

Recurso de reconsideración

AL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO (OSITRAN):

TERMINAL INTERNACIONAL DEL SUR S.A. ("TISUR") con Registro Único de Contribuyentes N° 20428500475, con domicilio en Av. Saénz Peña N° 177, 6to Piso, Callao, debidamente representada por Jaime Mario Noel Rubini, identificado con DNI N° 08235517, con poder inscrito en la Partida Electrónica N° 70204314 del Registro de Personas Jurídicas del Callao, a usted atentamente decimos:

Que, encontrándonos dentro del plazo legal, al amparo de lo dispuesto por los artículos 207° y 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por la Ley N° 27444, interponemos **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** contra la Resolución del Consejo Directivo N° 029-2009-CD/OSITRAN.

Basamos el presente recurso de reconsideración en los siguientes fundamentos:

I. ANTECEDENTES

1. El Terminal Portuario de Matarani ("TPM") fue entregado en concesión por un periodo de 30 años a TISUR, mediante la firma del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, suscrito el 17 de agosto de 1999 (en adelante el "Contrato de Concesión").
2. Que, el 24 de julio de 2004, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Terminal Internacional del Sur S.A. (TISUR) suscribieron la Addenda N° 2 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del TPM (Contrato de Concesión), en la cual se establecen una serie de modificaciones al contrato, entre las cuales resalta la modificación del Anexo 6.1 TARIFAS, desarrollando en detalle el mecanismo "RPI -X" a fin de precisar el mecanismo de revisión para las Tarifas Máximas aplicables conforme a lo estipulado en el Contrato de Concesión.
3. Que, con fecha 12 de agosto de 2009, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 029-2009-CD/Ositrán, se aprobó el valor del Factor de Productividad (X) de 6.93 % (seis y 93/100 puntos porcentuales) anual para el periodo comprendido entre el 17 de agosto de 2009 al 16 de agosto de 2014. Asimismo se estableció que dicho reajuste se realizará anualmente considerando el factor de productividad aprobado, la inflación y devaluación esperada para el año siguiente.
4. Que, el Anexo 6.1 del Contrato de Concesión establece que una vez estimado el factor X que estará vigente para el siguiente quinquenio, la aplicación del mecanismo RPI - X se realizará cada año y tendrá vigencia entre el 17 de agosto del año en curso al 16 de agosto del año siguiente. Para tal efecto, el ajuste se realizará tomando en consideración la variación del Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana (RPI ó IPC) de los últimos doce (12) meses para los cuales se cuenta con información publicada por la entidad competente y será corregida . por la variación registrada, para el mismo periodo, por la

depreciación o apreciación cambiaria, estimada en base al comportamiento del tipo de cambio publicado por la entidad competente. Este ajuste obedece a que las tarifas del TPM están nominadas en US \$ Dólares Americanos. En este sentido, corresponde aplicar en cada ajuste anual la fórmula siguiente :

RPI ajustado por Tipo de Cambio – Factor X

Los plazos para la entrada en vigencia de las nuevas tarifas y/o canastas de servicios se regulan por lo establecido en las Disposiciones de Ositran.

De esta forma, para el ajuste anual de tarifas periodo Agosto t – Agosto t+1 se utilizará la inflación y depreciación del periodo Julio t-1 – Junio t, siendo t el año de calculo. (Lo resaltado es nuestro)

La regulación tarifaria sobre cualquier servicio será dejada sin efecto.....”

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A través de este recurso de reconsideración demostraremos que:

OSITRAN debe revisar y reconsiderar la Resolución N° 029-2009-CD-OSITRAN de fecha 12 de agosto del 2009 en donde el regulador estableció el Factor de Productividad (X) anual correspondiente al segundo proceso de Revisión de Tarifas Máximas del Terminal Portuario de Matarani, en razón a las siguientes consideraciones de hecho y derecho:

El artículo 1° de dicha resolución dispone:

“Aprobar un Factor de Productividad (X) anual de -6.93 (Seis y 93/100 puntos porcentuales) anual para el periodo comprendido entre el 17 de agosto de 2009 y el 16 de agosto de 2014”

El artículo 3 de dicha resolución dispone:

“Establecer para el período comprendido entre el 17 de agosto de 2009 y el 16 de agosto de 2014 una variación del precio tope de -10.36% (menos diez y 36%100) puntos porcentuales) calculado como IPC (+2.68) ajustado por el tipo de cambio (-6.11%) menos X (6.93%) conforme al artículo 2.”

Consideramos que dicha resolución ha omitido involuntariamente elementos claves establecidos en la Addenda N° 2 del Contrato de Concesión que en anteriores ajustes venía incorporando el regulador, en especial en lo vinculado a la periodicidad aplicable a las variaciones de tipo de cambio, y que la forma aplicada en la mencionada resolución resulta contraria a los conceptos que sustentan los principios de regulación tarifaria mediante tarifas topes, así como a altera la consistencia normativa de Ositran vinculada a procesos previos de reajuste de tarifas máximas.

Nuestros fundamentos son los siguientes:

1. La regulación bajo el principio RPI – X es un mecanismo de indexación parcial de tarifas tope:

El propio OSITRAN afirma en su Reglamento General de Tarifas (RETA) que el "RPI (Retail Price Index en Inglés) es la inflación expresada por un índice general de precios utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación"¹. Por lo tanto, el mecanismo de regulación vía RPI-X constituye un mecanismo de "indexación parcial" que al permitirle a la empresa incrementar sus tarifas en función de la inflación, busca protegerla de los efectos adversos de la misma.

Teóricamente, el mecanismo de regulación de RPI-X busca replicar una situación de competencia perfecta en el mercado, donde las empresas en una industria competitiva incrementan sus precios en función del aumento del costo de sus insumos (efecto que es aproximado al indexar las tarifas por la inflación) y los rebajan en la medida que ganen eficiencia producto de innovaciones, avance en la curva de aprendizaje, etc (representado por el X). En el hipotético caso que el valor del Factor de Productividad (X) sea igual a cero, las tarifas se indexarán plenamente a las variaciones de precios.

2. La aplicación de las variaciones de la tasa de cambio indicadas en la mencionada resolución, entre Julio del 2008 y Julio del 2009 resulta inconsistente con la aplicación del concepto de indexación inherente a la metodología RPI – X

3. El cálculo realizado por Ositran omite, entendemos de manera involuntaria, la incorporación de la variación de la tasa de cambio en el mes de junio del 2008. Esta situación altera la necesaria continuidad temporal que supone el principio de indexación a los cambios en precios (o tipo de cambio) y que se encuentra establecido en la regulación de Ositran. La propuesta actual del regulador, implicaría romper dicha continuidad y en este sentido, atenta contra la naturaleza misma del mecanismo de regulación ya establecido.

Ositran ha establecido un conjunto de precedentes normativos sobre la periodicidad del ajuste por tipo de cambio para las tarifas Máximas de Matarani y que además son consistentes con lo establecido en la Addenda 2 del Contrato de Concesión y las reglas establecidas por Ositran en el Reglamento de Tarifas (Artículos 12° - Tarifas Contractuales y 18° Principios, en donde resalta los principios de predictibilidad y consistencia)

La Addenda N° 2 señala en la sección referida al Ajuste Anual mediante el mecanismo RPI-X que:

" (...) para el ajuste anual de tarifas del periodo Agosto t – Agosto t+1 se utilizará la inflación y depreciación del periodo Julio t-1 – Junio t, siendo t el año de cálculo"².

¹ Resolución de Consejo Directivo N° 053–2006–CD–OSITRAN. Anexo I. Metodologías para la Fijación y Revisión Tarifaria (200:27).

² Addenda N° 2: Al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani (2006).

De manera consistente con la Adenda N° 2, el regulador, mediante la Resolución N° 045-06-CD/OSITRAN, estableció que para los reajustes tarifarios anuales posteriores al periodo agosto 2006-agosto 2007 se aplicarán las reglas establecidas en la Addenda N° 2 del Contrato de Concesión, lo que implica un cambio de enfoque de los ajustes tarifarios hacia uno "no bayesiano" o retrospectivo³.

Como consecuencia de este cambio de enfoque es que a partir del periodo agosto 2007-agosto 2008, el regulador comienza a aplicar el ajuste tarifario en función de las variaciones registradas en los índices de inflación (RPI) y depreciación. En particular, el regulador afirma en el Informe N° 031-07-GRE-OSITRAN, donde sustenta el ajuste tarifario aplicable para el periodo agosto 2007-agosto 2008, que "la Addenda N° 2 establece que el periodo de reajuste anual será entre **julio del año anterior (t-1) y junio (t) del presente año.** (Lo resaltado es nuestro) Este periodo es equivalente a doce meses calendarios."⁴

De manera consistente con el Informe N° 031-07-GRE-OSITRAN, el reajuste tarifario para el periodo agosto 2007 – agosto 2008, utilizó para el cálculo de la depreciación cambiaria, información del tipo de cambio bancario de fin de periodo del Banco Central de Reserva del Perú⁵ del periodo julio 2006-junio 2007.

Adicionalmente, el regulador en su Informe N° 040-08-GRE-OSITRAN vuelve a utilizar para el cálculo de la variación porcentual de la inflación (RPI) ajustada por Tipo de **Cambio información entre el 1° de julio de 2007 (t-1) al 30 de junio de 2008 (t)** e incluso se afirma que "(...)En efecto, la Addenda 2 establece que el periodo de reajuste anual será entre julio del año anterior (t-1) y junio (t) del presente año. Este periodo es equivalente a doce meses calendario"(el subrayado es nuestro).

De esta manera, queda claro que a partir de la vigencia de la mencionada Addenda, Ositran ha aplicado a partir del año 2007 y de manera consistente hasta en dos oportunidades en los informes referidos, las variaciones de precios y tipo de cambio entre los meses de julio del año anterior (t-1) y junio (t), manteniendo inalterada la continuidad temporal en las variaciones de precios y tipo de cambio. Este principio, que está sustentado tanto en los Lineamientos de Ositran como en la propia Addenda del contrato de concesión, debe ser mantenido aun cuando se puedan haber producido cambios en el período temporal en el que se realizó el procedimiento regulatorio.

Finalmente se llega a la conclusión que Ositran debe re – examinar y reconsiderar los resultados de la Resolución de Consejo Directivo N° 29-2009-CD pues no guardan consistencia con los principios de Predictibilidad (en los procesos de fijación o revisión tarifaria , en donde OSITRAN deberá utilizar criterios de decisión similares ante situaciones o circunstancias de similares características) y Transparencia (en los procesos de fijación y revisión tarifaria, OSITRAN garantizará el acceso a la información de los legítimamente interesados, mediante los mecanismos de publicidad y participación, establecidos en el presente Reglamento), que deberían guiar la acción

³ La principal ventaja del enfoque "no bayesiano" o retrospectivo radica en que al basarse sobre información histórica real y no en proyecciones, que siempre pueden estar sujetas a discusión, evitan la necesidad de incorporar *a posteriori* correcciones a dichas proyecciones.

⁴ Informe N° 031-07-GRE-OSITRAN (3:2007).

⁵ Según el Cuadro N° 53 de la Nota Semanal N° 26 (06-07-2007) del Banco Central de Reserva del Perú.

del regulador, como señala el Art. 18 del Reglamento de Tarifas de Ositran⁶

POR TANTO:

Solicitamos al Consejo Directivo que considere los argumentos expuestos en el presente recurso de reconsideración, declarándolo fundado en todos sus extremos.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que en calidad de prueba estamos ofreciendo el mérito de los siguientes documentos:

1. Copia del informe 031-07-GRE-OSITRAN.
2. Copia del Informe 040-08-GRE-OSITRAN.
3. Copia de la Addenda N° 2 al Contrato de Concesión.

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que en calidad de anexos acompañamos los siguientes documentos:

Anexo 1: Copia del poder del Representante Legal.

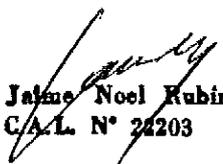
Anexo 2: Copia del DNI del Representante Legal.

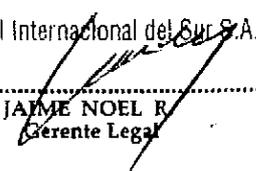
Anexo 3: Copia del informe 031-07-GRE-OSITRAN.

Anexo 4: Copia del Informe 040-08-GRE-OSITRAN.

Anexo 5: Copia de la Addenda N° 2 al Contrato de Concesión.

Callao, 20 de Agosto del 2009.


Dr. Jaime Noel Rubini
C.A.L. N° 22203

Terminal Internacional del Sur S.A.

.....
JAI ME NOEL R.
Gerente Legal

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 053-2006-CD-OSITRAN.