

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**Nº 042-2013-CD-OSITRAN****Lima, 01 de julio de 2013****VISTOS:**

El recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o la Sociedad Concesionaria), contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 015-2013-CD-OSITRAN, el Informe Nº 021-13-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2013, emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo;

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 de la Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, y el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, por su parte, el literal b) del numeral 3.1 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia;

Que, el artículo 27 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función reguladora permite al Regulador determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito de competencia, así como los principios y sistemas tarifarios que resulten aplicables;

Que, con fecha 11 de mayo de 2011, se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante el "Contrato de Concesión") entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y APM Terminals Callao S.A. en calidad de Sociedad Concesionaria;

Que, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 8.23 de su Contrato de Concesión, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la Sociedad Concesionaria cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda; precisando que en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base del contenido en el Anexo 5;

Que, asimismo, la referida cláusula establece que la Sociedad Concesionaria antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se

**OSITRAN**
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

trate de servicios nuevos, tal como están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI, con copia al Regulador, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia; destacando que, en caso INDECOPI se pronuncie señalando que no existan condiciones de competencia, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda;

Que, el 24 de octubre de 2011, mediante Carta N° 506-2011/PRE-INDECOPI, INDECOPI remite el Informe Técnico N° 162-2011/GEE, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI a OSITRAN, mediante el cual señalaron que no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio denominado "Uso de Barreras de Contención";

Que, el 30 de mayo de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2012-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 005-012-GRE-GAL-OSITRAN, el OSITRAN aprobó el inicio de procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, con el objeto de determinar si el servicio "Uso de barreras de contención" forma o no parte del servicio estándar;

Que, el 6 de diciembre de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 025-12-GRE-GAL-OSITRAN, se interpretó la Cláusula 8.19 en el sentido que dicho servicio se trata de un Servicio Especial;

Que, el 1 de marzo de 2013, mediante Carta N° 022-2013-APMTC/GC, APMT solicitó a OSITRAN, el inicio de procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial "Uso de Barreras de Contención";

Que, luego de revisar y discutir el Informe N° 007-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo dispuso el inicio del procedimiento de fijación tarifaria, a pedido de parte, del Servicio Especial de "Uso de barrera de Contención" y se estableció una tarifa provisional, para el servicio especial ascendente a US\$ 242,00 por día o fracción hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente;

Que, con fecha 8 de mayo de 2013, mediante Oficio Circular N° 022-13-SCD-OSITRAN, se notificó a APMT la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN y el Informe N° 007-2013-GRE-GS-GAL-OSITRAN que forma parte integrante de la Resolución antes referida;

Que, con fecha 29 de mayo de 2013, la Sociedad Concesionaria interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN en el extremo referido al establecimiento de la tarifa provisional ascendente a US\$ 242,00 (Doscientos Cuarenta y Dos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción para el Servicio Especial de "Uso de barreras de contención," solicitando que la Resolución sea modificada en dicho extremo, y se determine que la tarifa provisional para la prestación de dicho Servicio Especial ascienda a US\$ 470,00 (Cuatrocientos setenta y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente;



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

ISO 9001
BUREAU VERITAS
Certification





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, posteriormente, el mismo 29 de mayo de 2013, mediante Carta s/n denominada "Ampliación del Recurso de Reconsideración," solicitó al OSITRAN modificar la Resolución APMT a fin que la tarifa provisional ascienda a US\$ 477.52 (Cuatrocientos Setenta y Siete y 52/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente;

Que, mediante Carta s/n de fecha 05 de junio de 2013, APMT solicitó audiencia para hacer uso de la palabra ante el Consejo Directivo, la misma que se llevó a cabo en la sesión de fecha 24 de junio de 2013;

Que, con fecha 26 de junio de 2013, mediante Informe N° 021-13-GRE-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal de OSITRAN recomiendan a este Consejo Directivo, declarar improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN;

Que, luego de deliberar el Consejo Directivo expresa su conformidad respecto del Informe 021-13-GRE-GAL-OSITRAN, el cual se adjunta y forma parte del sustento y motivación de la presente Resolución, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, y conforme a las funciones y atribuciones previstas en el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917, el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el artículo 27° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar improcedente el Recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN, por los fundamentos contenidos en el Informe N° 021-13-GRE-GAL-OSITRAN.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 021-13-GRE-GAL-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria APM Terminals Callao S.A.; así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Autoridad Portuaria Nacional, para los fines correspondientes.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, en el diario oficial El Peruano y, disponer la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 021-13-GRE-GAL-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.PD.N° 18566-13



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

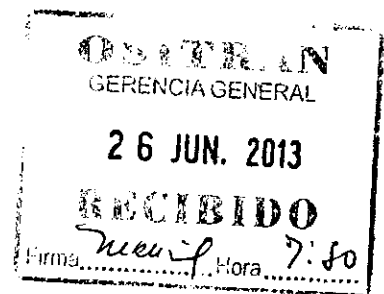


INFORME N° 021-13-GRE- GAL-OSITRAN

Para: **WILLIAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General (e)

De: **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal



Asunto: Reconsideración contra la Resolución N° 015-2013-CD-OSITRAN

Fecha: 26 de junio de 2013

I. OBJETIVO

1. Analizar la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa APM Terminals Callao (en adelante, APMT o el Concesionario), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN (en adelante, la Resolución) que, mediante la cual se dispuso el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "Uso de Barrera de Contención" y se estableció una tarifa provisional para la prestación de dicho Servicio Especial ascendente a US\$ 242,00 (Doscientos Cuarenta y Dos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente.
2. Cabe señalar que APMT interpone el Recurso de Reconsideración únicamente en el extremo de la Resolución que fijó la tarifa provisional de US\$ 242,00 (Doscientos Cuarenta y Dos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción para el Servicio Especial de "Uso de barreras de contención." Al respecto, APMT solicita que la Resolución sea modificada en dicho extremo, y se determine que la tarifa provisional para la prestación de dicho Servicio Especial ascienda a US\$ 477,52 (Cuatrocientos setenta y siete y 52/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente.

II. ANTECEDENTES

3. El 11 de julio de 2011, APMT mediante Carta s/n remitió su propuesta del servicio especial denominado "Uso de Barrera de Contención" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).
4. El 11 de julio de 2011, APMT mediante Carta s/n remitió a OSITRAN copia de la Carta dirigida a Indecopi.
5. Con fecha 24 de octubre de 2011, Indecopi mediante Carta N° 506-2011/PRE-INDECOPI, remitió el Memorando N° 221-2011/ST-CLC-INDECOPI y el Informe N° 162-2011/GEE, elaborados por la Secretaria Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, respectivamente.
6. El 30 de mayo de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2012-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 005-012-GRE-GAL-OSITRAN, el OSITRAN aprobó el inicio de procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.19 del Contrato de



Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, con el objeto de determinar si el servicio "Uso de barreras de contención" forma o no parte del servicio estándar.

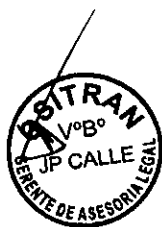
7. El 6 de diciembre de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 025-12-GRE-GAL-OSITRAN, se interpretó la Cláusula 8.19 en el siguiente sentido:

"(...)

El uso de barreras de contención no resulta indispensable, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de embarque o descarga de la carga a granel líquida en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario de constituyéndose en un Servicio Especial."

[El subrayado es nuestro]

8. El 1 de marzo de 2013, mediante Carta N° 022-2013-APMTC/GC, APMT solicitó a OSITRAN, el inicio de procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial "Uso de Barreras de Contención".
9. Mediante el Informe N° 007-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Regulación, Supervisión y de Asesoría Legal realizaron el análisis respectivo, con el objeto de determinar si correspondía dar inicio al procedimiento de fijación tarifaria a pedido de parte del Servicio Especial "Uso de Barreras de Contención".
10. Luego de revisar y discutir el Informe N° 007-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo dispuso el inicio del procedimiento de fijación tarifaria, a pedido de parte, del Servicio Especial de "Uso de barrera de Contención" y se estableció una tarifa provisional, para el servicio especial ascendente a US\$ 242,00 por día o fracción hasta que se concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente.
11. Con fecha 8 de mayo de 2013, mediante Oficio Circular N° 022-13-SCD-OSITRAN, se notificó a APMT la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN y el Informe N° 007-2013-GRE-GS-GAL-OSITRAN que forma parte integrante de la Resolución antes referida.
12. Con fecha 29 de mayo de 2013, el Concesionario interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN en el extremo referido al establecimiento de la tarifa provisional ascendente a US\$ 242,00 (Doscientos Cuarenta y Dos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción para el Servicio Especial de "Uso de barreras de contención," solicitando que la Resolución sea modificada en dicho extremo, y se determine que la tarifa provisional para la prestación de dicho Servicio Especial ascienda a US\$ 470,00 (Cuatrocientos setenta y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente.
13. Posteriormente, el mismo 29 de mayo de 2013, mediante Carta s/n denominada "Ampliación del Recurso de Reconsideración," APMT solicitó al OSITRAN modificar la Resolución a fin que la tarifa provisional ascienda a US\$ 477.52 (Cuatrocientos Setenta y Siete y 52/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente.



14. Mediante Carta s/n de fecha 05 de junio de 2013 APMT solicitó una audiencia para hacer uso de la palabra.
15. Con fecha 24 de junio de 2013, se llevó a cabo la diligencia de Informe Oral ante el Consejo Directivo, en la que el Concesionario hizo uso de la palabra.

III. ANÁLISIS

16. Tal como ya se ha señalado, APMT mediante su Recurso de Reconsideración impugna la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN en el extremo que estableció la tarifa provisional de US\$ 242,00 Doscientos Cuarenta y Dos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción para el Servicio Especial de "Uso de barreras de contención, solicitando que la tarifa provisional para la prestación de dicho Servicio Especial ascienda a US\$ 477,52 (Cuatrocientos setenta y siete y 52/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente.
17. A fin de emitir un pronunciamiento con relación a los argumentos contenidos en el recurso de reconsideración interpuesto por AMPT, se ha considerado pertinente que la sección correspondiente al análisis siga la siguiente estructura:

III.1. Análisis sobre la admisibilidad del recurso de reconsideración

III.2. Análisis sobre la procedencia del recurso de reconsideración

III.1 ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

18. Los recursos administrativos se encuentran regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En efecto, el numeral 1 del artículo 206º de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece la facultad de contradicción frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, la misma que procede a través de los recursos administrativos de reconsideración, apelación y revisión señalados en el numeral 1 del artículo 207º del mismo cuerpo normativo.
19. El artículo 208º de la Ley de Procedimiento Administrativo General prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
20. Con relación al recurso de reconsideración, según MORÓN URBINA *"El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, (...) Presume que si la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar el sentido para evitar el control posterior del superior"*¹.

¹ Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina, en la obra "Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", al referirse al artículo 207º- Recursos administrativos de la Ley Nro. 27444, afirma que "Resulta consustancial a la naturaleza del recurso que sea planteado por el administrado (...) por cuanto para contradecir es necesario sustentar que la decisión ocasiona un agravio al interesado."



21. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios.
22. Asimismo, el artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer los recursos administrativos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto².
23. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
- ✓ Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - ✓ Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
 - ✓ Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días perentorios, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - ✓ Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
 - ✓ Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y sea autorizado por letrado.
24. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN.
- a. La Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN, que dispuso dar inicio al procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "Uso de Barrera de Contención" y estableció una tarifa provisional para la prestación de dicho servicio, ascendente a US\$ 242,00 por día o fracción, hasta que el OSITRAN concluya el procedimiento de fijación tarifaria correspondiente, fue emitida por el Consejo Directivo. APMT interpuso ante el mismo órgano el recurso de reconsideración. Dado que la resolución que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el recurso de reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor (el Consejo Directivo), se entiende cumplido el primer requisito.
- b. El Consejo Directivo del OSITRAN ejerce de manera exclusiva la función reguladora del organismo, puesto que, de acuerdo con los artículos 5° y 6° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificatorias (en adelante, el RETA), y el artículo 28° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, (en adelante, el REGO), es competencia de éste órgano ejercer tal función. Además, según lo prescrito por el artículo 6°, concordado con el artículo 1° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la máxima autoridad de OSITRAN es el Consejo Directivo. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración a que se alude en el artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. En



² Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

"212.- Acto Firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto (...)"

consecuencia, el segundo requisito también se ha cumplido en la interposición del recurso de reconsideración.

- c. Conforme lo establece el numeral 1 del artículo 133º de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que APMT fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN, el 8 de mayo de 2013, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración venció el 29 de mayo de 2013, día en que se presentó el recurso al OSITRAN; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 2 del artículo 207º de la LPAG.
 - d. Con la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2013-CD-OSITRAN, se dio inicio al procedimiento de fijación tarifaria y se estableció una tarifa provisional aplicable al Servicio Especial de "Uso de Barrera de Contención", el cual es prestado exclusivamente por la Sociedad Concesionaria. En ese orden de ideas, APMT tiene legítimo interés en el tema materia de resolución por el acto administrativo impugnado. Por tanto, al tener legítimo interés, APMT también tiene el derecho de interponer los recursos de reconsideración en contra del referido acto administrativo.
25. El recurso de reconsideración interpuesto por APMT, presentado el 29 de mayo de 2013, consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113º de la LPAG. En conclusión, se debe considerar que el recurso de reconsideración interpuesto por APMT ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en la LPAG.

III.2. ANÁLISIS SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

26. A fin de poder analizar la procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por APMT, se procederá a desarrollar el marco contractual y normativo que regula el Contrato de Concesión, así como el procedimiento de fijación tarifaria previsto en el Reglamento General de Tarifas (RETA) de OSITRAN.

El Contrato de Concesión

27. El Contrato de Concesión con relación al marco legal aplicable, establece lo siguiente:

1.23.68. Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato de Concesión y el Contrato de Asociación en Participación que la SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra en la obligación de cumplir. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, las Normas Regulatorias, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente."

1.23.73 Normas Regulatorias

Son los reglamentos, directivas y resoluciones que puede dictar el REGULADOR y que resulten aplicables a las Partes, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio.

1.23.94. REGULADOR



Es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, de acuerdo a lo que dispone la Ley N° 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el artículo 24° del reglamento que aprueba el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM), así como los actos administrativos que emita, son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

LEY APLICABLE

- 16.1 El Contrato de Concesión se registrará e interpretará de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Por tanto, expresa que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se registrarán por dicha legislación, la misma que la SOCIEDAD CONCESIONARIA declara conocer.

28. Por su parte, con relación al régimen económico, el Contrato de Concesión establece:

"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

(...)

- 8.23. Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica.

A solicitud de INDECOPI, la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE tendrán la obligación de presentar la información de la que dispongan, a efectos que INDECOPI realice el análisis de las condiciones de competencia. INDECOPI tendrá un plazo de setenta (70) Días Calendario para pronunciarse, contados a partir del Día siguiente de recibida la solicitud respectiva.

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismos términos condiciones. "

[El subrayado es nuestro]

Marco Legal aplicable al Contrato de Concesión



29. El literal b) del numeral 3.1) del artículo 3º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley Nº 27332; señala que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito.
30. En ese orden de ideas, el artículo 6 de la Ley de Creación de OSITRAN³, señala que OSITRAN ejerce las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias. Asimismo, el Literal b) del Numeral 7.1) del artículo 7º de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito.
31. Adicionalmente, los artículos 27º al 29º del REGO, precisan que en ejercicio de su función regulatoria, OSITRAN puede determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, estableciendo que el Consejo Directivo del OSITRAN ejerce la función reguladora de manera exclusiva. Además, se establece que el ejercicio de dicha función incluye, entre otros, la revisión de tarifas, el establecimiento de sistemas tarifarios por la utilización de la Infraestructura bajo su competencia.
32. En ese sentido, el artículo 5º del RETA⁴, establece que la regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva del OSITRAN.
33. Asimismo, los artículos 10º y 11º del RETA disponen que el régimen tarifario regulado es aplicable en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado; sin perjuicio de la aplicación de la normatividad legal y contractual vigente y las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.
34. Por otro lado, los artículos 9º y 24º del RETA establecen que dicho Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo contrato de concesión si este no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el contrato de concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos (artículos 9 y 24⁵).

El procedimiento de fijación tarifaria: la tarifa provisional y el inicio del procedimiento a solicitud de parte

35. Sobre el procedimiento de fijación tarifaria el RETA establece lo siguiente:

"Artículo 17.- Alcances de la fijación y revisión tarifaria

OSITRAN llevará a cabo procedimientos de fijación y revisión tarifaria de acuerdo a los siguientes alcances:

³ Ley Nº 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

⁴ Artículo 5.- Competencia exclusiva del OSITRAN

La regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transportes de Uso Público es competencia exclusiva del OSITRAN, con forme lo establece el Literal b) del numeral 7.1 de la Ley 26917. En tal sentido, corresponde al OSITRAN disponer: i) la fijación, revisión o desregulación de Tarifas Máximas, ii) el establecimiento de reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y iii) el establecimiento de Sistemas Tarifarios que incluyan las reglas para la aplicación de tarifas."

⁵ Ídem.



1. Corresponde al OSITRAN fijar de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora, las Tarifas para servicios nuevos.

(...)."

[El subrayado es nuestro]

"Artículo 22.- Emisión y publicación de las Resoluciones

La fijación, revisión o desregulación tarifaria se aprobará mediante Resolución del Consejo Directivo del OSITRAN, siendo aplicables para su emisión los procedimientos previstos en el presente Reglamento y en el marco normativo correspondiente.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

"Artículo 3°.- Definiciones

Para efectos de este Reglamento, los términos que inicien con mayúscula tendrán el significado que les asigna el Reglamento General del OSITRAN, o las definiciones contenidas en este artículo, según corresponda:

(...)

Fijación de Tarifas: Es el procedimiento administrativo que lleva a cabo el OSITRAN, conducente a la determinación de las Tarifas, peajes o cobros similares, aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, cuando se haya determinado previamente que los servicios en cuestión no se prestan en condiciones de competencia en el mercado.

Procedimiento: Es el conjunto de actos y diligencias conducentes a la emisión del acto administrativo relativo al procedimiento de fijación, revisión o desregulación de tarifas.

Tarifa: Es la contraprestación monetaria que se paga por la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Su denominación puede ser también, tasa, peaje u otro equivalente, siempre que responda a dicha naturaleza.

Tarifa Provisional: Tarifa, peaje u otro cobro similar aprobado por el OSITRAN, para la prestación de servicios por parte de las Entidades Prestadoras, que serán aplicables hasta que se produzca la aprobación de la tarifa definitiva.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

"Artículo 20. Tarifa Provisional

20.1. En el proceso de fijación de tarifas de servicios nuevos, el OSITRAN podrá fijar tarifas provisionales con el fin permitir la prestación del servicio en beneficio de los usuarios en tanto finalice el procedimiento de fijación tarifaria definitivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del presente Reglamento.

20.2. Excepcionalmente, el OSITRAN podrá fijar tarifas provisionales en aquellos procedimientos de fijación o revisión tarifaria, en que se sustente y acredite



debidamente la ocurrencia de hechos o eventos de fuerza mayor, y que puedan afectar la calidad y/o continuidad del servicio durante el periodo de fijación o durante periodos posteriores a la culminación del proceso de fijación o revisión tarifaria."

[El subrayado es nuestro]

36. El marco regulatorio antes expuesto, establece que la fijación tarifaria se realizará a través de un procedimiento administrativo de fijación tarifaria, a través del cual el OSITRAN determinará las tarifas aplicables a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, cuando se haya determinado previamente que los servicios en cuestión no se prestan en condiciones de competencia en el mercado. Dicho procedimiento podrá iniciarse de oficio como a solicitud de parte, siendo este último, el caso del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "Uso de barrera de contención."
37. Asimismo, se establece que el procedimiento de fijación tarifaria está conformado por el conjunto de actos y diligencias conducentes a la emisión del acto administrativo relativo al procedimiento de fijación tarifaria. El acto administrativo que pone fin al procedimiento es la Resolución del Consejo Directivo del OSITRAN, mediante la cual se aprueba la fijación tarifaria.
38. Asimismo, se dispone que dentro del procedimiento de fijación tarifaria, el OSITRAN tendrá la facultad discrecional de poder fijar una tarifa provisional, a fin de permitir que la Entidad Prestadora preste el servicio a aquel usuario que así lo solicite. Ello lleva necesariamente a distinguir entre tarifa provisional y tarifa definitiva, siendo ésta el resultado del proceso de fijación tarifaria a que se refiere el RETA. En efecto, si bien OSITRAN puede fijar una tarifa provisional esto no implica la culminación del procedimiento de fijación tarifaria, dado que ello se produce exclusivamente con la fijación de la tarifa definitiva.
39. En ese sentido, la fijación de la tarifa provisional por parte del Regulador, es el resultado del ejercicio de la potestad discrecional asignada a este que se produce todavía en un estadio temprano del procedimiento. Si bien en principio las decisiones basadas en el ejercicio de potestades discrecionales por parte de cualquier autoridad, son susceptibles de ser recurridas, en el presente caso dicha posibilidad se ve restringida debido a la naturaleza misma del recurso de reconsideración prevista en el RETA y en la LPAG, que limita la impugnación solamente a los actos decisorios definitivos y a cierto tipo de actos de trámite dentro de los cuales no se encuentra la tarifa provisional, tal como lo veremos más adelante.
40. Al ser una facultad discrecional del OSITRAN⁶, podría darse el caso que existan procedimientos de fijación tarifaria en los que no se fije una tarifa provisional; dependiendo de las circunstancias que se presenten o en caso no se configuren los supuestos que exige la norma; sin embargo, en el presente caso, el OSITRAN determinó establecer una tarifa provisional, a fin de que APMT pueda prestar el servicio a aquellos usuarios que así lo soliciten, pudiendo obtener a cambio un pago monetario en contraprestación al servicio brindado, beneficiándose así no solo los usuarios sino la misma Sociedad Concesionaria, ello en aplicación a los principios de libre acceso,



⁶ Ente que ejerce la función reguladora de manera exclusiva, conforme a lo establecido en los artículos 5° y 6° del RETA.

promoción de la cobertura y la calidad de la infraestructura, sostenibilidad de la oferta, entre otros, establecidos en el RETA.⁷

41. La finalidad de la tarifa provisional es permitir la prestación del servicio especial en tanto finalice el procedimiento de fijación tarifaria. No obstante, debe tenerse presente que el procedimiento de fijación tarifaria culmina luego de la publicación de la propuesta tarifaria elaborada por el OSITRAN, de la audiencia pública, de la recepción de comentarios de terceros interesados y la aprobación por parte del Consejo Directivo de la propuesta tarifaria que conllevará a la publicación de la misma, siendo esta la Resolución que finalmente fijará la tarifa del Servicio Especial de "Uso de Barreras de Contención," la misma que entrará en vigencia luego de transcurrido el plazo para la interposición del recurso impugnativo correspondiente.
42. Conforme a lo antes expuesto, tenemos que la fijación de una tarifa provisional:
- ✓ Es una facultad discrecional que tiene el OSITRAN, cuyo sustento se encuentra en la necesidad de que se brinde el servicio especial antes de la culminación del procedimiento de fijación tarifaria.
 - ✓ Es un acto que forma parte del procedimiento de fijación tarifaria y no constituye el acto que pone fin al mismo.
43. Ahora bien, el RETA establece una diversidad de disposiciones especiales que regulan el procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte, los cuales deben también tenerse en consideración para analizar la procedencia del recurso de reconsideración de APMT:

"Artículo 61. Inicio del procedimiento a instancia de parte

La Entidad Prestadora podrá solicitar al OSITRAN el inicio de un procedimiento de fijación, revisión y desregulación tarifaria.

La Gerencia de Regulación evaluará la admisibilidad de la solicitud presentada por la Entidad Prestadora.

(...)

Admitida la solicitud, la Gerencia de Regulación con el apoyo de la Gerencia de Asesoría Legal contará con un plazo máximo de treinta (30) días para evaluar la procedencia de la solicitud y presentar a la Gerencia General el informe respectivo. De requerirse opiniones adicionales, de acuerdo a la normativa vigente, el plazo se suspende. La Gerencia General lo someterá a consideración del Consejo Directivo en la sesión inmediata siguiente. El Consejo Directivo, sobre la base del Informe de la Gerencia de Regulación, emitirá la Resolución correspondiente relativa al inicio del procedimiento tarifario.

⁷ Artículo 18. Principios

El ejercicio de la función reguladora por parte del OSITRAN se sujeta a los límites y lineamientos a que se refieren los siguientes principios:

1. Libre Acceso: La actuación del OSITRAN en el ejercicio de la función reguladora, deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

2. Promoción de la Cobertura y la Calidad de la infraestructura: La actuación del OSITRAN en el ejercicio de la función reguladora contribuirá a la sostenibilidad de los servicios que se derivan de la explotación de la infraestructura y al aumento de la cobertura y calidad de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Para tal fin, se reconocerán retornos adecuados a la inversión, y se velará porque los términos de acceso a la prestación de los servicios derivados de la explotación de dicha infraestructura sean equitativos y razonables.

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



(...)."

[El subrayado es nuestro]

"Artículo 63.- Continuación del procedimiento

A partir de la aprobación de la Resolución que da inicio al procedimiento a instancia de parte será de aplicación lo establecido en los artículos referidos a la realización de audiencias."

"Artículo 56.- Evaluación de la propuesta tarifaria

La Gerencia de Regulación contará con un plazo no mayor de sesenta (60) Días, excepcionalmente prorrogables por un período máximo de treinta (30) Días adicionales, para presentar ante la Gerencia General la propuesta tarifaria adjuntando la información a que se refiere el Artículo 43.(...)"

"Artículo 42. Publicación de la propuesta tarifaria

OSITRAN deberá publicar en el Diario Oficial El Peruano y en su página web, la propuesta de fijación, revisión o desregulación tarifaria, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados, los cuales no tendrán carácter vinculante.

Una vez publicada la Resolución que incluya la Propuesta Tarifaria del OSITRAN resultante de un proceso iniciado a solicitud de parte, la Entidad Prestadora no podrá solicitar la modificación de su propuesta original o plantear metodologías alternativas a la presentada al inicio del procedimiento administrativo."

[El subrayado es nuestro]

"Artículo 57.- Presentación de comentarios a la propuesta tarifaria

Los interesados contarán con un plazo no menor de quince (15) Días ni mayor de treinta (30) Días, contados a partir de la publicación de la propuesta tarifaria, para efectos de presentar al OSITRAN sus comentarios, observaciones o aportes."

"Artículo 59.- Aprobación de la propuesta de fijación, revisión y desregulación tarifaria

La Gerencia de Regulación contará con un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo de presentación de comentarios de los interesados, para presentar a la Gerencia General el Informe que sustente las Tarifas Máximas relativas al procedimiento de Fijación, Revisión Tarifaria o Desregulación, así como la exposición de motivos, la matriz de comentarios hechos por los interesados y el proyecto de Resolución correspondiente.

En un plazo de cinco (5) Días, la Gerencia General evaluará el referido informe y en el caso de otorgar su conformidad, lo someterá a consideración del Consejo Directivo. En caso la Gerencia General presentara observaciones al informe, lo remitirá a la Gerencia de Regulación y señalará un plazo para su subsanación.

El Consejo Directivo contará con un plazo máximo de quince (15) Días, contados a partir de la fecha en que tome conocimiento del Informe de la Gerencia de Regulación, para dar su conformidad u observar dicho informe y emitir la correspondiente Resolución tarifaria. En caso de tener observaciones al informe, el Consejo Directivo lo remitirá a la Gerencia General y establecerá el plazo para responder a dichas observaciones."

[El subrayado es nuestro]



44. De la normatividad regulatoria antes expuesta, podemos observar claramente que el procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte comprende principalmente las siguientes etapas:

- ✓ Admisibilidad de la solicitud de inicio del procedimiento de fijación tarifaria (en adelante la solicitud de inicio).
- ✓ Evaluación sobre la procedencia de la solicitud de inicio. En caso de ser procedente el Consejo Directivo emitirá la correspondiente Resolución que da inicio al procedimiento de fijación tarifaria, la cual podría estar acompañada de una Tarifa Provisional⁸, en caso así lo determine el OSITRAN.
- ✓ Elaboración de la propuesta de fijación tarifaria por parte del OSITRAN y su respectiva publicación.
- ✓ Audiencia Pública.
- ✓ Presentación de comentarios a la propuesta de fijación tarifaria.
- ✓ Aprobación de la propuesta de fijación tarifaria por parte del Consejo Directivo.
- ✓ Emisión y publicación de la propuesta tarifaria.
- ✓ Entrada en vigencia de la tarifa.

La procedencia de recursos administrativos conforme al RETA y la LPAG

45. En el marco contractual y legal anteriormente descrito, el RETA establece cuáles son las resoluciones contra las cuales procede interponer recurso de reconsideración. En efecto, los artículos 73° y 74° del RETA establecen lo siguiente:

"Artículo 73.- Medios impugnatorios

Frente a las Resoluciones que aprueben la fijación, revisión o desregulación de Tarifas relativas a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras, y frente a las resoluciones tarifarias que pongan fin al procedimiento desestimando la fijación, revisión o desregulación correspondiente; las Entidades Prestadoras o las Organizaciones Representativas de Usuarios podrán interponer Recurso de Reconsideración ante el Consejo Directivo del OSITRAN. El recurso de reconsideración podrá ser interpuesto dentro de los quince (15) días posteriores a la fecha de recepción de la notificación correspondiente, conforme a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

El Consejo Directivo contará con un plazo máximo de treinta (30) días para resolver el recurso de reconsideración con base al informe elaborado por la Gerencia de Regulación."

(El Subrayado y el resaltado es nuestro)

46. En concordancia a lo antes señalado, la LPAG cuya aplicación es supletoria al presente caso, establece lo siguiente:

"Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá



⁸ Tarifa Provisional: Tarifa, peaje u otro cobro similar aprobado por el OSITRAN, para la prestación de servicios por parte de las Entidades Prestadoras, que serán aplicables hasta que se produzca la aprobación de la tarifa definitiva.

alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.”

“Artículo 207.- Recursos administrativos

207.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación
- c) Recurso de revisión”

“Artículo 208.- 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. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.”

47. Al respecto, CASSAGNE, señala lo siguiente:

“[El recurso de reconsideración] Procede tanto contra los actos definitivos o aquellos que sin tener ese carácter impidan totalmente el trámite de la impugnación (actos asimilables) y también con respecto de los actos interlocutorios o de mero trámite siempre que se afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo del administrado.”⁹

48. En palabras de MORÓN URBINA, los actos definitivos “son los actos que deciden el procedimiento y concluyen la instancia administrativa, cualquiera que sea su contenido, [pero] que debe dejarse claro que también se permite la impugnación de algunos de estos actos cuando por la naturaleza del estado del procedimiento o situación particular del administrado, le produzcan indefensión (por ejemplo, la denegación de la vista, declaración de la reserva de alguna parte del expediente, denegación de aportar prueba o realizar alegatos, acto de ejecución sin apercibimiento previo, etc.) o tengan como efecto, directo o indirecto, imposibilitar la continuación del procedimiento.”¹⁰ Por otro lado, continúa el referido autor, los actos de trámite que produzcan indefensión son “aquellos actos que aun sin tener la cualidad de definitivo, colocan al administrado en imposibilidad de defenderse de otro modo.”¹¹

49. De lo expuesto, se colige entonces que los administrados únicamente pueden formular recursos impugnatorios contra actos administrativos que ponen fin a la instancia -de ahí el nombre de actos definitivos-; y, a manera excepcional, contra actos de trámite que si bien no ponen fin a la instancia, obstaculizan el *iter procedimental* de la misma o, peor aún, producen una trasgresión al derecho de contradicción y debido procedimiento del que gozan los administrados.



⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Abeledo-Perrot S.A. Editorial e Imprenta. Buenos Aires, 1991. Tomo II, p. 393

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los Actos Administrativos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En Revista: Derecho y Sociedad Nº 17. PUCP.

¹¹ Ibidem.



50. Queda claro entonces que, en materia tarifaria, solamente cabe interponer recurso de reconsideración contra (i) las resoluciones expedidas en el marco de un procedimiento que apruebe la fijación, revisión o desregulación de tarifas definitivas relativas a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras; (ii) las resoluciones tarifarias que pongan fin al procedimiento desestimando la fijación, revisión o desregulación correspondiente; y (iii) los actos de mero trámite que implican la paralización del procedimiento administrativo o causan indefensión al administrado. Dentro de estos supuestos no se encuentra la tarifa provisional dado que esta no produce la culminación del procedimiento de fijación tarifaria.
51. Por tanto, antes de evaluar si el recurso de reconsideración plantea un error de hecho o de derecho, se deberá analizar si el mismo es presentado contra un acto administrativo que pone fin al procedimiento o contra un acto de mero trámite, en los términos antes señalados. En otras palabras, si el concesionario interpone un recurso de reconsideración contra una resolución que emita el Consejo Directivo que no ponga fin al procedimiento tarifario, que no implique la paralización del procedimiento tarifario o que no cause indefensión al administrativo, corresponderá que este Colegiado declare -de plano- la improcedencia del referido recurso.

Análisis del caso concreto

52. Teniendo en consideración las etapas que conforman el procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte establecido en el RETA, queda claro que la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN, sustentada con el Informe N° 007-13-GRE-GAL-OSITRAN, materia de impugnación, no constituye un acto administrativo que apruebe la fijación de la tarifa entendida como la fijación de la tarifa definitiva aplicable al servicio a ser prestado por el concesionario y tampoco pone fin al procedimiento tarifario. Dicha resolución únicamente fija una tarifa provisional, que se aplica con la finalidad que el Concesionario pueda prestar el servicio en tanto finalice el procedimiento de fijación tarifaria definitivo.
53. Asimismo, debemos señalar que la Resolución impugnada no constituye un acto administrativo que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento tarifario, toda vez que actualmente el procedimiento de fijación tarifaria se encuentra en pleno trámite, específicamente en la etapa en la que OSITRAN deberá elaborar la Propuesta de Fijación Tarifaria para el Servicio Especial de "Uso de Barrera de Contención".
54. Como se ha visto anteriormente, como parte del desarrollo del procedimiento de fijación tarifaria, la tarifa será publicada, se recabarán los comentarios de los terceros interesados y la misma será expuesta a través de la correspondiente audiencia pública, siendo posteriormente objeto de evaluación por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, a fin de determinar su aprobación. En caso sea aprobada por el Consejo Directivo, se emitirá y se publicará la Resolución respectiva, siendo únicamente esta última Resolución la que podría ser objeto de impugnación, de conformidad al RETA y a la LPAG.
55. En el mismo sentido, la Resolución en cuestión tampoco constituye un acto administrativo que produzca indefensión a APMT, por las siguientes razones:
- a) APMT tiene la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en el momento que se expida la resolución que ponga fin al procedimiento tarifario, que es la etapa en la que se fija la tarifa definitiva.
 - b) La tarifa provisional es fijada en ejercicio de una facultad discrecional del OSITRAN, decisión que, como ya hemos mencionado, no resulta recurrible por no constituir un acto definitivo, en ese sentido, en el supuesto en que el Regulador no la hubiera fijado, ello no hubiera paralizado ni impedido la continuación del procedimiento de fijación definitiva de la tarifa.

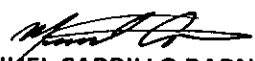


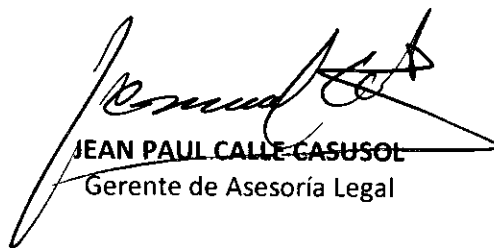
- c) Sin perjuicio de lo anterior, es necesario indicar que la tarifa provisional es una medida temporal que implica reconocer un ingreso a favor del concesionario.
- d) El artículo 42 del RETA¹² establece que, al tratarse de un procedimiento de fijación tarifaria iniciado a solicitud de parte, la Entidad Prestadora podrá solicitar la modificación de su propuesta tarifaria original o plantear una metodología alternativa a la presentada al inicio del procedimiento administrativo, solo hasta antes de la publicación de la Resolución que incluya la Propuesta Tarifaria del OSITRAN. Cabe señalar que, precisamente, a través del propio recurso de reconsideración, APMT ha planteado modificaciones a su propuesta tarifaria original presentada mediante Carta N° 022-2013-APMTC/GC¹³, las que se evaluarán en su oportunidad.
- e) Finalmente, cabe indicar que, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 206 de la LPAG, todos los argumentos presentados por APMT, incluidas las modificaciones a la propuesta tarifaria inicial, serán evaluadas al momento de la elaboración de la propuesta tarifaria final por parte del OSITRAN, así como en el acto de aprobación de la misma.
56. En consecuencia, en caso sea aprobada la tarifa definitiva por parte del Consejo Directivo, se emitirá y se publicará la Resolución respectiva, siendo únicamente esta última Resolución la que podría ser objeto de impugnación, de conformidad al RETA y a la LPAG.

IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

1. La Resolución N° 015-2013-CD-OSITRAN, materia de impugnación por APMT a través del recurso de reconsideración presentado, no constituye un acto que ponga fin al procedimiento de fijación tarifaria. Asimismo, la citada Resolución no constituye un acto administrativo que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión.
2. Como consecuencia de lo anterior, y en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 206 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se recomienda al Consejo Directivo de OSITRAN declarar improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2013-CD-OSITRAN.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

BDLT/MDLC/jbch
REG.SAL. 17777-13

¹² **Artículo 42. Publicación de la propuesta tarifaria**

OSITRAN deberá publicar en el Diario Oficial El Peruano y en su página web, la propuesta de fijación, revisión o desregulación tarifaria, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados, los cuales no tendrán carácter vinculante.

Una vez publicada la Resolución que incluya la Propuesta Tarifaria del OSITRAN resultante de un proceso iniciado a solicitud de parte, la Entidad Prestadora no podrá solicitar la modificación de su propuesta original o plantear metodologías alternativas a la presentada al inicio del procedimiento administrativo.

[El subrayado es nuestro]

¹³ Numeral vii) del Escrito s/n de fecha 29 de mayo de 2013 mediante la cual APMT interpuso su Recurso de Reconsideración.