Memo M-GPF-GRE-2019-0073 adjunto a su Carta C-LAP-GRE-2019-0030, LAP estimó ejecutar la aludida inversión **en el año 2019**, tal como se muestra en el siguiente cuadro.

INVERSIONES REALIZADAS LAP 2018

Servicio	OC	Inspección	TUUA	Total
Salidas		3,124,561	1,170,335	4,294,896
Contrato Inspección de Equipaje (I.I)	4500000876 / 4400030966	1,470,108		1,470,108
Contrato Fajas (Glidepath)	4400030376	1,584,665	1,170,335	2,755,000
Infraestructura	4400030337	44,546		44,546
Infraestructura Adicional	4400031575	38,504		38,504
Otros	4400032420 / 4400032626 / 4400032812	6,339		6,339
Transferencias		342,867	-	342,867
Fajas Transferencia	4400030331	166,800		166,800
Infraestructura	4400030337	158,507		158,507
Infraestructura Adicional	4400031575	17,560		17,560
Total		3,467,428	1,170,335	4,637,763

INVERSIONES LAP 2019

Servicio	Inspección	TUUA	Total
Salidas	383,883	-	383,883
Estibacion de maletas	4400033233	52,752	52,752
Seguridad privada en nivel 3	4400033480	6,477	6,477
Gastos de importación	4400032844	5,000	5,000
Adicional Ampliación del Sistema de Inspección	4400034011	189,825	189,825
Provisión e Instalación 1 Máquina rayos X	4400033210 / 4400033209	114,829	114,829
Otros trabajos de instalación	-	15,000	15,000
Transferencias	229,658	-	229,658
Provisión e Instalación 2 Máquinas rayos X	-	229,658	229,658
Total	613,541	-	613,541

121. En ese contexto, siguiendo el criterio de **eficiencia** establecido a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN, mediante el Memorando N° 0150-2019-GRE-OSITRAN, se solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización que, en el marco de su competencia y funciones, indicara si los montos de inversión presentados por LAP, cumplían con los términos y condiciones establecidos en las Cláusulas 5.7 y 5.10, y en el Anexo 14 del Contrato de Concesión.⁴² Así, a través del Memorando N° 1731-2019-GSF-OSITRAN, con respecto al cumplimiento de la **Cláusula 5.10 – Plan de Diseño y de Trabajo (PDT)**, la GSF señaló que *“Mediante Oficio N° 5969-2019-JCA-GSF-OSITRAN se otorga conformidad al Plan de Diseño y de Trabajo – Presupuesto y Programa de Inversiones 2019 Revisión 4 (PDT – PPI 2019 Rev. 4), el cual incluye 3 equipos de seguridad a adquirir / actualizar durante el periodo 2019”*; motivo por el cual el aludido monto fue considerado en la Propuesta del Mandato de Acceso.
122. No obstante, a la fecha de emisión del Mandato de Acceso (12 de febrero de 2020), la aludida inversión de USD 229 658 no había sido ejecutada por el Concesionario. En ese contexto, en el numeral 240 del Informe que sustenta la Resolución Impugnada se indicó que LAP **“no ha cumplido con ejecutar el proyecto “Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes” conforme a lo que exige el Contrato de Concesión. Las inversiones en Mejoras serán consideradas en el Cargo de Acceso que corresponda siempre que hayan sido aprobadas conforme a los términos contractuales.”**
123. Conforme a lo expuesto, queda claro que la decisión adoptada por este organismo regulador se sustentó en la información proporcionada por LAP hasta la fecha de emisión del Mandato de Acceso.
124. Ahora bien, culminado el año 2019, el Concesionario tuvo certeza respecto a que las inversiones estimadas no pudieron ser ejecutadas; por tanto, la información del cambio de fecha para la ejecución de la inversión estimada pudo ser puesta en conocimiento del Regulador desde el inicio del año 2020 hasta la fecha de emisión del Mandato de Acceso, contexto en el cual correspondía plantear su solicitud de inclusión en el flujo de caja para que sea evaluada antes de la emisión de la resolución definitiva.

⁴² Cabe remarcar que, de conformidad con la Cláusula 5.10, el Concesionario se encuentra **obligado**, entre otros, a notificar al Regulador, a través del Plan de Diseño y de Trabajo, las Mejoras (Obligatorias, Eventuales y Complementarias) **a ser ejecutadas**, las cuales deberán cumplir con los Requisitos Técnicos Mínimos y los Estándares Básicos.

125. Sobre el particular, el numeral 174.3 del artículo 174⁴³ del TUO de la LPAG señala que las pruebas sobrevinientes pueden ser presentadas siempre que no se haya emitido la resolución definitiva. En ese sentido, el cambio de fecha respecto de la ejecución de inversiones estimadas debió ser puesto en conocimiento del Regulador de manera oportuna, es decir, antes de la determinación del cargo de acceso, máxime considerando que dicha información estuvo en poder del Concesionario antes de la emisión del Mandato de Acceso, siendo que dependía sólo de él indicar cuál iba a ser la inversión y en qué año se iba a ejecutar.
126. El hecho que Latam coincida con LAP en cuanto a la posibilidad de incorporar las inversiones estimadas, no exime a LAP de cumplir con su obligación de presentar oportunamente la información necesaria para que el Regulador emita el Mandato de Acceso, debiendo tenerse presente además que Avianca, en la etapa recursiva del presente procedimiento trilateral, no ha señalado que se encuentre conforme con tal incorporación.
127. Por tanto, habiéndose determinado el cargo con la información proporcionada por LAP hasta la fecha de emisión del Mandato de Acceso se aprecia que la resolución impugnada fue emitida válidamente, por lo que el cambio de fecha de ejecución de las inversiones estimadas planteado por LAP recién en la etapa recursiva, no constituye un sustento atendible para modificar el cargo de acceso determinado; ello, sin perjuicio de que, en el Artículo 1 de la Resolución Impugnada, se ha indicado que, *“el Concesionario, antes del término de la vigencia del Mandato de Acceso señalado en el artículo 3 de la presente Resolución, podrá solicitar al Regulador la revisión del cargo de acceso calculado, siempre que previamente haya logrado el reconocimiento de las inversiones en los términos indicados en el Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ)”*.
128. Finalmente, es necesario señalar que, a partir del análisis de los argumentos formulados por LAP en este extremo y que se encuentra reflejado en la Tabla 3 del presente Informe, se ha advertido que la descripción declarada por LAP respecto de algunos conceptos de inversión⁴⁴, no se condice con la descripción de los respectivos paquetes de trabajo contenida en los documentos técnicos presentados y sustentados por el Concesionario en el marco del procedimiento de revisión y aprobación de las Etapas de Desarrollo de las Mejoras previsto en el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión; tales como la inversión vinculada a la Orden de Servicio N° 4400030337 por un monto de USD 203 452,91, que el Concesionario indicó que estaba referida a Modificaciones en la Infraestructura del Sistema de Inspección de Equipaje, pese a que esta corresponde al Paquete de Trabajo A-16-T210.02.0103 **“Modificaciones Infraestructura BHS”**, el cual consiste en ejecutar todas las tareas complementarias necesarias para habilitar y operar las zonas que van a ser intervenidas producto de los proyectos de **“Ampliación BHS Outbound”** y **“Habilitación BHS Transferencia”**.⁴⁵
- iv) Con respecto a que, en los anteriores cargos de acceso, el Regulador no habría verificado correctamente el cumplimiento de los RTM en las inversiones en Mejoras y/o habría aplicado indebida o incorrectamente la Directiva de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras

⁴³ “Artículo 174.- Actuación probatoria
(...)”

174.3 Las pruebas sobrevinientes pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva.”

⁴⁴ A través del Memo M-GPF-GRE-2019-0089 y las órdenes de servicio, remitidos mediante Carta N° C-LAP-GPF-2019-1006 de fecha 31 de julio de 2019, en el marco del procedimiento de emisión del Mandato de Acceso.

⁴⁵ Este aspecto será abordado más adelante en el presente Informe.

129. LAP afirma que, en el procedimiento de emisión del Mandato de Acceso se siguió un criterio “nuevo” para la determinación del Cargo Acceso; alegando que este no ha sido utilizado anteriormente por el Regulador, “salvo” en el caso del Mandato correspondiente a los almacenes para el depósito de equipaje rezagado, emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN de fecha 17 de julio de 2019, la cual señala que fue impugnada.
130. Además, a través de interrogantes, el Concesionario pretende deslizar que, de acuerdo con este “nuevo” criterio, el Regulador estaría reconociendo que no habría verificado de manera correcta el cumplimiento de los RTM en aquellas Mejoras cuyas inversiones fueron consideradas en el cálculo de los anteriores cargos de acceso⁴⁶; y que, habría aplicado indebidamente o no habría aplicado correctamente lo establecido en la Directiva de Reconocimiento de Inversiones; pues -según LAP- dichos cargos de acceso anteriores fueron determinados por OSITRAN considerando todas las inversiones ejecutadas por LAP y que se encontraban operativas, en el marco de esta Directiva que no ha variado. Con relación a ello, a través del Escrito N° 2, agrega que *“la Directiva no exige la verificación del previo cumplimiento de las cláusulas 5.7, 5.10 y Anexo 14 del Contrato de Concesión, así como el reconocimiento de la inversión, para considerar los montos invertidos en el cargo de acceso. Es decir, no existe en la Directiva vinculación alguna entre el reconocimiento de las inversiones y la incorporación de las inversiones en los cargos de acceso.”*
131. Sobre el particular, en primer lugar, cabe recordar que la impugnación sobre los almacenes para el depósito de equipaje rezagado a la que se refiere LAP fue declarada infundada a través de la Resolución N° 0042-2019-CD-OSITRAN, de fecha 18 de setiembre de 2019⁴⁷. De esta manera, se confirmó la Resolución N° 0037-2019-CD-OSITRAN, lo cual agotó la vía administrativa; destacándose que el criterio establecido en dicho procedimiento no ha sido pasible de declaratoria de nulidad o invalidez por autoridad judicial competente, por lo que resulta plenamente aplicable. En ese orden, resulta infundada la afirmación de LAP respecto de que a través de la Resolución materia de la presente impugnación se ha adoptado un criterio “nuevo”.
132. En segundo lugar, debemos subrayar que, contrariamente a lo que sugiere el Concesionario en su Recurso de Reconsideración, en ningún extremo del Informe que sustenta la Resolución materia de la presente impugnación, así como tampoco en los Informes N° 0020 y 0027-2019-GRE-OSITRAN que sustentan las Resoluciones referidas en el párrafo precedente, se señala que el Regulador haya verificado de manera incorrecta el cumplimiento de los RTM en las Mejoras cuyas inversiones fueron consideradas para el cálculo de los anteriores cargo de acceso; toda vez que el **criterio seguido para la determinación del cargo de acceso en dichos procedimientos anteriores** consideraba **únicamente la existencia** de las inversiones señaladas por el Concesionario, **sin exigir que estas hayan cumplido previamente con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión**. Precisamente, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN, el Regulador decidió apartarse de dicho criterio, por las razones debidamente expuestas en los mencionados Informes de sustento, respetando así el Principio de Predictibilidad.
133. Asimismo, resulta necesario remarcar que, la determinación de los cargos de acceso comprendida en la función reguladora es ejercida por el Consejo Directivo de OSITRAN en el marco de lo dispuesto en el REMA, y no en la Directiva de Reconocimiento de Inversiones como afirma LAP. Dicha Directiva establece el procedimiento para el control y reconocimiento de las inversiones en Mejoras efectuadas por el Concesionario;

⁴⁶ Al respecto, el Concesionario señala: **“¿Entonces el Regulador no verificó correctamente el cumplimiento de los RTM en las anteriores Mejoras cuyas inversiones sí fueron consideradas en su totalidad sobre la base de las facturas presentadas, registro de la contabilidad regulatoria y la ejecución de la Mejora efectivamente realizada; para el cálculo del cargo de acceso?”**

⁴⁷ Notificada a LAP a través del Oficio N° 0156-2019-SCD-OSITRAN con fecha 23 de setiembre de 2019.

actividades que, junto con la verificación del cumplimiento de los RTM, se encuentran comprendidas en la **función supervisora**⁴⁸ ejercida por la GSF en el marco de la Cláusula 5.7 del Contrato de Concesión. En ese sentido, dicha Directiva no establece ni restringe los principios y criterios a considerarse para la determinación de los cargos de acceso, los cuales -como ya se ha señalado- se encuentran regulados en el REMA.

134. Así, se reitera que el Concesionario no debe confundir la función supervisora que ejerce la GSF con la función reguladora que ejerce el Consejo Directivo de OSITRAN al determinar los cargos de Acceso que pagarán los Usuarios Intermedios; toda vez que estas son independientes. En ese orden, carece de sustento el argumento de LAP según el cual, para el cálculo de los cargos de acceso anteriores, el Regulador habría aplicado “indebida o incorrectamente” lo establecido en la aludida Directiva; habida cuenta que ni la GRE ni el Consejo Directivo están autorizados a realizar las funciones de supervisión en el marco de dicha Directiva, por ser ajenas a su competencia.
135. De otro lado, a través del Escrito N° 2, el Concesionario agrega que “*La Directiva no establece disposición alguna para que el Concesionario inicie el procedimiento de reconocimiento de inversiones en una determinada oportunidad. Independientemente de que LAP tiene el derecho a iniciar un procedimiento de reconocimiento de las inversiones que ejecuta, no se ha establecido la obligación de LAP de iniciar dicho procedimiento en tal o cual fecha, es decir, la Directiva señala expresamente que: **LAP mantiene en todo momento su derecho a solicitar el Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras, de lo cual se desprende que LAP está facultada a definir la oportunidad de inicio del reconocimiento de inversiones.**”* A partir de ello, el Concesionario afirma lo siguiente:

“En este contexto, al sujetar la inclusión de las inversiones ejecutadas en el cargo de acceso, entre otras cosas, al inicio del procedimiento administrativo de verificación de obligaciones contractuales y a la obtención del reconocimiento de inversiones; el Informe Conjunto está determinando de manera implícita y arbitraria, la fecha en que LAP debe remitir la solicitud de inicio del mismo, convirtiendo un derecho en una obligación y contraviniendo expresamente el Contrato de Concesión y, además, el propio Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobado por OSITRAN (REMA)”.

[El subrayado es nuestro]

136. Al respecto, debemos reiterar que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.7.3 del Contrato de Concesión, el Concesionario tiene la **obligación** de **sustentar ante OSITRAN** los montos derivados de la ejecución de las Mejoras, presentando las cantidades de obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente, para su respectiva **revisión y aprobación**. A tal efecto, en el marco de las cláusulas 5.7 y 5.10 del Contrato de Concesión, en ejercicio de sus facultades normativas, el Regulador emitió la aludida Directiva de Reconocimiento de Inversiones en Mejoras.
137. En ese contexto, con relación a tales afirmaciones, debe tenerse en cuenta que la cita efectuada por el Concesionario no se encuentra completa. Así, contrariamente a lo afirmado por el Concesionario, la Directiva de Reconocimiento de Inversiones sí establece un plazo para que el Concesionario cumpla con sustentar los montos derivados de la construcción de las Mejoras. En efecto, dicha Directiva señala expresamente lo siguiente:

“VIII. RESPONSABILIDADES

Del Concesionario: *Presentar la solicitud para el Reconocimiento de Inversiones en Mejoras debidamente sustentada conjuntamente con el (los) ERM correspondiente(s), según lo descrito en el presente procedimiento.*

⁴⁸ Artículos 21 y 22 del REGO.

*Para el caso de las Inversiones Directas que cuenten con la Etapa de Desarrollo 6 o la Etapa de Desarrollo 8, en caso la Orden de Servicio o de Compra sea un adicional, aprobadas respectivamente, **el Concesionario tendrá un plazo de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de pago de la(s) factura(s) correspondiente(s) para presentar a OSITRAN el Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras.** El Concesionario podrá solicitar la prórroga del plazo indicado, sin ser considerada esta situación como un incumplimiento pasible de sanción por parte del Regulador. Sin perjuicio de lo señalado, queda expresamente establecido que el Concesionario mantendrá en todo momento su derecho a solicitar el Reconocimiento de las Inversiones en Mejoras.*

Para el caso de las Inversiones que no requieran cumplir con ninguna de las Etapas de Desarrollo, el plazo establecido en el párrafo anterior no será aplicable.

Es obligación del Concesionario sustentar los montos derivados de la construcción de las Mejoras, presentando a OSITRAN las cantidades de obra y el desagregado de los precios unitarios correspondiente, para su revisión y aprobación.

[El subrayado y énfasis son nuestros]

138. Como puede observarse, es **obligación de LAP** sustentar los montos derivados de la construcción de las Mejoras, para lo cual la aludida Directiva establece un **plazo de cuatro (4) meses** para la presentación de los expedientes de reconocimiento de inversiones desde la fecha de pago de las facturas, pudiendo solicitar prórroga del plazo si lo estima pertinente. Es decir, estamos frente a una **obligación con fecha de cumplimiento determinada** y cuya excepción debe ser solicitada de manera expresa por el Concesionario. Más aún, dicha Directiva establece expresamente que solo en el caso de las inversiones que no requieran cumplir con ninguna de las Etapas de Desarrollo, no será aplicable el plazo señalado.
139. Adicionalmente, es pertinente recordar que, de acuerdo con la Cláusula 22 del Contrato de Concesión, el riesgo de diseño y construcción corresponde al Concesionario; por lo que es responsabilidad de este planificar, informar y someter a la aprobación del OSITRAN, **de manera oportuna**, los planes de inversión, así como las Mejoras ejecutadas en virtud de dichos planes. De esta manera, en la medida que dichas obligaciones se encuentran **bajo su control o responsabilidad**, este asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados a la oportuna realización de dichas Mejoras.
140. En ese marco, el hecho de que el Concesionario no haya solicitado el reconocimiento de las inversiones efectuadas, no lo habilita a que el Cargo de Acceso se determine considerando los montos que este alega como inversiones, los cuales no han sido debidamente sustentados conforme a los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión. El derecho que mantiene el Concesionario a solicitar el reconocimiento de inversiones no lo habilita a inobservar los RTM establecidos en el Anexo 14, así como tampoco impide al Regulador considerar para la determinación del Cargo de Acceso únicamente las inversiones en Mejoras que hayan sido aprobadas y reconocidas por el órgano competente del OSITRAN, conforme a los términos contractuales.
141. En virtud de lo expuesto, los argumentos del Concesionario en este extremo resultan infundados.

v) Con respecto a la supuesta arbitrariedad del Regulador

142. LAP manifiesta que OSITRAN habría vulnerado el Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima porque habría actuado de manera contradictoria con el comportamiento previo del Regulador y porque el “nuevo” criterio empleado no tendría ningún sustento económico ni legal válidos; lo cual -a juicio de LAP- implicaría también una trasgresión al Principio de Buena Fe Procedimental. Al respecto, afirma que el Regulador habría modificado “arbitrariamente” el criterio que se venía aplicando en anteriores procedimientos de emisión de Mandatos de Acceso⁴⁹; y que la actuación del OSITRAN en el presente procedimiento resulta contraria al Principio de Buena Fe, toda vez que -según LAP- el Regulador habría adoptado este “nuevo” criterio dentro de un procedimiento “ya iniciado”, sin sustentar válidamente el cambio de criterio.
143. Así, LAP afirma que no cuestiona la facultad que tiene el Regulador de definir los criterios a ser aplicados para el cálculo del cargo de acceso, siempre que *“dicha **modificación** esté debidamente sustentada, exponiéndose claramente las razones -de carácter legal y económico- que sustentan su posición”*; añadiendo que ello no ha ocurrido en el caso materia de controversia. Indica, además, que si Ositran consideraba necesario cambiar el criterio aplicable a la determinación del cargo de acceso de un Servicio Esencial; *“debió publicarlo/notificarlo previamente a las Entidades Prestadoras; y no cambiar las reglas de juego en el marco de un procedimiento en trámite”*.
144. Sobre el particular, como ya se ha señalado precedentemente, OSITRAN y los órganos que lo conforman ejercen sus funciones dentro del marco de la normativa que los habilita legalmente para ello, en concordancia con el principio de Legalidad que rige todas las actuaciones de la administración pública. De acuerdo con dicho principio, las autoridades administrativas deben proceder dentro de las facultades que le estén atribuidas, con respeto a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Así, la función reguladora que ejerce el Consejo Directivo de OSITRAN al determinar el Cargo de Acceso que pagarán los Usuarios Intermedios, es independiente de la función supervisora que ejerce la GSF; no obstante, son complementarias en cuanto se llevan a cabo en el marco de legalidad que corresponde por mandato de la Ley.
145. Dicho ello, debemos remarcar que el Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima previsto en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG dispone que las autoridades pueden apartarse de antecedentes administrativos, siempre que su decisión se encuentre debidamente motivada. Por su parte, el Principio de Buena Fe Procedimental⁵⁰ establece que **todos los participantes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales** guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe; añadiendo que la autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos.

⁴⁹ Al respecto, a través del Escrito N° 2, citando como ejemplos los Informes N° 022-15-GRE-OSITRAN, 043-16-GRE-OSITRAN y 044-16-GRE-OSITRAN, que proponen los cargos de acceso por el alquiler de almacenes para el depósito de equipaje rezagado (2015-2017), alquiler de mostradores de *check-in* y alquiler de oficinas operativas, respectivamente; el Concesionario señala que el criterio seguido por el Regulador en pronunciamientos anteriores a la Resolución N° 0042-2019-CD-OSITRAN fue el siguiente: *“si la inversión existía y el servicio en cuestión se estaba brindando o por brindarse, independientemente de que el Regulador hubiere o no verificado que la inversión cumplía con lo establecido en las Cláusulas 5.7, 5.10 y Anexo 7 del Contrato de Concesión, dicha inversión se incorporaba en el cargo de acceso; tal y como ocurrió en los supuestos antes citados.”*

⁵⁰ Numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

146. En ese marco, debemos enfatizar que en el presente procedimiento, así como en el Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ)⁵¹ se ha expuesto claramente y en extenso las razones que sustentan el criterio técnico empleado por el Regulador; esto es, reconocer en el Cargo de Acceso únicamente las inversiones en Mejoras que hayan sido debidamente sustentadas por el Concesionario y reconocidas por el Regulador de acuerdo con los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión.
147. Más aún, cabe recordar que el criterio cuestionado por LAP no es de aplicación reciente en el procedimiento impugnado, sino que ya había sido adoptado por el Regulador con oportunidad de la emisión del Mandato de Acceso inmediatamente anterior, referido al uso de Almacenes para el Depósito de Equipaje Rezagado⁵², en el que el Consejo Directivo de OSITRAN decidió apartarse del criterio empleado previamente en la emisión de Mandatos de Acceso, respetando los principios señalados en los numerales precedentes.
148. En efecto, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN (confirmada por la Resolución N° 0042-2019-CD-OSITRAN)⁵³, se estableció que no es suficiente que el Concesionario alegue que ha invertido, sino que también evidencie que ha cumplido con las disposiciones establecidas en las cláusulas 5.7, 5.10 y el Anexo 14 del Contrato de Concesión, con la finalidad que se recojan en el Cargo de Acceso los gastos en inversiones **eficientes**; criterio que no ha sido pasible de declaratoria de nulidad o invalidez por autoridad judicial competente, por lo que resulta plenamente aplicable.
149. Por tanto, se reitera que el criterio aplicado para la determinación del Cargo de Acceso por el uso del Sistema HBS no es “nuevo”, como afirma el Concesionario. Por el contrario, ratifica el criterio establecido por el Regulador en el último Mandato de Acceso emitido por este, el cual fue debidamente motivado. Por lo demás, dicho criterio también se encuentra en línea con lo señalado en el año 2018 por el Regulador, en el marco del procedimiento de revisión del Factor de Productividad, en el extremo referido a que, para efectos regulatorios corresponde emplear los montos de inversión en Mejoras que se encuentren incluidas en el Plan de Diseño y de Trabajo (PDT) aprobado, conforme a lo establecido en el numeral 5.10 del Contrato de Concesión.⁵⁴

⁵¹ Ver numerales 124 en adelante y 233 en adelante del Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ).

⁵² A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN, de fecha 18 de setiembre de 2019; criterio que fue sustentado en los Informes N° 0020 y 0027-2019-GRE-OSITRAN, respectivamente.

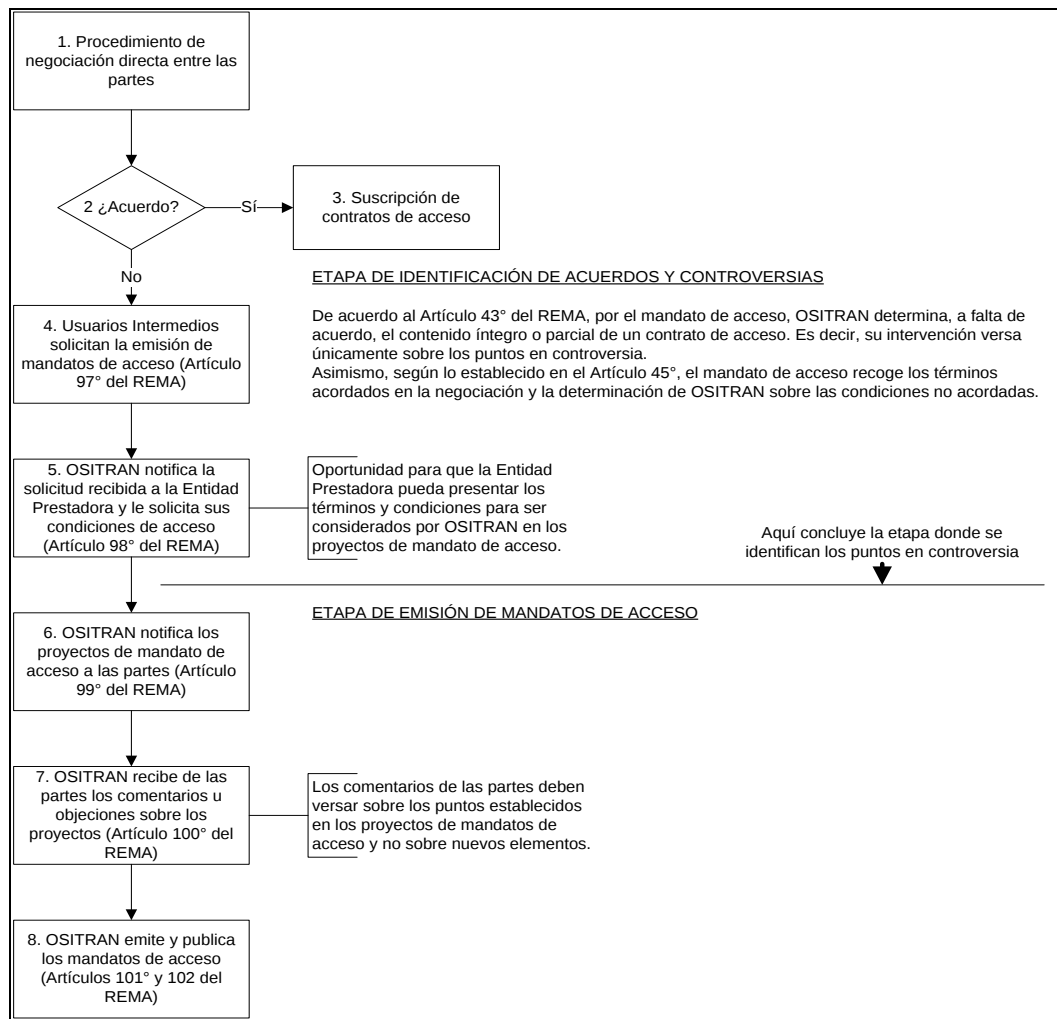
⁵³ Información que es de carácter público de conformidad con el artículo 102 del REMA, y de pleno conocimiento de LAP, sus usuarios intermedios y terceros interesados.

⁵⁴ A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2018-CD-OSITRAN, emitida el 22 de agosto de 2018 y sustentada en la Propuesta de Revisión del Factor de Productividad, el Regulador señaló que:

⁴⁴. (...) en los procesos subsiguientes, correspondería emplear los montos registrados en los Estados Financieros del Concesionario, **considerándose como Mejoras aquellas incluidas en el Plan de Diseño y de Trabajo (PDT) aprobado por OSITRAN y la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) del MTC, conforme a lo establecido en el referido inciso 5.10 del Contrato de Concesión. Ello, además, ha sido entendido por el Concesionario en su Carta N° C-LAP-GPF-2018-0364, recibida el 3 de julio de 2018.**

[El énfasis y subrayado son nuestros]

150. En ese orden, en el presente procedimiento impugnativo no cabe alegar la vulneración de los referidos Principios, toda vez que, no ha sido un hecho sobreviniente a la emisión del Mandato de Acceso para el uso de Almacenes para el Depósito de Equipaje Rezagado, que el Regulador haya considerado alejarse del último criterio adoptado por este. Por el contrario, en ejercicio de su función reguladora, OSITRAN determinó el Cargo de Acceso materia de impugnación basándose en ese mismo criterio; es decir, observando las obligaciones del Concesionario contenidas en las cláusulas 5.7 y 5.10, y el Anexo 14 del Contrato de Concesión, toda vez que se encuentran alineadas con el principio de **eficiencia** previsto en el REMA.
151. Adicionalmente, como bien señala Latam en su Carta S/N recibida el 5 de mayo de 2020, estos dos no son los únicos casos en los que los costos e inversiones reportadas por LAP no han sido consideradas por no ser eficientes en términos productivos. Así, por ejemplo, en la fijación de la Tarifa por el uso de puentes de embarque (2007) el Regulador consideró el costo remitido por la OACI, en lugar del costo que LAP pretendía que se le reconociera. En base a ello, Latam manifiesta que le parece *“acertada y consistente la actuación del Regulador, la misma que se ajusta estrictamente a lo actuado previamente. En otras palabras, el reconocimiento de inversiones que son “eficientes”, o como dice el inciso c) del artículo 26° del REMA: **Minimizar los costos económicos eficientes de proveer y operar la infraestructura, a fin de maximizar la eficiencia productiva.**” [El subrayado es nuestro]*
152. De otro lado, con respecto a la oportunidad en la que -según el Concesionario- el Regulador debió haber publicado/ notificado el criterio aplicable a la determinación del Cargo de Acceso, debe subrayarse que, de acuerdo con el procedimiento para la emisión de Mandatos de Acceso establecido por OSITRAN en ejercicio de su función normativa, no está previsto que el Regulador deba someter a consideración del Concesionario o de terceros, las disposiciones contractuales que observará en el curso de dicho procedimiento, antes de notificar el proyecto de Mandato de Acceso. En el siguiente esquema se muestra el procedimiento para la obtención del Mandato de Acceso:



Fuente: REMA

153. Así, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 98 del REMA, la solicitud de Mandato de Acceso presentada por los Usuarios Intermedios fue trasladada a LAP a fin de que este remita sus condiciones y cargo de acceso propuestos, que consten en las actas de negociación; incluyendo el sustento correspondiente.
154. Posteriormente, conforme a lo dispuesto en el Artículo 99 del REMA, OSITRAN notificó⁵⁵ a las partes el proyecto de Mandato de Acceso correspondiente (incluyendo el Cargo de Acceso), exponiendo -entre otros- el criterio seguido en cuanto a las inversiones⁵⁶; a fin de que éstas expresen por escrito sus comentarios u objeciones⁵⁷ dentro del plazo señalado para tal efecto. De esta manera, se encuentran plenamente garantizados los Principios de Buena Fe, Transparencia y Publicidad en el procedimiento.

⁵⁵ A través de los Oficios N° 0177, 0178 y 0179-2019-SCD-OSITRAN, de fecha 3 de octubre de 2019, se notificó al Concesionario y a los Usuarios Intermedios el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2221-683-19-CD-OSITRAN, así como el proyecto de Mandato de Acceso, el Informe Conjunto N° 0131-19-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), y el Informe N° 0034-2019-GRE-OSITRAN que sustenta el Cargo de Acceso.

⁵⁶ Criterio que, como se ha señalado, fue adoptado por el Regulador en la Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2019-CD-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2019-CD-OSITRAN, mediante el cual se concluyó que, contractualmente LAP debe evidenciar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en las cláusulas 5.7, 5.10, y el Anexo 14 del Contrato de Concesión de tal forma que el Concesionario planifique, informe y someta a la aprobación de OSITRAN, de manera oportuna, la documentación previa (planes de inversión), así como la obra ejecutada- en virtud de dichos planes- de acuerdo con los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión.

⁵⁷ Cabe precisar que, de acuerdo con el Artículo 100 del REMA, dichos comentarios u objeciones no tienen efectos vinculantes para OSITRAN.

155. En ese orden, en estricto cumplimiento de los términos y condiciones de tramitación que el REMA prescribe para el procedimiento de emisión de Mandatos de Acceso, se evaluaron los comentarios recibidos de LAP, Latam y Avianca antes de emitir la decisión final. En virtud de dicha evaluación, mediante el Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) que sustentó la Resolución materia de impugnación, se concluyó desestimar los comentarios efectuados por el Concesionario con relación al Cargo de Acceso; y, en ese sentido, no se consideraron las inversiones en el Sistema HBS correspondiente al proyecto “*Ampliación y Mejoras del Sistema de Despacho e Inspección de Equipajes*” toda vez que no se encontraban aprobadas las Etapas de Desarrollo 5 a 10 del Anexo 14 del Contrato de Concesión.
156. Por tanto, los argumentos formulados por LAP en este extremo carecen de fundamento legal, pues en el procedimiento de Mandato de Acceso que motiva el recurso impugnatorio, así como en el Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), se expresan claramente las razones que sustentan el criterio técnico empleado por el Regulador, las cuales -reiteramos- fueron de conocimiento del Concesionario con oportunidad del Mandato de Acceso para el uso de Almacenes para el Depósito de Equipaje Rezagado, en el cual LAP fue partícipe.
157. En virtud de todo lo expuesto, se ratifica que, a efectos de que las inversiones presentadas por el Concesionario sean cubiertas por el Cargo de Acceso, debe acreditarse que las mismas constituyen inversiones en Mejoras aprobadas conforme a los términos y condiciones que exige el Contrato de Concesión.

vi) Con respecto a la supuesta nulidad de este extremo de la Resolución Impugnada

158. Conforme se ha señalado en el literal A del presente informe, la solicitud de nulidad formulada por el Concesionario debe ser declarada inadmisibles. Sin perjuicio de ello, es pertinente dejar claramente establecido que la Resolución Impugnada no es contraria al Contrato de Concesión, ni a la Directiva de Inversiones en Mejoras, ni al REMA.
159. Conforme se ha fundamentado en la sección C.2 del presente informe, a través de la resolución impugnada, el órgano competente -en ejercicio de sus facultades y con sujeción a su marco normativo- ha adoptado un criterio coherente con lo dispuesto en los artículos 26 y 27 del REMA, aplicados de manera concordante con las disposiciones contractuales vigentes, sin transgredir los principios de legalidad, buena fe procedimental, predictibilidad o confianza legítima y verdad material, establecidos en los numerales 1.1, 1.8, 1.15 y 1.11 del artículo IV del TUO de la LPAG.
160. En consecuencia, la Resolución Impugnada no contraviene la Constitución, las leyes ni las normas reglamentarias, no habiéndose incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10 de dicho cuerpo legal, alegada por el Concesionario.
161. En virtud de todo lo expuesto, se ratifica que, el Cargo de Acceso debe recuperar las inversiones en Mejoras que hayan sido aprobadas por el Regulador conforme a los términos y condiciones establecidos contractualmente.

C.3. Sobre la distinción entre el Sistema de Inspección de Equipaje (Sistema HBS) y el Sistema de Despacho de Equipaje (Sistema BHS)

162. Según LAP, la conclusión efectuada por OSITRAN respecto de que, los costos asociados al Sistema BHS -el cual incluye todas las fajas transportadoras de equipaje- se encuentran cubiertos por la TUUA que pagan los pasajeros conforme al Anexo 5 del Contrato de Concesión⁵⁸, está equivocada; alegando lo siguiente:

⁵⁸ Apéndice 1 del Anexo 5.-

“1. Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA)

1.1. Instalaciones y servicios Aeroportuarios vinculados a la TUUA

- i) Dicha conclusión se basa “únicamente” en lo señalado en el Manual del Aeródromo del AIJCh (en adelante, el Manual del AIJCh), documento que fue elaborado por LAP “sin hacer una descripción detallada de todos los componentes de cada uno de los sistemas, BHS y HBS”.
 - ii) De lo señalado en el Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión, no se desprende que la TUUA esté vinculada a la totalidad de las fajas transportadoras existentes y las que puedan instalarse en el AIJCh para el funcionamiento de los distintos equipos y servicios; lo que dicho extremo contractual establece expresamente es que la TUUA comprende únicamente el servicio de Despacho de Equipaje en Bodega. La finalidad de las fajas instaladas por el Concesionario entre los Niveles 2 y 3 del Sistema HBS es “única y exclusivamente” para transportar el equipaje para su inspección y no para su despacho, ni la entrega de este.
163. De la afirmación realizada por el Concesionario en el **punto i)**, se observan dos aspectos: El primero es que, según LAP, el Regulador únicamente habría considerado el Manual del AIJCh para determinar el alcance técnico del Sistema BHS y el Sistema HBS; y, el segundo, que dicho manual no contendría una descripción completa de los elementos que conforman cada uno de estos sistemas.
164. Sobre la primera observación, acorde con lo expuesto ampliamente en el Informe N° 00019-2020-IC-OSITRAN⁵⁹, debemos remarcar que, la conclusión de que el BHS y el HBS son dos sistemas diferentes, cada uno con sus propias características y que funcionan de manera integrada, se desprende no solo del Manual del AIJCh como afirma el Concesionario; sino también de la Regulación Aeronáutica Peruana (RAP 139) y la internacional (documentos 9184 y 9774 de la OACI, denominados “Manual de Planificación de Aeropuertos” y “Manual de Certificación de Aeródromos”, respectivamente), que por lo demás forman parte del marco normativo del Manual del AIJCh.
165. Más aún, en dicho Informe se indicó además que la descripción del alcance técnico del Sistema HBS (que no comprende a las fajas transportadoras), contenida en el Manual del AIJCh, se encuentra recogida también en el Contrato suscrito por LAP y LONGPORT, así como en el Memo M-MTTO-GPF-2019-0311 adjunto a la Carta C-LAP-GRE-2019-00951 remitida por el propio Concesionario en el marco del procedimiento materia de impugnación⁶⁰.

*La Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto está relacionada con los diversos servicios aeroportuarios prestados a los pasajeros en las instalaciones del terminal aéreo durante las formalidades de despacho de pasajeros, **equipajes**, carga y correo; y son los que se señalan a continuación:*

- Embarque/Desembarque de Pasajeros
 - (...)
 - **Sistema de despacho de equipaje y áreas de operaciones**
 - Sistema de entrega de equipajes
 - (...)
- (...)
- Seguridad Aeroportuaria
- (...)

(...)

Todos estos servicios son con cargo a la TUUA.”

[El énfasis y subrayado son nuestros]

⁵⁹ En los numerales 140 a 177, que el Concesionario pretende desconocer.

⁶⁰ Tal como se señaló en el numeral 219 del Informe N° 00019-2020-IC-OSITRAN, en la Tabla 2 del aludido Memo elaborado por el área de Mantenimiento de LAP, se indica expresamente que **las fajas con código S1, S2, S3, S4 y S5, que transportan el equipaje hacia el Nivel 3 de inspección, pertenecen al Sistema BHS;** es decir, al sistema de despacho de equipaje.

166. Adicionalmente, en el referido Informe se señaló explícitamente, en los numerales 146 en adelante, que según la RAP 139, “el Manual del Aeródromo debe contener **toda la información pertinente para describir la estructura operacional y de gestión** (...)” y que este “**es un requisito necesario para la obtención del Certificado para la Operación y Servicios Aeroportuarios**”, destacándose que ningún explotador de aeródromo podrá operar un aeropuerto internacional si no cuenta con dicho certificado otorgado por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).
167. Así, con respecto a la segunda observación, debemos reiterar que un documento que se emplea de cara a mantener las especificaciones básicas que requiere cumplir el operador para contar con la debida certificación del aeródromo, necesaria para la operación de un aeropuerto internacional de la envergadura del AIJCh, no representa un documento de simple referencia informativa (como ha pretendido sostener el Concesionario a lo largo del procedimiento materia de impugnación); por lo que debe rechazarse también su afirmación de que el Manual del AIJCh no contendría una descripción detallada de todos los componentes de cada uno de los sistemas HBS y BHS.
168. En cuanto al **punto ii)**, el Concesionario señala que, cuando el Contrato de Concesión establece que “la TUUA comprende todos aquellos equipos e infraestructura que permite el “**Despacho de equipaje en bodega**”, está refiriéndose a todos los equipos e infraestructura que se encuentran desde el momento en que el pasajero realiza el checkIn de su equipaje de bodega, hasta que éste es cargado a la aeronave a través del servicio de rampa. En ese sentido, el sistema de inspección de equipaje (HBS) no está comprendido en el servicio denominado “**Despacho de equipaje en bodega**”, por ser un equipo e infraestructura distinta.”
169. Al respecto, lo señalado por el Concesionario acerca de que el servicio de **Despacho de Equipaje en Bodega** comprendido en la TUUA está referido a todos los equipos e infraestructura que se encuentran desde el momento en que el pasajero realiza el check in de su equipaje de bodega hasta que este es cargado a la aeronave, no desvirtúa en modo alguno el hecho de que dicho Sistema de despacho de equipaje comprende la totalidad de las fajas transportadoras de equipaje; por el contrario, lo confirma.
170. Ciertamente, acorde con lo expuesto en el Informe N° 00019-2020-IC-OSITRAN, que el Concesionario pretende desconocer, debemos recalcar que el numeral 9.5 del Doc 9184 de la OACI (Manual de Planificación de Aeropuertos) -que forma parte del marco normativo del Manual del Aeródromo del AIJCh-, describe detalladamente el concepto de Despacho del Equipaje en los siguientes términos:

“9.5 DESPACHO DEL EQUIPAJE

Concepto del despacho del equipaje

9.5.1 Para aquellas partes de las rutas de circulación de pasajeros en las que el equipaje acompaña a estos, los principios de circulación de pasajeros se aplican también al equipaje. **Las rutas de circulación de equipaje son aquellas partes del sistema dedicadas específicamente al manejo de equipaje, cuando se separa de los pasajeros.** (...) Los factores que han de tener en cuenta son:

- a) **La circulación de equipaje y la de pasajeros deberían equiparse en cuanto a la velocidad y capacidad;**
- b) *Las rutas de circulación no deberían ser incompatibles con las circulaciones de pasajeros o de vehículos;*
- c) *Deberían disponerse de rutas de circulación que permitan recuperar el equipaje en una fase cualquiera;*

- d) *El sistema de circulación debería implicar un número mínimo de operaciones individuales de manejo, por ejemplo, transferencias entre diferentes tipos de vehículos, etc., y **la circulación debería ser uniforme e ininterrumpida**;*
- e) ***Las rutas de circulación deberían disponerse de manera que los pasajeros tengan oportunidad de desembarazarse de su equipaje en el punto más cercano posible;***
- f) *Los sistemas de recogida del equipaje deberían proporcionar una presentación continua a los pasajeros y la posibilidad de recuperar personalmente su equipaje;*
- g) ***Las rutas de circulación pueden verse influidas por el tipo de sistema de manejo adoptado, por ejemplo, carretillas manuales o propulsadas mecánicamente, cintas transportadoras, etc.; y***
- h) *Los sistemas de paletización deberían ser compatibles con las bodegas de equipaje de las aeronaves y los sistemas de carga de las mismas.*

9.5.2 (...) ***Las inspecciones de seguridad del equipaje deben efectuarse antes de la presentación para el vuelo. Independientemente del sistema adoptado, el circuito que siga el equipaje debería disponerse de forma que todo él esté sujeto a la misma inspección, incluido el equipaje de transbordo.***

(...)

Circulación de equipaje a la salida

9.5.7 *Las instalaciones para equipaje deberían analizarse como un **plan de circulación**, y todos los sistemas deberían tener la máxima flexibilidad. De igual manera, **todas las zonas de equipaje deberían planearse de forma que proporcionen el espacio máximo despejado libre de obstáculos, para **facilitar su adaptación a nuevos sistemas y procedimientos**.***

(...)

Sistemas

9.5.9 *La elección de los sistemas de manejo de equipaje dependerá del tamaño y naturaleza del tráfico, y de consideraciones locales tales como el coste y la disponibilidad de mano de obra, así como de la habilidad de la mano de obra local para la operación y mantenimiento del equipo mecánico. **El régimen de movimiento de tráfico y el volumen de equipaje pueden exceder pronto la capacidad de los sistemas manuales, y, con frecuencia, se necesitan sistemas mecánicos o automáticos para la selección del equipaje. Estos últimos pueden ofrecer la ventaja de necesitar menos espacio que los sistemas manuales.***

(...)

Trazado

9.5.13 *No existe ningún trazado único que ofrezca un número de ventajas tan enormes que pueda recomendarse para su aplicación a todas las zonas de equipaje. Los **factores fundamentales que hay que considerar son el tiempo de manejo, que es corrientemente una función directa de la distancia que tiene que recorrer el equipaje, y la provisión de un número suficiente de puntos en la parte aeronáutica del edificio para la entrega del equipaje a las aeronaves.***

(...)"

[El énfasis y subrayado son nuestros]

171. Como puede observarse, de acuerdo con la OACI, el **despacho del equipaje** se refiere a las **rutas de circulación o aquellas partes del sistema dedicadas específicamente al manejo de equipaje, cuando se separa de los pasajeros; destacándose lo siguiente:**

- Dichas rutas de circulación deberían ser uniformes e **ininterrumpidas**, pudiendo verse influidas por el **tipo de sistema de manejo adoptado** (por ejemplo, carretillas

manuales o propulsadas mecánicamente, **cintas transportadoras**, etc.); asimismo, la elección de los sistemas de manejo de equipaje dependerá principalmente del tamaño y naturaleza del tráfico.

- Independientemente del sistema adoptado, el circuito que siga el equipaje debería disponerse de forma que **todo él esté sujeto a la misma inspección de seguridad**, incluido el equipaje de transbordo.
 - En el caso de las rutas de circulación del equipaje de salida, no existe un trazado único que pueda recomendarse a todas las zonas de equipaje, sino que los factores fundamentales que deben considerarse son el tiempo de manejo, que es comúnmente una función directa de la **distancia que tiene que recorrer el equipaje desde que se separa del pasajero** (en los mostradores de *check-in*), y la provisión de un número suficiente de puntos en la parte aeronáutica del edificio para la **entrega del equipaje a las aeronaves**.
172. Así, de acuerdo con la normativa técnica internacional definida por la OACI, el **Sistema de despacho de equipaje** comprendido en los servicios aeroportuarios cubiertos por la TUUA que pagan los pasajeros en el AIJCh, está referido a las **rutas de circulación que sigue el equipaje a través de las fajas transportadoras, desde que este se separa del pasajero en los mostradores de check in hasta el punto de su entrega a las aeronaves**; destacándose que, durante dicho recorrido, el equipaje debe someterse a todos los controles y procedimientos de seguridad que exige la regulación aeronáutica, como es la inspección a través del Sistema HBS.⁶¹
173. Teniendo conocimiento de ello⁶², el propio LAP considera dentro del referido Sistema de despacho de equipaje cubierto por la TUUA, a las fajas transportadoras que conforman las rutas de circulación que sigue el equipaje durante la inspección efectuada en los Niveles 1 y 2 del Sistema HBS⁶³. En efecto, a través de la Carta C-LAP-GRE-2019-00951, el Concesionario manifestó lo siguiente:
- “14. (...) Una vez que las **maletas pasan por las máquinas de rayos X**, existe un tiempo en el que el sistema o el operador tienen para determinar si la maleta va al carrusel o al sistema del nivel 3, **la longitud de esas fajas por donde transita la maleta** mientras se toma la decisión tampoco sería necesaria, sin embargo, **hemos considerado que esa longitud de faja sea considerada como parte del servicio TUUA**. (...)”*
- [El énfasis y subrayado son nuestros]
174. Precisamente, en este punto es donde se advierte la incoherencia en las afirmaciones del Concesionario. De un lado, considera que las fajas que transportan el equipaje permitiendo su **inspección** en los **Niveles 1 y 2** sí son parte del Sistema de despacho de equipaje (Sistema BHS) cubierto por la TUUA. Pero, de otro lado, alega -sin documento de sustento alguno- que **el Sistema de Inspección de Equipaje (Sistema HBS) “incluye tanto las máquinas de rayos X como aquel porcentaje de las fajas transportadoras, que permiten la inspección del equipaje en bodega”**; refiriéndose a aquellas fajas que transportan el

⁶¹ Cabe precisar que el Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión distingue el Sistema de despacho de equipaje (salida) del Sistema de entrega de equipaje (llegada).

⁶² Toda vez que, como ha sido anotado líneas arriba, el Manual del Aeródromo del AIJCh se rige -entre otros- por el Manual de Planificación de Aeropuertos de la OACI (Doc 9184).

⁶³ Cabe recordar que, el Sistema de Inspección de Equipaje (**Sistema HBS**) en el AIJCh cuenta con cinco (5) niveles de seguridad:

- Niveles 1 y 3: Automáticos (sistema por inspección de Rayos X)
- Niveles 2 y 4: Por operadores ubicados en el centro de control de equipaje.
- Nivel 5: Inspección física

equipaje que ha sido advertido como sospechoso (en los Niveles 1 o 2), debiendo continuar su inspección en el Nivel 3 antes de su entrega a la aeronave.

175. Así, el Concesionario reitera en su Escrito de impugnación que *“el Sistema Integrado de Equipaje se compone en un 69% de Sistema de despacho y entrega de equipaje, que están incluidos en la TUUA; y en un 31% de Sistema de inspección de equipaje, incluidos en el Cargo de Acceso del Sistema HBS propuesto, según las mediciones del nivel 3 y sus **fajas respectivas (S1, S2, S3, S4 y S5)**”; alegando que “sin la instalación de dichas fajas no hubiese sido operativamente posible que el equipaje sea **transportado** al Nivel 3 del Sistema HBS.” De esta manera, el Concesionario afirma que está “acreditando que la finalidad de las fajas instaladas por el Concesionario es única y exclusivamente para **transportar** el equipaje para su inspección y no para su despacho, ni la entrega de este”.*
176. Sin embargo, como ya se ha sustentado en extenso en el procedimiento impugnado, así como en el presente Informe, el despacho de equipaje consiste en las rutas de circulación que sigue el equipaje cuando se separa de los pasajeros; destacándose que, independientemente del sistema adoptado, el circuito que siga el equipaje debe disponerse de forma que todo él esté sujeto a la misma inspección de seguridad -la que, en el presente caso, consta de cinco (05) niveles, de conformidad con las **obligaciones del Concesionario** establecidas en el numeral 1 del Anexo 4 (SEGURIDAD INTEGRAL) y el numeral 1.18 del Anexo 14 (REQUISITOS TECNICOS MÍNIMOS) del Contrato de Concesión-⁶⁴.
177. En este punto, cabe mencionar que, a través del Escrito N° 2, el Concesionario afirma que, del Manual de Planificación de Aeropuertos, *“la OACI concluye que las fajas transportadoras de equipaje pueden tener dentro de su recorrido **propósitos previos** al punto de entrega a las aeronaves, como son que los equipajes deben someterse a todos los controles y procedimientos que exija la regulación. Es decir, **OACI reconoce que las fajas transportadoras de equipaje pueden ser usadas para someter a las maletas a los controles y regulaciones aeronáuticas necesarias.** Por ello, el documento no contraviene lo expuesto por LAP, sino acepta que las fajas pueden tener un recorrido para cumplir con regulaciones aeronáuticas y no solo punto de entrega a las aeronaves como Ositrán interpreta.”*
178. Así, a través de dichas afirmaciones, el Concesionario está sacando de contexto la definición del Sistema de Despacho de Equipaje establecida por la OACI; destacándose que, en ningún extremo del documento emitido por dicho organismo, se señala que las fajas transportadoras sean “usadas para” o tengan como “propósito” “someter a las maletas a los controles y regulaciones aeronáuticas necesarias”, como pretende LAP.
179. La OACI explícitamente establece que *“Las rutas de circulación de equipaje son aquellas partes del sistema **dedicadas específicamente al manejo de equipaje, cuando se separa de los pasajeros**”; es decir, a su transporte desde que se separa de los pasajeros hasta que es entregado a la nave. Asimismo, de lo establecido por la OACI respecto de que, “**Independientemente del sistema adoptado, el circuito que siga el equipaje debería disponerse de forma que todo él esté sujeto a la misma inspección, incluido el equipaje de transbordo.**”, únicamente se desprende que el Sistema BHS y el Sistema HBS funcionan de manera **integrada**, lo cual es reconocido en el Manual del Aeródromo del AIJCh.*
180. En ese sentido, queda desvirtuada toda afirmación del Concesionario vertida en el Escrito N° 2, con las que pretende señalar que OSITRAN estaría “sugiriendo” que la inspección del equipaje en bodega puede efectuarse sin necesidad de las fajas transportadoras; y reiterar, acorde con lo señalado en el Informe Conjunto N° 0019-2020-IC-OSITRAN, que los Usuarios Intermedios requieren del acceso a ambos sistemas (BHS y HBS) para poder prestar el servicio de atención de tráfico de pasajeros y equipaje (despacho e inspección del equipaje en bodega). Sin perjuicio de ello, de conformidad con el principio económico

⁶⁴ Por tanto, no cabe el supuesto “hipotético” que plantea LAP en su Escrito N° 2, según el cual *“si no existiera la obligación de la inspección”* las fajas que transportan el equipaje sospechoso hacia el nivel 3 de seguridad *“ya no serían necesarias”*.

establecido en el literal g) del Artículo 26 del REMA, el Cargo de Acceso no considera los costos de inversión, mantenimiento y seguros correspondientes al Sistema de Despacho de Equipaje, por cuanto estos se encuentran cubiertos por la TUUA.

181. De esta manera, resulta infundado que el Concesionario pretenda desconocer el alcance técnico-operativo del Sistema de despacho de equipaje, para efectos del Cargo de Acceso; más aún, cuando su propia área de Mantenimiento ha indicado⁶⁵ expresamente que las referidas fajas con código S1, S2, S3, S4 y S5, que transportan el equipaje hacia el Nivel 3 de inspección, pertenecen al Sistema BHS (es decir, al Sistema de despacho de equipaje).
182. En virtud de lo expuesto, resulta infundada también la afirmación del Concesionario respecto de que OSITRAN no habría analizado las condiciones técnico-operativas ni económicas vinculadas al Sistema HBS. Dicho análisis se encuentra ampliamente desarrollado en los numerales 140 a 177, 215 a 221 y 228 a 232 del Informe Conjunto N° 00019-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), que el Concesionario pretendería desconocer; subrayándose que, el análisis efectuado por el Regulador se sustenta en el Contrato de Concesión, el Manual de Planificación de Aeropuertos de la OACI (Doc 9184), el Manual del Aeródromo del AIJCh elaborado por LAP y aprobado por la DGAC, y el Contrato suscrito por LAP y LONGPORT. A diferencia de ello, las afirmaciones del Concesionario no han sido sustentadas con ningún documento, sino que se basan únicamente en sus propias declaraciones.
183. Por último, debemos señalar que, a partir del análisis efectuado en el presente Informe⁶⁶ en atención a los argumentos formulados por el Concesionario respecto de las inversiones, se ha advertido que, algunos conceptos de inversión que, durante el procedimiento de emisión de Mandato de Acceso, fueron descritos⁶⁷ por LAP como parte del Sistema de inspección de equipaje, no se condicen con la documentación técnica presentada y sustentada por este en el marco de las Cláusulas 5.7, 5.10 y el Anexo 14 del Contrato de Concesión; tales como las inversiones vinculadas a la Orden de Servicio N° 4400030337 por un monto de USD 203 452,91, que el Concesionario indicó que estaban referidas a Modificaciones en Infraestructura del Sistema de Inspección de Equipaje, pese a que esta corresponde al Paquete de Trabajo A-16-T210.02.0103 **“Modificaciones Infraestructura BHS”**, el cual consiste en ejecutar todas las tareas complementarias necesarias para habilitar y operar las zonas que van a ser intervenidas producto de los proyectos de **“Ampliación BHS Outbound”** y **“Habilitación BHS Transferencia”**.
184. Así, el hecho de que la información técnica declarada por el Concesionario con fines regulatorios sea distinta a la información declarada y sustentada ante el Regulador en el marco de la supervisión de la ejecución de las Mejoras, evidenciaría una conducta contraria al Principio de Buena Fe Procedimental⁶⁸, en perjuicio de los usuarios. En consecuencia, de conformidad con los Principios de Impulso de Oficio y de Verdad Material⁶⁹, deberá tenerse presente dicha situación a efectos de formular el próximo Cargo

⁶⁵ En la Tabla 2 del Memo M-MTTO-GPF-2019-0311 remitido mediante Carta C-LAP-GRE-2019-00951.

⁶⁶ Ver la **Sección C.3 iii)**.

⁶⁷ Al respecto, en atención al requerimiento de información formulado por el Regulador a través del Oficio N° 0072-2019-GRE-OSITRAN, respecto del sustento de las inversiones presentadas por LAP; mediante la Carta C-LAP-GPF-2019-1006 recibida el 31 de julio de 2019, el Concesionario remitió el Memo N° M-GPF-GRE-2019-0089 en el que describió cada uno de los conceptos de inversión indicados en su propuesta de Cargo de Acceso, y adjuntó las Órdenes de Servicio correspondientes.

⁶⁸ Toda vez que, el hecho de que la determinación del Cargo de Acceso y la supervisión de la ejecución de las Mejoras correspondan a procedimientos enmarcados en funciones del Regulador independientes, no implica que el Concesionario pueda alterar la información presentada en uno de estos procedimientos cuando en ambos casos corresponde a un mismo hecho (inversiones en Mejoras).

⁶⁹ TUO de la LPAG.-

“1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el

de Acceso (ya sea en una próxima solicitud de emisión de Mandato de Acceso o en una eventual revisión del Cargo de Acceso vigente, de ser el caso⁷⁰)⁷¹.

C.4. Sobre los costos operativos de mantenimiento e ingresos previos a la entrada en vigencia del Mandato de Acceso

185. A través del Recurso de Reconsideración, ampliado mediante el Escrito N° 2, el Concesionario solicita que el Regulador reconsidere su posición e incluya los costos operativos de mantenimiento previos a la entrada en vigencia del cargo de acceso, así como un cargo anterior de cero; alegando que la tarifa comercial que se cobraba a las aerolíneas no incluía el CAPEX ni los costos de mantenimiento del sistema de inspección de equipaje antes mencionados. Al respecto, manifiesta lo siguiente:

“21. El contrato suscrito entre LAP y Longport del 2 de enero del 2014 ha sufrido muchas variaciones manifestadas a través de diversas adendas; una de las variaciones que sufrió el contrato fue que desde Setiembre 2018, el mantenimiento del Sistema de Inspección de Equipaje que incluye las máquinas de rayos X fue asumida al 100% por LAP, y esto puede verificarse con Longport, en el sentido que desde esa fecha ellos no asumen dicho mantenimiento. Por ello, si bien es cierto el contrato con Longport siguió manteniendo su esencia de operación, desde setiembre del 2018, no incluye el servicio de mantenimiento.

22. Por ello, no es correcto inferir que los costos operativos (en este caso costos de mantenimiento del sistema de inspección de equipaje) previos a la vigencia del cargo de acceso, ya forman parte de las condiciones económicas que LAP y Longport vienen gestionando.”

186. Sobre el particular, es pertinente reiterar, acorde con lo señalado en el Informe N° 0019-2020-IC-OSITRAN, que desde el 2 de enero de 2014, a través del Contrato suscrito entre LAP y LONGPORT, el primero otorga a este último el derecho a operar el Sistema BHS y el Sistema HBS en el AIJCh; y, por consiguiente, lo autoriza a realizar las operaciones en las áreas y ofrecer a las aerolíneas los servicios de transporte e inspección del equipaje de bodega, de acuerdo con los términos y condiciones previstos en dicho contrato de naturaleza **comercial**, los cuales incluyen la **asignación (es decir, la distribución entre LAP y LONGPORT) de los costos de operación y mantenimiento así como el precio que -como contraprestación- cobrará LONGPORT a las aerolíneas por los referidos servicios.**
187. En ese orden, teniendo presente que, las **condiciones económicas** con respecto al precio, y asignación de los costos de operación y mantenimiento para la prestación de dichos servicios han sido **acordadas libremente por LAP y LONGPORT**, y más aún, que dicho precio pagado por las aerolíneas no ha variado; no se considera razonable incluir en el flujo de caja empleado para la determinación del Cargo de Acceso impugnado, los

procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

1.11. Principio de verdad material.- *En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.*

En el caso de procedimiento trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

⁷⁰ En el marco de lo establecido en el Artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0009-2020-CD-OSITRAN.

⁷¹ Sin perjuicio de las acciones de supervisión y fiscalización que corresponda realizar a la GSF, de acuerdo con su competencia y funciones.

costos de mantenimiento anteriores a la emisión del Mandato y menos aún, un cargo de acceso “anterior” igual a cero, como pretende LAP.

C.5. Sobre la fecha de inicio de cobro del Cargo de Acceso

188. El Concesionario señala que el Cargo de Acceso aprobado por OSITRAN supone que LAP comienza a cobrarlo desde el 1 de febrero de 2020 a todas las aerolíneas; sin embargo, *“el aviso publicado en el diario El Peruano el día 20 de febrero indica que el cargo de acceso se hará efectivo desde el 6 de marzo 2020 respetando lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de Tarifas aprobado por OSITRAN – RETA.”* Adicionalmente, alega que el cobro se ha iniciado únicamente a Latam y Avianca (aerolíneas que solicitaron el Mandato de Acceso) y que, con las demás debe suscribir los respectivos Contratos de Acceso. En ese orden de ideas, el Concesionario indica que debe reestimarse el Cargo de Acceso considerando el cobro únicamente a estas dos aerolíneas desde el 6 de marzo.
189. Sobre el particular, es preciso remarcar que las reglas, principios y procedimientos aplicables al derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, así como los términos y condiciones en los que debe brindarse Acceso a una Facilidad Esencial, se encuentran regulados en el REMA. Así, en dicho marco normativo, el Regulador, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0009-2020-CD-OSITRAN⁷², dictó el Mandato de Acceso a LAP en favor de Latam y Avianca con el fin de que puedan prestar el Servicio Esencial de Atención de Tráfico de Pasajeros y Equipaje (Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega o Sistema HBS) en el AIJCh; estableciendo las condiciones y Cargo de Acceso que se señalan en los Anexos 1 y 2 que formaron parte integrante de dicha Resolución.
190. En ese orden, el Artículo 3 de la referida Resolución estableció expresamente que el Mandato de Acceso dictado *“tendrá vigencia por el plazo de cuatro (04) años, contados desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”; encontrándose su publicación a cargo de la Entidad Prestadora, conforme a lo dispuesto por el artículo 102 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de uso público de OSITRAN, debiendo realizarse dicha publicación en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles luego de notificada la presente Resolución”*.
191. De esta manera, el Regulador dispuso que el Mandato de Acceso y, por ende, el Cargo de Acceso, debían entrar en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”. Así, teniendo presente que dicha publicación fue efectuada el 20 de febrero de 2020, el Cargo de Acceso cobrado a las aerolíneas **debió entrar en vigencia el 21 de febrero de 2020**, y no el 6 de marzo de 2020, como declara el Concesionario. Por tanto, sin perjuicio de las acciones de supervisión y fiscalización que corresponda realizar a la GSF, de acuerdo con su competencia y funciones; resulta infundada la solicitud del Concesionario de reestimar el Cargo de Acceso considerando el inicio de cobro desde el 6 de marzo de 2020.
192. Asimismo, de acuerdo con la Cláusula 22 del Contrato de Concesión, el Concesionario asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados, entre otros, con la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general; por lo que no corresponde reformular el Cargo de Acceso considerando el ajuste en los ingresos que pretende el Concesionario, alegando que solo ha iniciado el cobro a Latam y Avianca.

C.6. Sobre las cláusulas no incluidas en el Mandato de Acceso

193. Al respecto, en el Anexo 1 del presente Informe se adjunta una matriz de comentarios en la que se evalúa la posición de LAP respecto de las cláusulas propuestas por este y que no fueron consideradas por OSITRAN en el Mandato de Acceso.

⁷² Notificada al Concesionario el jueves 13 de febrero de 2020.

C.7. Sobre la actualización de la estimación de la demanda para la determinación del Cargo de Acceso

194. A través del Escrito N° 2, el Concesionario solicita, adicionalmente, una nueva estimación de los pasajeros en salida y transferencia que conforman la demanda en el periodo 2020-2023; sobre el particular, tal como se ha señalado en el acápite A del presente informe, la solicitud debe ser declarada inadmisibles por extemporánea, ello sin perjuicio de las solicitudes que se encuentren relacionadas con dicho aspecto y que, en el marco de las estipulaciones del Contrato de Concesión, LAP estime pertinente solicitar o que ya hubiera formulado ante las instancias competentes para emitir el pronunciamiento respectivo.

V. CONCLUSIONES

1. El recurso de reconsideración interpuesto es admisible, salvo en las solicitudes adicionales incorporadas mediante Escrito N° 2 para que i) se declare la nulidad de la Resolución Impugnada, (ii) se realice una nueva estimación de la demanda para el cálculo del Cargo de Acceso, y (iii) se incorpore en el Mandato de Acceso, determinadas obligaciones a los Usuarios Intermedios que no fueron materia del proceso de negociación; solicitudes que deben ser declaradas inadmisibles por extemporáneas, de conformidad con el numeral 227.1 del artículo 227 del TUO de la LPAG.
2. Con respecto a lo argumentos planteados por el Concesionario, se concluye lo siguiente:
 - i. Con relación a la **unidad de cobro** del Cargo de Acceso, teniendo presente que la unidad de cobro "Pasajero" propuesta por LAP contraviene el principio económico de eficiencia y la finalidad del REMA, se ratifica que el Cargo de Acceso debe ser cobrado por "Pasajero que factura equipaje".
 - ii. Respecto de las **inversiones** a considerarse en el Cargo de Acceso, se concluye que la decisión adoptada por el Regulador no transgrede ninguna disposición del ordenamiento jurídico, habiéndose emitido por el órgano competente en ejercicio de sus facultades con sujeción a su marco normativo; en consecuencia, contrariamente a lo afirmado por LAP, la Resolución Impugnada se ajusta al principio de legalidad establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG. En virtud de ello, este Organismo ratifica que, el Cargo de Acceso debe recuperar las inversiones en Mejoras que hayan sido aprobadas por el Regulador conforme a las Cláusulas 5.7 y 5.10, y el numeral 1.29 del Anexo 14 del Contrato de Concesión.
 - iii. Respecto a la definición del **alcance técnico del Sistema de Inspección de Equipaje (Sistema HBS)**, el Regulador se ratifica en su análisis a través del cual concluye que el Sistema de Despacho de Equipaje (Sistema BHS) y el Sistema HBS son dos sistemas diferentes, cada uno con sus propias características; destacándose que, el Sistema HBS instalado en el AIJCh consta de cinco (05) niveles, de conformidad con las obligaciones del Concesionario establecidas en el numeral 1 del Anexo 4 (SEGURIDAD INTEGRAL) y el numeral 1.18 del Anexo 14 (REQUISITOS TECNICOS MÍNIMOS) del Contrato de Concesión. Asimismo, teniendo presente que dichos sistemas funcionan de manera integrada, los Usuarios Intermedios requieren del acceso a ambos sistemas para poder prestar el servicio de atención de tráfico de pasajeros y equipaje (despecho e inspección del equipaje en bodega). Sin perjuicio de ello, de conformidad con el principio económico establecido en el literal g) del Artículo 26 del REMA, el Cargo de Acceso no considera los costos de inversión, mantenimiento y seguros correspondientes al Sistema de Despacho de Equipaje, por cuanto estos se encuentran cubiertos por la TUUA.
 - iv. Respecto de la solicitud de **incorporación de los costos de mantenimiento e ingresos anteriores a la emisión del Mandato de Acceso**, cabe precisar que, en el Informe Conjunto 0019-2020-IC-OSITRAN, el Regulador señaló que las condiciones económicas previstas en el Contrato suscrito entre LAP y

LONGPORT respecto de la asignación de los costos de operación y mantenimiento así como el precio -que como contraprestación- LONGPORT cobra a las aerolíneas por la provisión del servicio han sido acordadas libremente por LAP y LONGPORT en el marco de un contrato de naturaleza comercial, por lo que no se considera razonable que dichas condiciones sean incluidas en el flujo de caja que determinó el Cargo de Acceso impugnado y menos aún que se considere un Cargo de Acceso anterior igual a 0.

- v. De acuerdo con lo establecido por el Consejo Directivo de OSITRAN, el **Cargo de Acceso debió entrar en vigencia** el 21 de febrero de 2020; por lo que, sin perjuicio de las acciones de supervisión y fiscalización que corresponda realizar a la GSF, conforme a su competencia y funciones; resulta infundada la solicitud del Concesionario de reestimar el Cargo de Acceso considerando el cobro desde el 6 de marzo de 2020. Asimismo, de acuerdo con los riesgos asumidos por el Concesionario en virtud de la Cláusula 22 del Contrato de Concesión, no corresponde reformular el Cargo de Acceso considerando el ajuste en los ingresos que pretende LAP alegando que solo ha iniciado el cobro a Latam y Avianca.
 - vi. De la evaluación realizada se aprecia que los argumentos presentados por el Concesionario respecto a (i) la necesidad de LAP de tener una **relación contractual con el operador del sistema HBS** y (ii) las **obligaciones de los Usuarios Intermedios** relacionadas con el pago a terceros y la restricción a la emisión de comunicados o notas de prensa, no desvirtúan lo resuelto en la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN. Por tanto, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración en este extremo.
3. Por tanto, de acuerdo con el análisis realizado, deben desestimarse todos los argumentos expuestos por LAP con relación al Cargo de Acceso y a las reglas incorporadas en el Mandato de Acceso; y, en ese sentido, debe declararse infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0009-2020-CD-OSITRAN.

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda a la Gerencia General elevar el presente informe para la consideración del Consejo Directivo del OSITRAN, en el que se analiza el recurso de reconsideración presentado por el Concesionario con respecto al Mandato de Acceso dictado por la Resolución de Consejo Directivo N° 0009-2020-CD-OSITRAN, incluyendo el Cargo de Acceso correspondiente; concluyéndose que este debe declararse infundado en todos sus extremos y que las solicitudes adicionales incorporadas mediante Escrito N° 2 deben ser declaradas inadmisibles por extemporáneas.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

JOHN VEGA VÁSQUEZ

Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI

Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2020043204

ANEXO 1: Matriz de comentarios sobre las cláusulas no consideradas en el Mandato de Acceso

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
<u>Cláusula Segunda.- Definiciones</u> “Operador del Sistema de Inspección de Equipaje de Bodega” Es la única empresa seleccionada por los USUARIOS INTERMEDIOS, a fin de que les brinde el Servicio de Inspección de Equipaje en Bodega (Sistema HBS).	Como menciona OSITRAN, el cargo de acceso discutido está referido únicamente al uso de la infraestructura de HBS, sin incluir el servicio de operación. Necesidad de LAP de tener una relación contractual con el Operador: 1. LAP es responsable de la seguridad y operación del aeropuerto: * Contrato de concesión: Conforme a la cláusula 5.3 del Contrato de Concesión: El Concesionario deberá realizar la construcción, mejora, desarrollo y operaciones del Aeropuerto de conformidad con las prácticas y operaciones aeroportuarias internacionalmente aceptadas y los Requisitos Técnicos Mínimos. * Ley N° 28404 –Ley de Seguridad de la Aviación Civil- y su reglamento, “el Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil y la RAP 107.5, establecen que la responsabilidad de LAP respecto al control de equipaje y pasajeros, se limita a los casos de interferencia ilícita (sabotaje, apoderamiento ilícito de aeronaves, atentado a las instalaciones, etc).” Por otro lado, <u>son las LLAA, las responsables de efectuar la inspección, carga y transporte del equipaje de bodega o facturado.</u> Así, la Ley N° 28404, Ley de seguridad de la aviación civil, en su artículo 9.2 dispone que “los explotadores aéreos (aerolíneas) son responsables de la aceptación e inspección del equipaje no acompañado (facturado), de la carga y correo, que será transportado en sus aeronaves.” * La falta de capacitación o mala operación en el uso del sistema HBS por parte del Operador, vulnera la seguridad del aeropuerto, pudiendo interrumpir además la cadena logística del proceso de pasajero de salida. En ese sentido, LAP podría ser sancionado por incumplimiento del Contrato de Concesión o verse afectado operativa y económicamente por una interrupción de la operación. En el contrato entre el Operador y LAP se establecería la responsabilidad del Operador respecto a la operación y seguridad, de tal manera que podamos transferir cualquier perjuicio a LAP imputable al Operador. 2. Potenciales demoras en los pagos al Operador por parte de los Usuarios Intermedios que pueden afectar o interrumpir la prestación del servicio.	LAP señala en su escrito de reconsideración y complementario, los motivos por los cuales OSITRAN debe considerar la suscripción de un contrato de operación con el operador del Sistema HBS seleccionado por las aerolíneas, desde un punto de vista contractual, técnico y legal. A continuación, se abordará cada uno de los puntos señalados por LAP: 1. Posibles Sanciones a LAP. Con relación a que LAP pueda ser sancionado por incumplimiento del Contrato de Concesión por acciones del operador del Sistema HBS, reiteramos lo señalado en el Informe N° 0019-2020-IC-OSITRAN, “<i>ante cualquier incumplimiento del Operador del sistema, el Usuario Intermedio será responsable frente a LAP de manera solidaria con aquellos otros Usuarios Intermedios que hayan contratado a dicho Operador por los incumplimientos a las normas de seguridad y operación de LAP, así como por daños producidos por la operación del Sistema de Inspección de Equipaje de Bodega por parte del Operador.</i>” Asimismo, LAP señala que la medida adoptada por el Regulador puede resultar más gravosa para los Usuarios Intermedios, sin embargo, los mismos no han efectuado comentarios respecto a dicho texto en el procedimiento de Mandato de Acceso, entendiéndose que se encuentran de acuerdo con la redacción del mandato respecto a la “Responsabilidad solidaria” de conformidad

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	Al día de hoy, esto sucede con LONGPORT, actual Operador, hay retrasos sólo para emitir la factura porque las líneas aéreas no proveen la información a tiempo y luego hay demoras en los pagos, que afectan la capacidad financiera del Operador. Adicionalmente a ello, debemos precisar que Longport ha reportado un retraso en los pagos por parte de los Usuarios Intermedios, con aproximadamente seis (6) meses, tal cual fuera informado a OSITRAN en la carta LAP GCC - 2019 -044. Por tanto, en el contrato entre el Operador y LAP se establecería la responsabilidad del Operador respecto a la continuidad del servicio, con las fianzas y penalidad correspondientes, de tal manera que El Operador transfiera las obligaciones en el contrato entre el Operador y la línea aérea. 3. Ante una mala operación del sistema por parte del Operador que pudiera dañar los equipos LAP no tiene una herramienta eficiente y efectiva para aplicar una penalidad o ejecución de carta fianza al Usuario Intermedio. ¿A quién le aplicaría la penalidad? a todos los Usuarios Intermedios? La fianza solo cubre incumplimientos de pago. Por otro lado, si bien el Regulador ha incluido la responsabilidad solidaria para el Operador en el numeral 8.4 del Mandato, no puede negarse que es este finalmente quien manipulará el sistema HBS la mayor parte del tiempo, por lo cual es necesario que LAP establezca condiciones de uso para dicha infraestructura, las mismas que estarían reguladas en un contrato entre ambas partes. De igual forma, el Regulador indica que cualquier daño a la infraestructura deberá ser cubierto con la póliza que presente el Operador, sin embargo, si el Mandato de Acceso es una relación entre los Usuarios Intermedios y LAP ¿Bajo qué Contrato LAP podría exigirle al Operador la presentación de dicha Póliza de Seguro? Si el UI es el obligado a presentar la Póliza, ¿qué pasaría si no la presentan? ¿LAP tendría que impedir a todos los UI la utilización de dicho servicio, afectando las operaciones en el Terminal y a los mismos pasajeros? Asimismo, al incluir el Regulador la figura de la responsabilidad solidaria e indicar que ante un daño a la infraestructura causados por el Operador, LAP podrá ir contra cualquiera de los UI que haya contratado a dicho Operador, consideramos que si LAP	con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 100 del REMA. Por otro lado, es responsabilidad de los Usuarios Intermedios, regular en el contrato a suscribir con el operador del Sistema HBS, cláusulas que permitan a las aerolíneas replicar hacia ellos las penalidades o sanciones que les puedan generar por incumplimientos a las normas y procedimientos establecidos por LAP respecto a la operación del sistema HBS, que les sean imputables. En tal sentido, con la incorporación del numeral 8.4 al Mandato de Acceso, referido a la <u>responsabilidad solidaria</u>, LAP se encuentra cubierto ante cualquier incumplimiento del operador del sistema HBS que pueda ser pasible de sanción sin la necesidad de la suscripción de un contrato de operación con el operador del Sistema HBS. 2. <u>Interrupción del servicio</u> Respecto al riesgo en la continuidad de la operación por demoras en los pagos por parte de los Usuarios Intermedios. Cabe indicar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2 de la Ley de Seguridad de la Aviación Civil – Ley N° 28404, la Aerolínea es la responsable de la aceptación e inspección del equipaje facturado y, por ende, de la operación del Sistema de Inspección de Equipaje (Sistema HBS) en el AIJCH. En ese sentido, las aerolíneas tienen el principal incentivo en cumplir con todas sus obligaciones

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	elige libremente al UI que será responsable por los daños causados por el Operador, esto también podría afectar las condiciones de competencia que alega el OSITRAN en el numeral 194 de su Resolución, dado que un único UI tendría que afrontar de manera inmediata los costos de dichos daños para luego recuperar los costos de los daños contra los demás UI. Ahora bien, en caso OSITRAN considere que no es necesaria la suscripción de un Contrato entre LAP y el Operador, solicitamos a OSITRAN que establezca como una obligación para las LLAA en el Mandato, que en los Contratos que suscriban con el Operador del Sistema HBS LAP actúe como "Interviniente" con la finalidad de cautelar sus derechos, cuyo sustento hemos señalado anteriormente. <u>Escrito N° 02</u> Igual que en el Escrito N° 01, el Concesionario cuestiona el pronunciamiento del OSITRAN respecto a que no corresponde que LAP suscriba un contrato con el operador del sistema HBS seleccionado por las aerolíneas. Al respecto, LAP considera que si corresponde la suscripción de un contrato de operación con el operador del sistema por las siguientes razones⁷³: • El numeral 2.4 del Contrato de Concesión faculta a LAP a celebrar contratos con terceros. • El REMA dispone que un contrato de acceso establece una relación jurídica entre la Entidad Prestadora y un Usuario Intermedio, no incluyendo en dicha relación a un tercero que no tenga calidad de Usuario Intermedio. • El artículo 21.2 del Decreto Legislativo N° 1362, Ley de Asociaciones Público-Privadas señala que el inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de Asociación Público-Privada, <u>directamente o a través de terceros</u>, manteniendo en todo momento su calidad de <u>único responsable</u> frente al Estado peruano. • El Contrato con el operador no es una relación de acceso, se trata de una relación jurídica de naturaleza <u>privada no regulada</u>.	de pago con el operador del sistema contratado por ellas mismas, a fin de que no se interrumpa el servicio de inspección de equipaje y sus operaciones aeroportuarias. De ser el caso que por un eventual incumplimiento de pago al operador se interrumpa la operación y se incumpla con sus obligaciones respecto a la inspección del equipaje facturado, la aerolínea podría ser pasible de una sanción de parte de la entidad responsable de la supervisión de la seguridad aeronáutica (DGAC). Asimismo, la relación contractual entre el operador del servicio y las aerolíneas es de naturaleza privada y ajena al marco regulatorio de acceso. Se entiende que es de interés del operador del servicio, establecer una serie de condiciones y acuerdos en el contenido del contrato de operación que garantice el correcto pago por las operaciones del servicio de rampa que brinde a las aerolíneas. Por tanto, no se evidencia que la falta de suscripción de un contrato de operación suscrito entre LAP y el operador del Sistema HBS ponga en riesgo la operación del sistema ni del aeropuerto. 3. <u>Mala operación del Sistema HBS</u> Con relación a una mala operación del sistema por parte del Operador seleccionado por las aerolíneas, reiteramos lo señalado en párrafos anteriores, los Usuarios Intermedios son responsables solidarios por los daños que

⁷³ En esta parte solo se detallaran los argumentos adicionales de LAP que no hayan sido presentados en su Escrito N° 01.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	- La modalidad de suscripción de un contrato con el operador del servicio es como se ha venido llevando a cabo la operación del Sistema HBS en el AIJCH, la única diferencia es que ahora el operador es seleccionado por las aerolíneas. - El contrato con el operador no refleja una relación de acceso, sino la facultad contractual y legal que tiene LAP de celebrar un contrato con un tercero y es independiente al Contrato de Acceso a suscribir con los Usuarios Intermedios e inclusive al contrato entre los Usuarios Intermedios y el operador del sistema. - Lo anterior deriva de lo señalado en la Ley de Seguridad de la Aviación Civil, según el cual, el responsable de la aceptación e inspección del equipaje factura es la aerolínea. - Precisa que la facultad de contratar a un tercero también esta regulado en el REMA de OSITRAN, bajo la figura de Servicio Complementario. - En tal sentido, la decisión de OSITRAN de no aceptar la posibilidad de que LAP pueda suscribir un contrato con el operador, resulta ilegal por cuanto limita el derecho de LAP a utilizar mecanismos legales que la normatividad les ofrece para tutelar adecuadamente sus derechos. - Es legal y válidamente posible que LAP pueda suscribir un contrato con un tercero operador del Sistema HBS, en aplicación del Contrato de Concesión, Ley de APPs, el REMA y en general las normas de derecho privado, independientemente del Contrato de Acceso que se celebre con los Usuarios Intermedios. - También es factible legalmente que LAP pueda participar como “interviniente” en los contratos que suscriban los Usuarios Intermedios con el operador del Sistema HBS, en el supuesto que OSITRAN se ratifique en la posición tomada en el Mandato. - Señala también que, la decisión de OSITRAN desconoce los remedios contractuales que los acreedores puedan hacer valer frente al incumplimiento del deudor, principio elemental del derecho contractual. Artículo 1219° del Código Civil. - No existe disposición alguna en el Código Civil ni en el REMA que restrinja o limite al acreedor (LAP) su derecho de optar entre los remedios al incumplimiento.	podieran ocurrir en el sistema HBS, si bien el operador del sistema es quien finalmente manipulará el sistema, las condiciones de uso de dicha infraestructura pueden estar reguladas en los procedimientos o manuales de uso que LAP establezca, de ser necesario, sin tener la necesidad de suscribir un contrato de operación de carácter comercial, más aun cuando se está refiriendo a un servicio esencial regulado en el REMA y REA de LAP. Asimismo, el Mandato de Acceso aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2020-CD-OSITRAN establece obligaciones a los Usuarios Intermedios respecto a los procedimientos de uso del sistema HBS así como obligaciones vinculadas a daño de la infraestructura. Siendo la siguiente cláusula: Décima.- Obligaciones del Usuario Intermedio (...) <i>u) Cumplir con los procedimientos de uso/ operación y otros del Sistema HBS que LAP establezca, los cuales forman parte de las Normas Obligatorias de Operación y Mantenimiento de LAP, los cuales deberán ser cumplidos en los mismos términos por el Operador del Sistema HBS que el USUARIO INTERMEDIO haya contratado, bajo responsabilidad”.</i> <i>n) Asumir directa e indirectamente el costo de la reparación de todos los posibles daños que</i>

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	- La negativa de incluir en el Mandato la posibilidad de que LAP pueda celebrar un contrato con el operador del Sistema HBS, contraviene el derecho contractual que nuestra representada tiene reconocido en virtud de las normas de derecho privado. - La operación del Sistema HBS por un tercero, <u>genera riesgo de tipo operacional a LAP</u>, los mismos que se agravan por el hecho que el Concesionario no podrá <u>gestionar o mitigar</u> directamente estos riesgos al no tener una relación contractual con el operador. ✓ Posibles riesgos: ✓ Demoras en los pagos al operador por las aerolíneas ✓ Falta de capacitación o mala operación del Sistema HBS ✓ Daños a la infraestructura o equipos ✓ Vulnera la seguridad del aeropuerto ✓ Interrupción de la cadena logística del proceso de embarque - Los riesgos antes mencionados pueden generarle <u>responsabilidad a LAP</u> frente al Estado Peruano por la seguridad y operación del Aeropuerto. - Es indispensable que LAP pueda tener un <u>control directo de los riesgos</u> para prevenir afectaciones de tipo operativo o económico, así como potenciales sanciones que se le impongan. - Las medidas adoptadas por OSITRAN, como la <u>responsabilidad solidaria</u>, constituye en un remedio mas gravoso para los Usuarios Intermedios, dado que uno solo tendría que afrontar de manera inmediata los costos por los daños causados. - La medida propuesta por LAP busca una medida <u>menos gravosa</u> para los usuarios, ya que tendría un único responsable (el operador). - Asimismo, LAP cuestiona que la propuesta de OSITRAN no contempla las siguientes situaciones: ✓ ¿Cómo LAP podrá exigirle al operador el cumplimiento de los procedimientos y normas obligatorias de operación y mantenimiento aplicables al AIJCH? ✓ No se indica si corresponderá la aplicación de una penalidad o cual sería la consecuencia del incumplimiento. ✓ ¿Qué pasa si el incumplimiento continúa y nadie se hace responsable?	<i>podiera sufrir <u>el Sistema HBS</u>, durante la ejecución del presente Mandato ocasionados por Incidentes y/o Accidentes, atentados o cualquier otro, siempre y cuando sea atribuible al USUARIO INTERMEDIO.</i> Cabe precisar que, de acuerdo con el numeral 10.2 del Mandato de Acceso, el incumplimiento a las obligaciones establecidas en la cláusula décima del referido mandato está sujeto a la aplicación de penalidades. Finalmente, respecto a la póliza de seguros, como se señaló en el Informe N° 0009-2020-IC-OSITRAN, el Operador del sistema deberá contratar una póliza de seguros a todo riesgo que cubra todos los daños a la infraestructura y esta obligación deberá ser plasmada en los contratos de operación suscritos entre las aerolíneas y el operador seleccionado por ellos. Dicha póliza de seguros deberá ser presentada por el Usuario Intermedio como requisito para acceder a la infraestructura. Respecto a imponer la participación de LAP como interviniente en la suscripción del Contrato de Operación, cabe indicar que dicha solicitud no es aceptable, puesto que en ese contrato se negociarían otras condiciones que no necesariamente LAP debe de tener conocimiento y que en todo caso, dependerá de la decisión de los usuarios intermedios y el operador del sistema HBS evaluar una eventual participación de LAP como interviniente.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	✓ Ante continuos incumplimientos, LAP no se encontrará facultada a poder solicitar la resolución del contrato y cambio del operador. ✓ ¿Cómo garantizar que el personal del operador se encuentre debidamente capacitado y sea idóneo para la operación del sistema? ✓ Si bien el Usuario Intermedio es el responsable de los daños producidos, la redacción del mandato no señala expresamente que incluya los daños que se produzcan a los equipos que conforman el Sistema HBS. ✓ No se garantiza que LAP quedará indemne de los daños que pudiera sufrir el personal del operador, pasajeros y terceros que sean atribuibles al operador. ✓ ¿Cómo se le exigirá la presentación de pólizas de seguro? ¿Qué pasa si no la presentan? • Como se observa, las cláusulas incorporadas por OSITRAN no constituyen herramientas eficientes y efectivas para proteger el derecho de LAP como titular de la Facilidad Esencial, <u>carece de razonabilidad y proporcionalidad, la misma que resulta ser arbitraria.</u> • LAP sustenta lo anterior en función a lo señalado por Morón Urbina respecto al principio de <u>razonabilidad</u> y a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 090-2004-AA/TC, el cual señala que el ejercicio de facultades discrecionales, por parte de la administración pública, no puede realizarse de manera <u>arbitraria.</u> • Así, LAP reitera que su propuesta se sustenta en la necesidad de que se proteja adecuadamente los intereses de LAP sin que se cause perjuicio a los Usuarios Intermedios. • Por tanto, la <u>Resolución emitida por OSITRAN es NULA</u>, de acuerdo con la causal de Nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° del TUO de la LPAG, solicitando se declare fundado el recurso de reconsideración en este extremo.	El Mandato de Acceso regula las principales cláusulas que debe de contener el contrato de operación, tales como las obligaciones respecto al daño y uso de la infraestructura, así como aquellas vinculadas a la contratación de pólizas de seguros. Así, en el Mandato de Acceso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 0009-2020-CD-OSITRAN, se incorporó la cláusula Décimo Sexta, referente a la obligación de presentar la contratación de pólizas de seguro como requisito para el acceso a la Facilidad Esencial. En tal sentido, es responsabilidad de los Usuarios Intermedios, de considerarlo necesario, incorporar en el contrato comercial a suscribir con el operador del Sistema HBS una cláusula que refiera la obligación a la presentación de la póliza de seguros con las condiciones contempladas en el Mandato de Acceso emitido por el Regulador, la cual podría estar sujeto a penalidades por incumplimiento. La redacción del Mandato de Acceso establece que la obligación de la presentación de las pólizas de seguro es requisito para el acceso a la facilidad esencial, se entiende que la no presentación de dicho documento impedirá al Usuario Intermedio que, a través de su operador, inicie las actividades de inspección de equipaje. 4. Respecto a la supuesta ilegalidad y arbitrariedad de la actuación del OSITRAN. GAJ

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		LAP señala que la decisión del Ositrán de no aceptar la posibilidad de que este pueda celebrar un contrato con el operador del Sistema HBS es ilegal. En esa línea, apunta que la negativa de incluir en el referido Mandato la posibilidad de que LAP pueda celebrar este contrato, contraviene el derecho contractual que este tiene reconocido en virtud de las normas de derecho privado. Al respecto, debemos manifestar que, en el Informe N° 0019-2020-IC-OSITRAN no se señaló bajo ningún término que se prohibía al Concesionario la posibilidad de que este pudiera suscribir un contrato privado con el operador del sistema HBS, puesto que ambos agentes tienen plena libertad para crear relaciones jurídicas privadas y pactar los términos de las mismas. Lo que sí se dijo en el mencionado Informe fue que <i>“la relación de acceso se da únicamente entre las aerolíneas (Usuarios Intermedios) y LAP, en la cual ya se está previendo el pago de un cargo de acceso por el uso de la infraestructura, por tanto, el Operador, quien es seleccionado por las aerolíneas, <u>no debería pagar monto adicional al Concesionario.</u>”</i> Asimismo, con el fin de resolver los distintos problemas o preocupaciones los cuales LAP consideraba que se solucionarían mediante la celebración de un contrato entre este y el operador del sistema HBS, se incluyeron distintos remedios en el Mandato de Acceso (i.e. la inclusión de la responsabilidad solidaria) que atendían dichos problemas, de manera que el

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		Regulador consideró que <u>no era necesario</u> que se suscribiera un Contrato de Operación entre LAP y el referido operador. Considerando ello, lo alegado por LAP de que el Regulador ha prohibido que el Concesionario celebre un contrato con el operador del sistema HBS es falso; en consecuencia, tanto el Concesionario como el operador del sistema HBS tienen libertad para suscribir un contrato privado en los términos y condiciones que estos estimen pertinentes, sin más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico vigente, entre ellas, la reglamentación aplicable al uso de facilidades esenciales incluida en el REMA. En ese sentido, la ilegalidad esbozada por el Concesionario carece de asidero. Ahora bien, en cuanto a que la negativa del Regulador de incluir en el Mandato de acceso la posibilidad de que LAP pueda celebrar un contrato con el operador como remedio ante algún incumplimiento por parte de este contraviene el derecho contractual, debemos señalar que la protección del derecho de LAP como titular de la Facilidad Esencial ya se encuentra cubierto mediante distintos remedios incluidos en el Mandato de Acceso como por ejemplo Pólizas de seguro a favor del Concesionario, responsabilidad solidaria por parte de los usuarios intermedios ante incumplimientos por parte del operador del sistema, resolución del Mandato ante incumplimientos del usuario intermedio, entre otros, razón por la cual no se consideró necesaria la suscripción de un contrato entre el operador y LAP para atender los problemas señalados por este último.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		Cabe precisar que, de conformidad con el artículo 11 y 43 del REMA, ante la falta de acuerdo entre las partes en las condiciones de la relación de acceso como es el caso del presente Mandato, el Ositran se encuentra plenamente facultado para sustituir la voluntad de las partes y determinar el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso a fin de que se pueda lograr el acceso a la facilidad esencial. De igual manera, reiterar que la relación de acceso a la facilidad esencial en cuestión se da única y exclusivamente entre los usuarios intermedios y el Concesionario, por el cual se está previendo el pago de un cargo de acceso por parte de dichos usuarios. Cabe resaltar que en el numeral 1 del artículo 1219 del Código Civil citado por LAP se autoriza al acreedor de una obligación a <i>“Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado”</i> por lo que se aprecia que en virtud a dicho artículo se permite al acreedor a utilizar medidas legales a fin de exigir al deudor aquella conducta a la que se había obligado a cumplir para poder obtener la satisfacción de su interés; pues bien, en el caso concreto no se aprecia que el Regulador al no incluir en el Mandato de acceso la celebración de un contrato entre LAP y el operador haya desconocido lo estipulado en el mencionado artículo, puesto que LAP cuenta con distintas medidas legales (resolución del Mandato, aplicación de penalidades, etc) previstas en dicho Mandato para hacer cumplir al usuario intermedio con sus obligaciones.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		En ese orden de ideas, la decisión adoptada por el Regulador de ninguna manera restringe o limita a LAP su derecho de optar por remedios ante un posible incumplimiento, puesto que está entre las potestades del Ositrán determinar el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso en el caso de un procedimiento de Mandato, facultad que se ha ejercido respetando el marco normativo contractual al incluir distintos remedios a efectos de garantizar la seguridad y protección en el uso de la facilidad esencial de la que LAP es titular en virtud al Contrato de Concesión. Igualmente, se debe tener presente que el Regulador en un procedimiento de acceso a una facilidad esencial, no solo debe velar por los derechos e intereses del Concesionario, sino también por el de los Usuarios Intermedios que son parte del presente Mandato de Acceso. Es así que en el Informe N° 0019-2020-IC-OSITRAN se indicó que <i>"(...) cualquier gasto o costo adicional que incurra el Operador en la operación del Sistema HBS, será trasladado en la tarifa que le cobrará a las aerolíneas en el marco de su contrato de servicios, en tal sentido, si se verían afectadas con la suscripción del contrato de operación entre LAP y el Operador del sistema bajo las condiciones que propone LAP."</i>, por ello el Ositrán, además de no considerar necesario la suscripción de un contrato entre LAP y el operador, estimó también que dicha suscripción afectaría de algún modo a las líneas aéreas, de manera que no se incorporó en el Mandato la propuesta de LAP.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		Lo antes dicho no restringe en absoluto que, al margen del Mandato de Acceso, LAP y el operador del sistema HBS puedan libremente ponerse de acuerdo y crear una relación contractual de carácter privado, sin más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico vigente, entre ellas, la reglamentación aplicable al uso de facilidades esenciales incluida en REMA, conforme se ha expuesto líneas arriba. En tal sentido, el Regulador no ha vulnerado el Código Civil ni el REMA., por lo que lo indicado por LAP carece de asidero. Por otra parte, LAP menciona que las cláusulas incorporadas por OSITRAN no constituyen herramientas eficientes y efectivas para proteger su derecho como titular de la Facilidad Esencial, por lo que la decisión del Regulador carece de razonabilidad y proporcionalidad, la misma que resulta ser arbitraria. Sobre el particular, se procederá a analizar cada uno de los puntos por los cuales LAP señala que las medidas incorporados por el Regulador carecen de razonabilidad y proporcionalidad: a) Riesgo de tipo operacional y la Responsabilidad de LAP El Concesionario manifiesta que operación del Sistema HBS por un tercero, genera riesgo de tipo operacional a LAP, los mismos que se agravan por el hecho que el Concesionario no podrá gestionar o mitigar directamente estos riesgos al no tener una relación contractual con el operador

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		como daños al sistema, demoras en los pagos al operador por las aerolíneas, daños a la infraestructura o equipos, entre otros aspectos. Al respecto, reiteramos lo indicado líneas arriba, pues los Usuarios Intermedios son responsables solidarios por los daños que pudieran ocurrir en el sistema HBS que será operado por un tercero. De igual forma, el Mandato de Acceso en cuestión establece obligaciones a los Usuarios Intermedios respecto a los procedimientos de uso del sistema HBS así como obligaciones vinculadas a daño de la infraestructura. Respecto a la demora en los pagos al operador por las aerolíneas, tal como se ha apuntado párrafos arriba, las aerolíneas tienen todos los incentivos en cumplir con todas sus obligaciones de pago con el operador, puesto que por un eventual incumplimiento de pago al operador se interrumpa la operación y se incumpla con sus obligaciones relativas a la inspección del equipaje facturado, podría ser pasible de una sanción por la DGAC. Asimismo, en cuanto a la Responsabilidad de LAP frente al Estado Peruano por la seguridad y operación del Aeropuerto, el Regulador ha incorporado la figura de responsabilidad solidario por parte de los usuarios intermedios frente a LAP por los daños generados por la operación del Sistema de Inspección de Equipaje de Bodega por parte del Operador, a fin de que LAP se encuentre cubierto por este aspecto.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		Por lo tanto, no se evidencia que las medidas adoptadas por el Regulador en este aspecto carezcan de razonabilidad y proporcionalidad. b) La responsabilidad solidaria constituye en un remedio más gravoso para los Usuarios Intermedios Al respecto, los Usuarios Intermedios en sus comentarios no han cuestionado la inclusión de la figura de responsabilidad solidaria en el Mandato de Acceso, por lo que se entiende que se encuentran de acuerdo con la incorporación de dicha figura de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 100 del REMA, por tal motivo, no se aprecia que esta medida carezca de razonabilidad y proporcionalidad. c) La propuesta de OSITRAN no contempla ciertas situaciones LAP ha formulado ciertas cuestiones, las cuales se procederán a absolver a continuación: - ¿Cómo LAP podrá exigirle al operador el cumplimiento de los procedimientos y normas obligatorias de operación y mantenimiento aplicables al AIJCH? El numeral u) de la Cláusula Décima del Mandato ha previsto como obligación del Usuario Intermedio cumplir con los procedimientos de uso/operación y otros del Sistema HBS que LAP establezca, los cuales deberán ser cumplidos

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		<u>también por el Operador del Sistema HBS</u> que el Usuario Intermedio haya contratado, bajo su responsabilidad, en consecuencia, el referido Operador deberá de cumplir con los procedimientos y normas de operación, cumplimiento que se encontrará a cargo de los Usuarios Intermedios, por lo que LAP podrá exigirle a los Usuarios Intermedio que el operador del sistema cumpla las mencionadas normas de operación. - No se indica si corresponderá la aplicación de una penalidad o cual sería la consecuencia del incumplimiento por parte del Operador ¿Qué pasa si el incumplimiento continúa y nadie se hace responsable? Ante continuos incumplimientos, LAP no se encontrará facultada a poder solicitar la resolución del contrato y cambio del operador. Como se ha indicado anteriormente, la relación contractual entre el operador del servicio y los Usuarios Intermedios es de naturaleza privada y por tanto ajena al marco regulatorio de acceso; asimismo, es pertinente apuntar que los Usuarios Intermedios tienen todos los incentivos para hacer cumplir al operador con la correcta y adecuada utilización del Sistema HBS, puesto que de lo contrario serán pasibles de una penalidad o incluso de la resolución del mandato por parte del Concesionario. - ¿Cómo garantizar que el personal del operador se encuentre

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		debidamente capacitado y sea idóneo para la operación del sistema? Sobre el particular, la idoneidad y capacitación del personal del operador se encuentra garantizada en la medida que, si dicho personal no es idóneo, y como consecuencia de ello el sistema sufre algún tipo de daño, los Usuarios Intermedios serán responsable del mismo, por ende, las aerolíneas tienen incentivos suficientes para que el personal del operador del servicio que estos contraten sean idóneas para la operación del sistema HBS. - Si bien el Usuario Intermedio es el responsable de los daños producidos, la redacción del mandato no señala expresamente que incluya los daños que se produzcan a los equipos que conforman el Sistema HBS. Al respecto, el literal n) la Cláusula Décima del Mandato señala que el Usuario Intermedio tiene como obligación <i>“Asumir directa e indirectamente el costo de la reparación de todos los posibles daños que pudiera sufrir el Sistema HBS, durante la ejecución del presente Mandato ocasionados por Incidentes y/o Accidentes, atentados o cualquier otro, siempre y cuando sea atribuible al USUARIO INTERMEDIO.”</i> Como se aprecia, la Cláusula indica que el Usuario Intermedio es responsable por aquellos daños que sufra el Sistema HBS, lo cual comprende el Sistema HSB en su conjunto, esto es, todos aquellos componentes y elementos que

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		la conforman, lo que evidente incluye los equipos que la integran. - No se garantiza que LAP quedará indemne de los daños que pudiera sufrir el personal del operador, pasajeros y terceros que sean atribuibles al operador. Sobre ello, la Clausula 8.1 del Mandato de acceso establece lo siguiente: <i>“8.1 El USUARIO INTERMEDIO es responsable ante LAP y frente a terceros, por cualquier daño personal y/o material que, mediante el personal a su cargo (propio o contratado) o a través de materiales, equipos, maquinarias y/o bienes bajo su supervisión, pudieran ocasionarse en las Facilidades Esenciales, como consecuencia directa del desarrollo de las actividades del USUARIO INTERMEDIO en el Aeropuerto y en general – por el uso y aprovechamiento de las Facilidades Esenciales. Para tal efecto, del USUARIO INTERMEDIO se obliga expresamente a asumir los costos de reparación y/o indemnización frente a LAP y/o frente a cualquier tercero que pudieran derivarse según lo indicado.</i> <u>El USUARIO INTERMEDIO declara que LAP no tendrá ninguna responsabilidad, de producirse cualquier clase de daños y perjuicios por los daños referidos, debiendo, mantenerla indemne de cualquier acción o reclamo de terceros.”</u> Por tanto, sí se garantiza que LAP quedará indemne de los daños ocasionados por el operador del servicio, puesto que el Usuario

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		Intermedio se hará cargo de los mismos, de manera que el problema planteado por LAP se encuentra cubierto por la citada cláusula. - ¿Cómo se le exigirá la presentación de pólizas de seguro? ¿Qué pasa si no la presentan? Como se señalado previamente, en mérito a lo contemplado en la Cláusula Décimo Sexta del Mandato, el Operador del sistema deberá contratar una póliza de seguros y dicha obligación deberá ser plasmada en los contratos de operación suscritos entre las aerolíneas y el operador seleccionado por ellos. Cabe resaltar que la referida póliza de seguros deberá ser presentada por el Usuario Intermedio como requisito <u>para acceder a la infraestructura</u>, por lo que se han tomado las medidas del caso para mitigar la posible no presentación de dicho documento por parte del operador; de igual forma, no se observa que mediante un contrato entre LAP y el operador del servicio se disminuya o elimine el riesgo de la no presentación de la mencionada póliza de seguro por parte del operador. En tal sentido, las Cláusulas incorporadas por el Regulador en el Mandato de Acceso no carecen de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que tampoco son arbitrarias. Por todo lo expuesto, han quedado desvirtuados los argumentos expresados por LAP en su recurso de reconsideración y -sin perjuicio de la inadmisibilidad de su solicitud de nulidad- queda claro que al no haberse prohibido al

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		Concesionario que celebre un contrato con el operador del sistema HBS, no se ha transgredido el ordenamiento jurídico vigente.
<u>Cláusula Tercera.- Del objeto del Mandato</u> El presente Mandato se suscribe al amparo de lo previsto en los artículos 7° y 19°, así como en el Anexo N° 2 (Servicios Esenciales) del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (REMA), así como el Artículo 4° literal d), y el Artículo 48° y siguientes del Reglamento de Acceso de LAP (REA LAP). La finalidad de este Contrato es otorgar al USUARIO INTERMEDIO el derecho de acceso al Uso de la Facilidad Esencial descrita en la cláusula Cuarta. En consecuencia, el presente Mandato de Acceso tiene por objeto determinar los términos, condiciones y cargo (s) aplicable (s) para que LAP otorgue al USUARIO INTERMEDIO el acceso a la Facilidad Esencial con el fin de que este pueda cumplir con inspeccionar el equipaje en bodega, el cual será prestado a través de un operador seleccionado por el mismo.	La propuesta de OSITRAN es incluir una obligación para que el Operador de HBS también cumpla en la misma medida con las obligaciones impuestas al UI, pese a que con él no se suscribirá ningún contrato. Se reitera la necesidad de contar con un contrato con el Operador, dado que, de lo contrario, LAP no tendrá ninguna herramienta para oponer al Operador ante un incumplimiento de un contrato suscrito con un UI. Tener en cuenta los comentarios mencionados en el punto anterior. <u>Escrito N° 02</u> Si bien LAP ha manifestado su conformidad con el texto de dicha cláusula, persisten en la necesidad de suscribir un contrato con el operador del Sistema HBS, caso contrario, participar en calidad de “interviniente” en los contratos que los usuarios intermedios suscriban con el operador del sistema, de lo contrario, LAP no tendrá ninguna herramienta para oponer al operador ante un incumplimiento de éste.	Respecto a lo señalado por LAP, se hace referencia al análisis efectuado para la definición de “Operador del Sistema de Inspección de Equipaje de Bodega”, el cual concluye que en el Mandato de Acceso se regulan todas las condiciones necesarias para que el Operador del sistema HBS seleccionado por las aerolíneas, cumpla con sus obligaciones normativas, y estas deben ser replicadas en el contrato de operación a suscribir con las aerolíneas, sin necesidad de la suscripción de un contrato de operación con LAP. Dicha obligación se encuentra en la cláusula décima del Mandato de Acceso, el mismo que se encuentra redactado de la siguiente manera: <i>“Cláusula Décima. - Obligaciones del Usuario Intermedio (...) u) Cumplir con los procedimientos de uso/operación y otros del Sistema HBS que LAP establezca, los cuales forman parte de las Normas Obligatorias de Operación y Mantenimiento de LAP, los cuales deberán ser cumplidos en los mismos términos por el Operador del Sistema HBS que el USUARIO INTERMEDIO haya contratado, bajo responsabilidad”.</i> Cabe precisar que esta obligación se encuentra sujeta a la aplicación de penalidades de acuerdo a lo establecido en el último párrafo de la cláusula décima del Mandato. En tal sentido, no se acepta lo solicitado por el Concesionario.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
Cláusula Décima.- Obligaciones del Usuario Intermedio <i>10.1 Sin perjuicio de las demás obligaciones a cuyo pleno cumplimiento se compromete en virtud de este Contrato, el Usuario Intermedio se obliga a:</i> (...) <i>f) Cumplir con pagar oportunamente a quien corresponda por los servicios que reciba en el marco del acceso a las Facilidades Esenciales otorgados mediante el presente Contrato, a fin de que las operaciones no se vean afectadas, directa ni indirectamente, por algún eventual incumplimiento de sus obligaciones frente a terceros.</i>	OSITRAN elimina esta obligación indicando que corresponde a los UI y el Operador fijar las condiciones de pago, así como las tarifas y penalidades. Sin perjuicio de ello, OSITRAN no indica qué acciones puede tomar LAP frente a dichos incumplimientos de pago que pueden afectar la continuidad de la operación y el servicio de inspección de equipajes, a diferencia de la posibilidad de responsabilidad solidaria que brinda OSITRAN en el Mandato de Acceso, ante la ocurrencia de daños a la infraestructura. Por tanto, insistimos en que se incluya esta cláusula <u>Escrito N° 02</u> OSITRAN señala que no se acepta la propuesta porque presuntamente LAP no ha sustentado la necesidad de su inclusión. Esto porque no se ha señalado qué pagos que realicen a terceros podrían afectar las operaciones dentro del AIJC. Sin embargo, la decisión de OSITRAN es ilegal en este extremo, pues el REMA no exige demostrar que un eventual incumplimiento de las obligaciones que asumen los Usuarios Intermedios – como el previsto en la propuesta de cláusula de LAP -, tenga que generar afectación a la operatividad del servicio y del aeropuerto mismo, a efectos de justificar la razonabilidad de la cláusula que se propone. Sin perjuicio de ello, la razonabilidad de la propuesta de cláusula es bastante evidente: los Usuarios Intermedios mantienen relaciones comerciales con terceros en el marco del acceso a las facilidades esenciales – como es el caso precisamente del servicio que les brinda el operador del Sistema HBS-, por lo que es necesario que éstos mantengan indemne a LAP en caso incumplan el pago de sus obligaciones frente a esos terceros. En ese sentido, se puede advertir que la decisión del OSITRAN carece de toda razonabilidad y proporcionalidad, más aún considerando que el Regulador no indica qué acciones puede tomar LAP frente a dichos incumplimientos de pago que pueden afectar la continuidad de la operación y el servicio de inspección de equipajes en bodega. La arbitrariedad de la decisión de OSITRAN, también se hace evidente por el hecho de que contraviene el derecho contractual que nuestra	Con relación a lo señalado por LAP, nos remitimos al análisis efectuado en la definición “Operador del Sistema de Inspección de Equipaje de Bodega” del presente informe, referido a una posible suspensión o interrupción del servicio por falta de pago de los Usuarios Intermedios al operador del Sistema HBS. Además, la relación comercial por el servicio de inspección de equipaje es entre las aerolíneas y el operador seleccionado por ellas, en tal sentido, corresponde a las partes de esa relación fijar las condiciones de pago, así como las tarifas y penalidades a aplicar por dicho servicio. Ante un presunto incumplimiento de pago, el operador del servicio afectado por dicho incumplimiento podría contar con un mecanismo contractual que le permita exigir dicho pago, como la ejecución de una Carta Fianza, por ejemplo, sin la necesidad de llegar a interrumpir el servicio. Asimismo, siendo que la obligación de inspeccionar el equipaje en bodega proviene del artículo 9.2 de la Ley de Seguridad de la Aviación Civil, el cual señala que “<i>los explotadores aéreos son responsables de la aceptación e inspección del equipaje no acompañado (facturado), de la carga y correo, que será transportado en sus aeronaves</i>”, los Usuarios Intermedios son los principales interesados en cumplir con los pagos a su operador, puesto que podrían ver interrumpida su operación y, de ser el caso que incumplan con su obligación de inspección de equipaje, ser sancionados por la autoridad responsable de supervisar la seguridad aeroportuaria (DGAC) en el Perú.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	representada tiene reconocido en virtud de las normas de derecho privado para proteger adecuadamente su interés. Este derecho, ya ha sido ampliamente sustentado en el numeral 3.1 del presente escrito. Consecuentemente, dado que se ha demostrado que la decisión del OSITRAN no solamente contraviene el REMA, sino también los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la Resolución es NULA, de acuerdo con la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10º del TUO de la LPAG, por lo que se debe declarar fundado nuestro recurso de reconsideración en este extremo.	Por otro lado, LAP manifiesta que el Regulador no ha aceptado su propuesta porque presuntamente este no ha sustentado la necesidad de su inclusión, puesto que no ha señalado qué pagos que realicen a terceros podrían afectar las operaciones dentro del AIJC. Sobre el particular, lo indicado por LAP no es correcto, dado que en el Informe N° 0019-2020-IC-OSITRAN no se señaló que la propuesta de LAP no se aceptaba por dicho motivo, sino porque <i>“La relación comercial por el servicio de inspección de equipaje es entre las aerolíneas y el operador seleccionado por ellas, en tal sentido, corresponde a las partes de esa relación fijar las condiciones de pago, así como las tarifas y penalidades a aplicar por dicho servicio.”</i>, posición que reafirmamos. En tal sentido, en vista de que lo argumentado por LAP parte de una premisa incorrecta, la misma carece de sustento Sin perjuicio de ello, debemos indicar que en el literal d) del artículo 8 del REMA se regula que <i>“Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso”</i>; asimismo, en el caso del TUO LPAG en el que se regula el principio de razonabilidad el cual es aplicable a los procedimientos de acceso a una facilidad esencial, este establece de manera general que las decisiones de las entidades públicas deben mantener <i>“la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”</i>. Por tanto, en un procedimiento de

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		acceso a una facilidad esencial, se tendrá que evaluar la razonabilidad de las condiciones de dicho acceso, por lo que carece de asidero la alegada contravención al REMA. Asimismo, en caso LAP se vea afectado frente a dichos incumplimientos de pago que pueden afectar la continuidad de la operación y el servicio, este podrá aplicar penalidades a las líneas aéreas por dicha afectación a fin de que el servicio sea restaurado, puesto que la continuidad del servicio les corresponde a las líneas aéreas dado que son ellas quienes están contratando a su operador y son los responsables de este. En cuanto a que la decisión de OSITRAN contraviene el derecho contractual, nos remitimos al análisis efectuado en la definición “Operador del Sistema de Inspección de Equipaje de Bodega” del presente informe. Por lo antes expuesto, no se acepta la obligación propuesta por LAP.
<i>j) No emitir comunicados de prensa o notas de prensa que se deriven de la relación contractual existente en virtud del presente contrato, sin previa autorización y coordinación con LAP. Esta obligación seguirá subsistente aún cuando la vigencia del presente contrato haya finalizado.</i>	El análisis de OSITRAN no ha incluido la nueva propuesta de LAP a dicha obligación, realizada en la Segunda Reunión de Negociación a los UI. En dicha propuesta LAP eliminó la referencia de "sin previa autorización", quedando la obligación de coordinación entre las UI y LAP. Tal cual se indica en la siguiente redacción: “j) No emitir Comunicados de Prensa o Notas de Prensa que se deriven de la relación contractual existente en virtud del presente Contrato, sin previa comunicación al Área de Marketing y Comunicación Corporativa de LAP a través del correo electrónico comunicaciones@lima-airport.com.” Sin perjuicio de ello, el objetivo de incluir esta obligación es la de saber si los clientes se quejan fuera de LAP, antes de que aparezca en prensa.	LAP señala que OSITRAN no consideró la nueva propuesta como resultado de la Segunda Reunión de Negociación con los Usuarios Intermedios, la cual elimina la referencia “sin previa autorización” al texto del literal j) referido a la emisión de comunicados de prensa por parte de las aerolíneas. Sin perjuicio de lo señalado por LAP, consideramos que los comunicados de prensa es un tema de gestión interna del Concesionario y además no guarda relación con el acceso a la facilidad esencial, por tanto, no debe condicionar la prestación del servicio esencial al Usuario

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
		Intermedio, más aún si su incumplimiento se encuentra sujeto al pago de la penalidad establecida en la Cláusula Décimo Séptima del Mandato de Acceso. No se acepta la propuesta de LAP.
LAP propone una serie de modificaciones que resultan necesarias para la ejecución del Mandato de Acceso a determinadas cláusulas: Cláusula Décima. - Obligaciones del USUARIO INTERMEDIO. - e) Cumplir con el oportuno pago del Cargo de Acceso a qué se refiere la Cláusula Sexta del presente Mandato, y de ser el caso, de las Penalidades a que se refiere la Cláusula Décimo Séptima, así como cualquier obligación de pago dentro de los plazos señalados para tales efectos, en el presente Mandato.	De acuerdo con LAP, OSITRAN no ha incluido en el Mandato la obligación del Usuario Intermedio de entregar a LAP el “Reporte de pasajeros” ni tampoco un plazo para su cumplimiento. Asimismo, LAP propone un mecanismo para que, en caso de incumplimiento del Usuario Intermedio, no se interrumpa el proceso de facturación. Cláusula 10.1 e) Cumplir con el oportuno pago del Cargo de Acceso a que se refiere la Cláusula Sexta del presente Contrato, y de ser el caso, las Penalidades a que se refiere la Cláusula Décimo Séptima, así como cualquier obligación de pago dentro de los plazos señalados para tales efectos, en el presente Contrato. Para efectos del pago del cargo de acceso, el USUARIO INTERMEDIO deberá remitir a LAP el Reporte de Pasajeros señalado en la Cláusula Segunda del presente Contrato, máximo hasta el quinto día calendario del siguiente mes a facturar. En caso de que el USUARIO INTERMEDIO no cumpla con remitir a LAP el Reporte de Pasajeros dentro del plazo establecido en el presente numeral LAP tomará como data la información de movimiento de pasajeros que tiene disponible, para proceder con la facturación del Cargo de Acceso correspondiente, y aplicará la penalidad respectiva por dicho incumplimiento.	Conforme se ha señalado en el literal A del presente informe, esta solicitud formulada por el Concesionario debe ser declarada inadmisibles. Sin perjuicio de ello, se observa que el Mandato de Acceso contiene algunas cláusulas que el Concesionario puede utilizar a fin de que el Usuario Intermedio cumpla con la presentación de la información requerida para la emisión de la factura, como el literal r) de la cláusula Décima del Mandato que señala lo siguiente: <i>r) Atender oportuna y satisfactoriamente los pedidos de información y/o documentación formulados por LAP que se encuentren relacionados de manera directa con el presente Mandato.</i> Cabe indicar que, cualquier incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Mandato de Acceso está sujeta a la aplicación de las penalidades previstas en la cláusula Décimo Séptima.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
Cláusula Décima. - Obligaciones del USUARIO INTERMEDIO. - w) No existe Anexo 5 – No existe	LAP propone la inclusión de la siguiente obligación: “Seleccionar y contratar a un Operador que cumpla con los requisitos establecidos en el Anexo N° 05, para que LAP pueda brindarle acceso a su personal”. LAP ha establecido determinados estándares técnicos a fin de garantizar un óptimo nivel de operaciones dentro del AIJC. En atención a ello, se exige a las LLAA que tomen en cuenta dichos requisitos a fin de seleccionar al Operador del Sistema HBS, lo cual se encuentra incluido en el Anexo 5 propuesto. Como se ha visto hasta el día de hoy, existe una falta de pago por parte de las LLAA al actual Operador de hasta seis (6) meses, lo que ha originado falta de liquidez de esta compañía. Por tanto, en el Anexo 5 se han incluido determinados requisitos económicos que las LLAA deben requerir al Operador, con la finalidad que, ante un escenario como el actual, la empresa contratada sea lo suficientemente rentable y económicamente segura a fin que no tome como una medida suspender las operaciones del Sistema HBS. Adicionalmente, en el mencionado Anexo hemos incluido las condiciones mínimas que debe contemplar el contrato entre las LLAA y el Operador HBS, así como los niveles de servicio que deben ser exigidos a dicha compañía al operar el Sistema HBS. Los mencionados estándares y condiciones conforman el Anexo N° 5 del Mandato de Acceso, el mismo adjuntamos al presente documento.	Conforme se ha señalado en el literal A del presente informe, esta solicitud formulada por el Concesionario debe ser declarada inadmisibles; sin perjuicio de ello, consideramos que LAP, como responsable de los Bienes de la Concesión, podría remitir la información contenida en el Anexo N° 05 a los Usuarios Intermedios a fin de que tengan en consideración aquellos requerimientos técnicos que debe de tener el operador del Sistema HBS, independientemente de los permisos y certificaciones que deben de contar para operar en el AIJCH.
y) No existe	Es necesario que las LLAA informe a LAP el Operador seleccionado por estas, debido a que al no contar con esta información generaría incertidumbre dentro de las operaciones que se realizan dentro del Aeropuerto. Cabe indicar que, a pesar de los requerimientos de información efectuados a todas las LLAA respecto de la selección del Operador, a la fecha LAP no ha recibido respuesta alguna por parte de estas. En ese sentido, LAP propone la incorporación de la siguiente cláusula:	Conforme se ha señalado en el literal A del presente informe, esta solicitud formulada por el Concesionario debe ser declarada inadmisibles; sin perjuicio de ello, cabe precisar que, el Anexo 1 del REA de LAP establece los Requisitos Específicos según cada Servicio Esencial, dentro de los cuales se encuentra el Programa de Seguridad del AIJCH y son de estricto cumplimiento por los Usuarios Intermedios que accedan a prestar servicios esenciales en el AIJCH.

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	<i>“Cumplir con comunicar a LAP, los datos del OPERADOR que brindará el Servicio de Inspección de Equipaje en bodega al USUARIO INTERMEDIO en un plazo de siete (7) días contados desde su selección. Junto con ello, el USUARIO INTERMEDIO deberá remitir a LAP la información requerida del Operador que se indican en el Anexo No. 5. Asimismo, el USUARIO INTERMEDIO deberá gestionar en un plazo de siete (7) días contados desde la selección del Operador – y siguiendo los procedimientos de LAP- las facilidades de ingreso del personal del Operador a fin que pueda realizar la operación del Sistema HBS.</i> <i>Si el USUARIO INTERMEDIO decidiera cambiar de Operador, deberá informar su decisión a LAP, en un plazo máximo de 60 días anticipados a la fecha en que el nuevo Operador inicie la prestación del servicio. Este nuevo Operador también deberá cumplir con las condiciones indicadas en el Anexo N° 5 del presente Mandato. LAP deberá intervenir en el contrato con el nuevo operador, conforme a lo regulado en la siguiente cláusula del presente Mandato”.</i>	En tal sentido, el Usuario Intermedio tiene la obligación de presentar y acreditar al personal del operador previo al inicio de la prestación del servicio de inspección de equipaje facturado. Asimismo, considerando que es un Servicio Esencial para completar la cadena logística de transporte aéreo, se recomienda que las partes coordinen algunos aspectos relacionados a la transición entre el operador actual del Sistema HBS y el operador a seleccionar por los Usuarios Intermedios, a fin de no arriesgar la continuidad de las operaciones.
z) No existe	Consideramos que es necesario que LAP intervenga en estos contratos con la finalidad de salvaguardar la adecuada operación del Sistema HBS, infraestructura que es de responsabilidad de LAP como Concesionario del Aeropuerto. <i>“Luego de haber informado a LAP los datos del Operador seleccionado para prestar el servicio del Sistema HBS, hacer partícipe a LAP de la negociación para la suscripción del contrato correspondiente con dicho Operador, a fin de que esta sea parte del mismo”.</i>	Respecto a la participación de LAP como interviniente en la suscripción del Contrato de Operación, reiteramos la opinión del Regulador señalada en el Informe N° 0019-2020-IC-OSITRAN, que señala que dicha solicitud no es aceptable, puesto que en el Contrato entre los Usuarios Intermedios y el operador del Sistema HBS se negociarán otras condiciones que no necesariamente LAP debe de tener conocimiento ni formar parte. En tal sentido, no se acepta la propuesta de LAP.
Anexo 4	El Anexo 4 que forma parte del Mandato de Acceso aprobado por OSITRAN, no concuerda con la definición de Facilidad Esencial establecida en la Cláusula Cuarta del Mandato. Por tanto, en caso OSITRAN se mantenga en la posición de considerar que el componente	En el Informe N° 0019-2020-IC-OSITRAN, que sustenta el Mandato de Acceso, se requirió que el Concesionario deberá de efectuar la modificación correspondiente en el Anexo 4 del Mandato,

Redacción del Mandato de Acceso	Comentario de LAP	Análisis - OSITRAN
	de Fajas no forma parte de la Facilidad Esencial del Sistema HBS, se deben hacer los ajustes correspondientes en el mencionado Anexo.	"Equipos e instalaciones que conforman el Sistema HBS", acorde a la definición de " Sistema de Inspección de Equipaje en Bodega (Sistema HBS) ", en tal sentido, el Concesionario deberá de efectuar dicha modificación en el referido Anexo.