



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0034-2019-CD-OSITRAN


Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/07/2019
18:38:39 -0500

Lima, 17 de julio de 2019

VISTOS:

El escrito s/n de fecha 5 de junio de 2019 presentado por Transportadora Callao S.A. y el Informe N° 0087-2019-GAJ-OSITRAN, de fecha 10 de julio de 2019, emitido este último por la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 28 de enero de 2011, el Estado Peruano suscribió el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con la empresa Transportadora Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o TCSA);

Que, conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión, con acta de recepción de fecha 23 de mayo de 2014, la Comisión de Recepción de Obras de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) aprobó con observaciones la inspección a las obras del Proyecto "Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao", declarándose el inicio de explotación de dicho terminal de embarque (en adelante, el TECM);

Que, el 27 de marzo de 2018, a través del Oficio N° 048-18-PD-OSITRAN, el Regulador solicitó al Indecopi emitir opinión sobre las condiciones de competencia en la prestación de Servicios Estándar en el TECM; absolviéndose dicha solicitud recién el 20 de noviembre de 2018, mediante Oficio N° 071-2018/ST-CLC-INDECOPI, a través del cual la Comisión de Defensa de Libre Competencia del Indecopi se pronunció señalando que no se verificaban condiciones de competencia para la prestación de los Servicios Estándar que se brindan en el TECM, de acuerdo con el análisis contenido en el Informe Técnico N° 138-2018/GEE-INDECOPI;

Que, el 19 de diciembre de 2018, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN sustentada en el Informe Conjunto N° 041-2018-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) y publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de diciembre de 2018, este Organismo Regulador dispuso el inicio del procedimiento de revisión tarifaria de oficio para la determinación del factor de productividad (factor X) en el TECM, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los servicios regulados hasta el 22 de mayo de 2024; oportunidad en la que el Consejo Directivo de Ositrán también dispuso que "(...) la vigencia de las actuales tarifas máximas que se cobran en el Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao se extiendan (...)" hasta que se fije el factor de productividad y entren en vigencia las nuevas tarifas para los servicios regulados;

Que, el 15 de mayo de 2019, TCSA remitió un correo electrónico a la Jefatura de Regulación de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de este Regulador, a fin de poner en su conocimiento y solicitar su conformidad respecto de: i) la actualización de las tarifas reguladas; y, ii) la fecha de su entrada en vigencia; adjuntando a su correo el aviso que sobre el particular publicaría en el diario Expreso el lunes 20 de mayo de 2019 y un archivo Excel con el cálculo de la actualización; lo que motivó un correo electrónico de respuesta de parte de dicha jefatura indicando que no correspondía llevar a cabo un reajuste de las tarifas de los servicios regulados en aplicación del artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN;



Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/07/2019 12:55:58 -0500
Calle Los Negros 1777
Surquillo - Lima
Central Telefónica: 011 379 3100
www.ositrans.gob.pe
Firmado por: SHEPU STUCHI
Humberto Luis FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/07/2019 12:45:28 -0500



Que, posteriormente, con Carta ADM 0169-19 recibida el 30 de mayo de 2019, TCSA solicitó formalmente a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos la actualización anual de las tarifas que aplica TCSA a los servicios que presta; proponiendo la actualización anual de las tarifas máximas cuya vigencia fue extendida por la disposición regulatoria expresada en el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN, a mayo de 2019, aduciendo que dicha disposición regulatoria no puede ser aplicada en un sentido contrario al derecho de actualización explícitamente previsto en el Contrato de Concesión;

Que, a través del Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN, notificado al Concesionario el 3 de junio de 2019, la GRE se pronunció señalando que la extensión de la vigencia de las tarifas dispuesta por el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN, pospone la actualización tarifaria anual del año 2019 hasta que se apruebe el factor de productividad aplicable hasta el 22 de mayo de 2024;

Que, mediante escrito s/n de fecha 5 de junio de 2019, el TCSA ha solicitado que, en aplicación del artículo 20 del Reglamento General de Ositrán aprobado por el Decreto Supremo N° 44-2006-PCM y modificatorias (en adelante, el REGO), el Consejo Directivo resuelva la discrepancia en la aplicación de lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN, pues existe una discrepancia entre su entendimiento de los alcances de lo señalado en dicha disposición y el que sobre la misma tiene la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos;

Que, el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de Ositrán, Ley N° 26917, otorga a este Regulador la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, que incluye la facultad para establecer reglas claras y precisas para la correcta aplicación de las tarifas, peajes y otros cobros similares, en los casos que corresponda;

Que, el artículo 16 del Reglamento General de Ositrán aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, considera como parte de la función reguladora de Ositrán, además de otras actividades, la revisión de tarifas vinculadas con la explotación de infraestructura de transporte de uso público, el establecimiento de las condiciones para la aplicación de los reajustes tarifarios y la emisión de disposiciones necesarias para tal efecto; mientras que el artículo 20 del mismo cuerpo normativo dispone que son apelables ante el Consejo Directivo de este Regulador - en única y última instancia administrativa, de conformidad con el numeral 11 del artículo 7 del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM-, las discrepancias entre un órgano de Ositrán y una entidad prestadora que se generan a raíz de la aplicación de una disposición reguladora en un caso particular;

Que, asimismo, conforme con los artículos 9, 12 y 24 del Reglamento General de Tarifas de Ositrán (en adelante, el RETA) aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 0043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, las disposiciones y criterios tarifarios que se establezcan en los Contratos de Concesión serán aplicables a las entidades prestadoras titulares de los mismos, correspondiéndole a Ositrán velar por la correcta aplicación de las tarifas, mecanismos de reajuste tarifario y disposiciones tarifarias contractualmente establecidas; previendo dichas disposiciones, asimismo, que las reglas del RETA serán aplicables de manera supletoria en todo lo no que no se oponga a los respectivos contratos de concesión, así como en todo lo no previsto en estos, incluso en lo que respecta a la aplicación de las tarifas reguladas;

Que, la Gerencia de Asesoría Jurídica ha presentado el Informe N° 0087-2019-GAJ-OSITRAN, mediante el cual emite opinión legal respecto del escrito antes indicado presentado por TCSA, concluyendo lo siguiente:





- i) TCSA ha cumplido con los requisitos que establecen el artículo 20 del Reglamento General de Ositrán, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y los artículos 120 y 217 y siguientes del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que lo habilitan a presentar un recurso de apelación contra el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN por el que se aplicó la disposición regulatoria contenida en el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN.
- ii) La discrepancia sobre la forma en que debe aplicarse el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN tiene su origen en si se acepta o no, que esta decisión regulatoria admite la posibilidad de aplicar la actualización anual de las tarifas máximas (RPI) por inflación; lo que en última instancia supone admitir que los elementos de la fórmula de reajuste tarifario RPI-X (a saber, la inflación o RPI, y el factor de productividad o factor X) pueden ser aplicados en forma independiente, en momentos distintos.
- iii) La aplicación del artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN efectuada por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos en el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN, conforme con la cual no es admisible que las tarifas máximas cuya vigencia se extendió sean actualizadas por la inflación anual (RPI) a mayo de 2019, es acorde con la finalidad y alcance que motivó la emisión del indicado artículo; por lo que corresponde desestimar la pretensión de TCSA de actualizar las mismas por inflación anual en forma previa e independiente de su reajuste por el factor de productividad (factor X).

Que, luego de revisar y discutir el Informe N° 0087-2019-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho informe, constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las facultades previstas en el numeral 11 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 677-19-CD-OSITRAN, y sobre la base del Informe N° 0087-2019-GAJ-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por Transportadora Callao S.A.- TCSA contra el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN.

Artículo 2.- La presente resolución agota la vía administrativa, de conformidad con el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, siendo que su impugnación debe efectuarse en la vía judicial según el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-2019-JUS.

Artículo 3.- Disponer la notificación de la presente resolución y del Informe N° 0087-2019-GAJ-OSITRAN en que se fundamenta a Transportadora Callao S.A.- TCSA, y poner tales documentos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 4.- Disponer la difusión de la presente resolución y del Informe N° 0087-2019-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de Ositrán.

Regístrese y comuníquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019056886



Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe



INFORME N° 0087-2019-GAJ-OSITRAN

 Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 10/07/2019
19:16:00 -0500

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

De: **HUMBERTO SHEPUT STUCCHI**
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto: Apelación del Oficio N°55-2019-GRE-OSITRAN (discrepancia en la aplicación del artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 42-2018-CD-OSITRAN).

Contrato de Concesión Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao

Referencia: Escrito s/n de fecha 05 de junio de 2019

Fecha: 10 de julio de 2019

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión sobre la apelación planteada por Transportadora Callao S.A. mediante escrito de fecha 5 de junio de 2019 contra el acto administrativo expresado en el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN del 3 de junio de 2019, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de este Regulador (en adelante, la GRE); cuya pretensión es que se dirima una supuesta discrepancia en la aplicación de la disposición reguladora contenida en el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN.

II. ANTECEDENTES

2. El 28 de enero de 2011, el Estado Peruano -representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente o el MTC), quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN)- suscribió el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con la empresa Transportadora Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o TCSA)¹.
3. Conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión, con acta de recepción de fecha 23 de mayo de 2014, la Comisión de Recepción de Obras de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) aprobó con observaciones la inspección a las obras del Proyecto "Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao", declarándose el inicio de explotación de dicho terminal de embarque (en adelante, el TECM).
4. El 27 de marzo de 2018, a través del Oficio N° 048-18-PD-OSITRAN, el Regulador solicitó al INDECOPI emitir opinión sobre las condiciones de competencia en la prestación de Servicios Estándar en el TECM.
5. Mediante Oficio N° 071-2018/ST-CLC-INDECOPI, recibido el 20 de noviembre de 2018, la Comisión de Defensa de Libre Competencia del INDECOPI se pronunció señalando que no se verificaban condiciones de competencia para la prestación de

¹ Este fue posteriormente modificado por la Adenda N° 1, suscrita el 14 de enero de 2014, en lo relativo al procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria sobre acciones o participaciones correspondiente a la participación mínima, y las relaciones con socios, terceros y personal.

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2019 19:10:32 -0500

Visado por: ZEGARRA MULANOVICH
Alicia Diana Helena FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2019 19:08:42 -0500

los Servicios Estándar que se brindan en el TECM, de acuerdo con el análisis contenido en el Informe Técnico N° 138-2018/GEE-INDECOPI.

6. El 19 de diciembre de 2018, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN sustentada en el Informe Conjunto N° 041-2018-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) y publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de diciembre de 2018, este Organismo Regulador dispuso el inicio del procedimiento de revisión tarifaria de oficio para la determinación del factor de productividad (factor X) en el TECM, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los servicios regulados hasta el 22 de mayo de 2024. En dicha oportunidad el Consejo Directivo de Ositrán también dispuso que "(...) la vigencia de las actuales tarifas máximas que se cobran en el Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao se extiendan (...)" hasta que se fije el factor de productividad y entren en vigencia las nuevas tarifas para los servicios regulados.
7. El 15 de mayo de 2019², TCSA remitió un correo electrónico a la Jefatura de Regulación de la GRE a fin de poner en su conocimiento y solicitar su conformidad respecto de: i) la actualización de las tarifas reguladas; y, ii) la fecha de su entrada en vigencia. En dicha oportunidad adjuntó a su correo el aviso que sobre el particular publicaría en el diario Expreso el lunes 20 de mayo de 2019, así como un archivo Excel con el cálculo de la actualización³.
8. El mismo 15 de mayo, mediante correo electrónico de la Jefatura de Regulación de la GRE, se le indicó al Concesionario que no correspondía llevar a cabo un reajuste de las tarifas de sus servicios regulados en mérito a lo establecido en el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN.
9. Con Carta ADM 0169-19 recibida el 30 de mayo de 2019, TCSA solicitó formalmente a la GRE la actualización anual de las tarifas que aplica a los servicios que presta. En dicha oportunidad, propuso la actualización anual de las tarifas máximas cuya vigencia fue extendida por la disposición regulatoria expresada en el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN, a mayo de 2019, aduciendo que dicha disposición regulatoria no puede ser aplicada en un sentido contrario al derecho de actualización explícitamente previsto en el Contrato de Concesión.
10. A través del Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN, notificado al Concesionario el 3 de junio de 2019, la GRE se pronunció señalando que la extensión de la vigencia de las tarifas dispuesta por el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN, pospone la actualización tarifaria anual del año 2019 hasta que se apruebe el factor de productividad o factor X aplicable hasta el 22 de mayo de 2024.
11. Mediante escrito s/n de fecha 5 de junio de 2019, el Concesionario ha solicitado que, en aplicación del artículo 20 del Reglamento General de Ositrán aprobado por el Decreto Supremo N° 44-2006-PCM y modificatorias (en adelante, el REGO), el Consejo Directivo resuelva la discrepancia en la aplicación de lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN; pues existe una discrepancia entre su entendimiento de los alcances de lo señalado en dicha disposición y el que sobre la misma tiene la GRE.

III. ANÁLISIS

12. La pretensión de TCSA es que se dirima una supuesta discrepancia en la aplicación de la disposición reguladora contenida en el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN (en adelante, la RCD 042), centrada en si dicho

² Si bien en su escrito de apelación se consigna como fecha de emisión del indicado correo el año 2018, de la revisión de la impresión de dicho correo que se adjunta al escrito presentado, se advierte un error en la consignación del año de emisión.

³ Documentación que también adjuntó a su escrito de apelación como Anexo C.

mandato admite o no que las tarifas máximas cuya vigencia se ha extendido puedan ser actualizadas por el RPI de los últimos doce (12) meses previos a mayo de 2019, de manera que la variación tenga efectos tarifarios antes de la aprobación del factor de productividad (factor X) que corresponde para el periodo 2019-2024.

13. Se deja en claro que el presente procedimiento no tiene como objeto el análisis del contenido ni de la validez de la disposición regulatoria contenida en el artículo 5 de la RCD 042, dado que este acto regulatorio ya ha quedado firme al haber caducado el plazo para solicitar su contradicción⁴. De allí que este informe se centrará, exclusivamente, en determinar si la aplicación que hace la GRE en el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN respecto de lo dispuesto en el artículo 5 de la RCD, se ajusta o no a lo que en su oportunidad resolvió el Consejo Directivo de Ositrán; descartándose de plano la pertinencia de cualquier argumento tendiente a cuestionar la validez de la decisión regulatoria contenida en el artículo 5 de la RCD 042.
14. También consideramos importante dejar claramente establecido que, por su naturaleza, no corresponde que en el presente procedimiento se efectúe una interpretación del Contrato de Concesión.
15. Ahora bien, previo al análisis de la “fundabilidad”⁵ de la posición que esgrime TCSA respecto a la correcta aplicación de la disposición reguladora contenida en el artículo 5 de la RCD 042, se procederá a evaluar si la apelación deducida por TACSA cumple con los requisitos de procedencia y admisibilidad, esto es de validez, para su admisión a trámite.

A. Aspectos procedimentales

A.1. Competencia de Ositrán para resolver las discrepancias en la interpretación o aplicación de una disposición normativa o regulatoria

16. El artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, establece que es función de este Regulador operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, en los siguientes términos:

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.

ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.

(...)

[Subrayado agregado]

17. Por su parte, los artículos 16 y 20 del Reglamento General de Ositrán⁶ (en adelante, el REGO) señalan textualmente lo siguiente:

⁴ Conforme con lo previsto en el artículo 73 del Reglamento General de Tarifas de Ositrán, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N°043-2004-CD -OSITRAN y sus modificatorias, concordante a su vez con lo señalado en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁵ Recogiendo lo que postula Monroy (2007) en el artículo “Admisibilidad, Procedencia y Fundabilidad en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano” y haciéndolo extensivo, en lo que cabe, al procedimiento administrativo; entendemos que el término “fundabilidad” hace alusión a la decisión de la autoridad administrativa, basada en la evaluación de los argumentos del administrado, sobre el aspecto de fondo, cuestión principal, o materia controvertida sometida a la evaluación de la administración.

⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM.

Artículo 16.- Función Reguladora

El OSITRAN regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la Infraestructura, en virtud de un título legal o contractual, así como los Cargos de Acceso por la utilización de las Facilidades Esenciales. Asimismo, establece las reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y el establecimiento de los sistemas tarifarios que incluyan los principios y reglas para la aplicación de tarifas, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto.

(...)

Artículo 20.- Discrepancias sobre la interpretación o aplicación normativa y/o regulatoria

En caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que realicen los órganos del OSITRAN respecto de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la Entidad Prestadora correspondiente, el Consejo Directivo conoce y resuelve, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que se presenten contra aquellas. Por esta vía no es posible cuestionar el contenido mismo de la regulación y/o disposición normativa, sino sólo su aplicación o interpretación.

[Subrayado agregado]

18. En ese marco, el numeral 11 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Ositrán (en adelante, el ROF), aprobado mediante el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, establece que le corresponde a su Consejo Directivo, en única y última instancia administrativa, resolver las discrepancias que surjan en la aplicación de una disposición normativa o regulatoria en un caso particular.
19. Por tanto, de acuerdo con las disposiciones legales antes señaladas, como parte del ejercicio de su función reguladora, Ositrán se encuentra facultado para dirimir las controversias que surjan entre sus órganos y las entidades prestadoras, respecto de la aplicación de una disposición normativa o reguladora a un caso en concreto, a través de su Consejo Directivo.

A.2. Validez del recurso de apelación presentado

20. Ahora bien, la aplicación del artículo 20 del REGO, que TCSA invoca como amparo de su derecho de impugnación, debe ser ejercida en concordancia con las normas del vigente Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO LPAG), que regulan la contradicción de los actos administrativos emitidos por la administración.
21. Por tanto, para evaluar la validez del recurso de apelación plantado por TCSA se tendrá en cuenta no sólo lo señalado en el artículo 20 del REGO que invoca el Concesionario, sino también lo que sobre el particular establece el TUO LPAG, a saber:
 - a) Los actos administrativos impugnables son aquellos que ponen fin a una instancia y, por excepción, los de mero trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión (artículo 217).
 - b) La apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico (artículo 220).
 - c) El término para su interposición es de quince (15) días perentorios, y deben ser resueltos en el término de treinta (30) días (numeral 218.2 del artículo 218). Vencido este plazo se pierde el derecho a contradecirlo y el acto queda firme (artículo 220).
 - d) En el escrito de apelación se deberá indicar el acto que se recurre y cumplir los demás requisitos previstos en el artículo 124⁷ de la misma norma (artículo 221).

⁷ Conforme con el cual todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener: i) los Nombres y apellidos completos, domicilio y documento de identidad del administrado, y, en su caso, la calidad de

22. En el presente caso, se advierte que con ocasión de la presentación de su escrito de apelación, TCSA ha identificado clara y precisamente la disposición regulatoria cuya aplicación por parte de la GRE cuestiona: el artículo 5 de la RCD 042; asimismo, ha identificado el acto administrativo (e incluso adjuntado una copia del documento que lo contiene, a saber el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN) que acredita la aplicación que de dicha disposición hace la GRE; finalmente, en dicho escrito presenta y sustenta también su propuesta de aplicación⁸.
23. Por otro lado, en lo que respecta a los requisitos de procedencia y admisibilidad que establece el TUO LPAG, se tiene que:
- a) El acto administrativo de la GRE que expresa su decisión de aplicar el artículo 5 de la RCD 042 sin permitir la actualización de las tarifas cuya vigencia se ha extendido, plasmado en el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN le produce indefensión a TCSA. En efecto, conforme con el marco contractual y legal aplicable, el pronunciamiento de la GRE es indispensable para que TCSA pueda hacer válidamente oponible a los usuarios la actualización por inflación de las tarifas que cobra en el TECM, por lo que el efecto del pronunciamiento de la GRE imposibilita que dicha pretensión se pueda concretar, generándose una afectación en este interés legítimo de TCSA.
 - b) Por otro lado, la discrepancia generada como consecuencia de la aplicación de dicha disposición regulatoria involucra una controversia sobre los alcances que corresponde reconocerle a una disposición regulatoria, esto es involucra una cuestión de puro derecho⁹.
 - c) Asimismo, se verifica que el acto administrativo en el que se plasma la aplicación del artículo 5 de la RCD 042 que TCSA cuestiona, le fue notificado el 3 de junio de 2019, habiéndose interpuesto la apelación el 5 de junio 2019, es decir dentro lo plazo legal previsto.
 - d) Por último, también se verifica que el escrito presentado cumple con las formalidades establecidas en el artículo 122 del TUO LPAG y con identificar claramente el acto administrativo cuestionado, tal como exige el artículo 221 de la indicada ley.
24. Por tanto, en el marco de lo señalado en el artículo 20 del REGO, TCSA ha acreditado que existe una disposición regulatoria vigente (el artículo 5 de la RCD 042) que está siendo aplicada por un órgano de este Regulador (la GRE) con un alcance distinto al que considera el Concesionario, evidenciándose una clara discrepancia en los alcances que una y otro le atribuyen al aplicarla. Asimismo, el escrito presentado cumple también con los requisitos que establece el TUO LPAG para ser admitida válidamente a trámite. En tal sentido, esta Gerencia considera que TCSA se encuentra

representante y de la persona a quien represente; ii) la expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho; iii) el lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido; iv) 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; v) 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; vi) la relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA (de ser el caso); y, finalmente, vii) la identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

⁸ El detalle de dicha discrepancia se expone en la Sección B de este informe.

⁹ Cabe indicar que, si bien se aprecia que TACSA ha apelado del acto administrativo ante el Consejo Directivo, como prevé el artículo 20 del REGO, se dirigió directamente a este cuando lo que correspondía (en aplicación del artículo 220 del TUO LPAG) era que la apelación se presentase ante la misma autoridad que emitió el acto cuestionado, es decir a la GRE, para que fuera este órgano quien lo elevara al Consejo Directivo. Sin embargo, dicho error de tramitación no invalida el escrito, sino que, por aplicación de los principios de informalismo, celeridad y eficacia que informan el numeral 3 del artículo 86 del TUO LPAG, corresponde que el Regulador encauce de oficio el procedimiento y tramite la apelación conforme a ley.

en el supuesto habilitante que prevé el artículo 20 del REGO para interponer un recurso de apelación contra la aplicación de la disposición regulatoria contenida en el artículo 5 de la RCD 042 efectuada por el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN.

25. Finalmente, se deja constancia que, conforme con artículo 218 del TUO LPAG, el plazo máximo para que el Consejo Directivo resuelva esta apelación vence el próximo 17 de julio de 2019.

B. Análisis de los aspectos de fondo

26. Como se ha indicado previamente, el asunto de fondo controvertido consiste en determinar si el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN, materia de impugnación, ha aplicado correctamente la disposición reguladora contenida en el artículo 5 de la RCD 042, en lo referente a la actualización de las tarifas máximas cuya vigencia se extendió. En ese sentido, a continuación, se expondrán las posiciones discrepantes de la GRE y TCSA a partir de lo señalado en el escrito de apelación y los anexos presentados por el Concesionario; luego se determinará el marco jurídico, contractual y legal, aplicable para su solución; y se concluirá emitiendo una opinión en relación con la discrepancia.

B.1. Posición de la GRE y TCSA en relación con la aplicación del artículo 5 de la RCD 042

27. La posición de la GRE es que la extensión de la vigencia de las tarifas máximas dispuesta por el artículo 5 de la RCD 042 **no es compatible** con la actualización anual en los términos que prevé la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, pues la regla contractual es que la actualización se efectúe en un único momento, aplicando la fórmula RPI-X, una vez que se emita la resolución tarifaria mediante la cual se apruebe el factor de productividad (X) aplicable al periodo 2019-2024. La GRE fundamenta su posición en lo siguiente:
- a) Conforme con lo previsto en la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, el plazo durante el cual se podía aplicar un factor de productividad (X) igual a cero para efectos de la actualización anual de la tarifa, no puede ser aplicado en junio de 2019. Ello porque la propia cláusula del Contrato de Concesión establece que vencidos los cinco (5) años desde el inicio de la explotación (es decir, el 23 de mayo de 2019), lo que corresponde es realizar una revisión tarifaria utilizando la metodología RPI-X, considerando el factor de productividad (factor X) que se determine en el proceso tarifario.
 - b) En este contexto, la decisión del Regulador de extender la vigencia de las tarifas máximas que a la fecha de la dación de la RCD 042 se venían cobrando en el TECM, se dio para afrontar una situación fuera del control del Regulador que se hizo evidente al iniciarse el procedimiento de revisión del factor de productividad (X) de TCSA en el 2018: esto es que, considerando las etapas del procedimiento de fijación tarifaria establecidas en el RETA, la entrada en vigencia del nuevo factor se daría necesariamente con posterioridad al 23 de mayo de 2019.
 - c) Esta decisión del Regulador tiene como antecedente la Resolución del Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSITRAN, emitida dentro del procedimiento de revisión tarifaria que fijó el primer factor de productividad aplicable al Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao. Ante una situación similar, el Consejo Directivo dispuso extender la vigencia de las tarifas máximas términos similares a los que dispone la RCD 042. La aplicación de dicha disposición regulatoria se hizo de forma que el ajuste de las tarifas reguladas se llevó a cabo con posterioridad a la emisión de la resolución que fijó el factor de productividad; como se plantea en el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN.
28. Por su parte, TCSA considera que la extensión de la vigencia de las tarifas máximas dispuesta por el artículo 5 de la RCD 042 **sí es compatible** con la aplicación de su actualización por el RPI de los últimos doce (12) meses previos a mayo de 2019, conforme prevé el Contrato de Concesión; de manera que la variación tenga efectos tarifarios antes de la aprobación del factor de productividad (factor X) que corresponde para el periodo 2019-2024. TCSA fundamenta su posición en los siguientes

argumentos:

- a) La aplicación del artículo 5 de la RCD 042 debe efectuarse de manera que no conlleve a un incumplimiento, limitación o modificación de los derechos que el Contrato de Concesión le atribuye a TCSA, y una interpretación literal de la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión como la que hace la GRE no cumple con dicho criterio:
 - La actualización por RPI y la aplicación del factor de productividad son dos aspectos relacionados, pero distintos; de allí que la actualización de la tarifa no constituye una modificación del nivel tarifario, sino un mecanismo para mitigar la pérdida de valor en el tiempo (a diferencia del factor de productividad).
 - La actualización de la tarifa es un derecho de TCSA que nace del Contrato de Concesión.
 - Resulta más acorde con las disposiciones expresas del Contrato que incluso las tarifas máximas cuya vigencia se ha extendido se actualicen por inflación (RPI) anualmente, respecto del mes del inicio de la explotación (es decir, el 23 de mayo de 2019).
 - El antecedente invocado por la GRE para justificar su posición sobre el alcance de la disposición regulatoria (caso Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao); si bien es pertinente, no elimina el derecho de TCSA a que se aplique el reajuste por inflación previsto en su Contrato de Concesión.
 - b) Ni de los considerandos de la RCD 042, ni del informe en que se sustenta, se deduce una lectura que valide la aplicación literal que la GRE hace del artículo 5 de la misma, al no advertirse una evaluación de la supuesta imposibilidad de la actualización de las tarifas como justificación para emitir dicho acto regulatorio, ni tampoco una declaración en el sentido que su finalidad es impedir la actualización por inflación anual prevista en el Contrato de Concesión. Bajo esta misma línea argumentativa, agrega que los usuarios de TCSA son empresas consolidadas con amplia experiencia en la comercialización o explotación de minerales, y no consumidores que requieren protección especial conforme lo prevé el Código de Protección de Consumidor.
 - c) La demora en la fijación del factor de productividad no es imputable a TCSA.
29. En dicha línea, TCSA solicita que se avale su entendimiento de los alcances del artículo 5 de la RCD 042; agregando que ella no implica que se realicen dos reajustes por inflación (uno en junio de 2019 y otro cuando se determine el factor de productividad); sino que el ajuste por inflación se realice respecto del inicio de la explotación (mayo de 2014), conforme señala el Contrato de Concesión, con vigencia desde junio de 2019; y que el factor de productividad que se determine se aplique, en su momento, sobre este monto ya reajustado.

B.2. Marco jurídico aplicable para la definición de la discrepancia en la aplicación del artículo 5 de la RCD 042 sometida al Consejo Directivo

30. El régimen económico de las tarifas y precios de la concesión está regulado en las cláusulas 8.17 y siguientes del Contrato de Concesión, previéndose en las cláusulas 8.19 y 8.20 y en el Anexo 5, lo relativo a las tarifas máximas de los servicios bajo el régimen tarifario regulado en los siguientes términos:

REGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

(...)

8.19. Las Tarifas indicadas en el Anexo 5 en ningún caso podrán superar los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato.

(...).

8.20. A partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas aplicando el mecanismo

regulatorio "RPI - X" establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN tanto para los Servicios Estándar como para los Servicios Especiales con Tarifa.

El RPI (Retail Price Index) es la inflación expresada en un índice general de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (EEUU) utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación. El factor de productividad (X) corresponde a las ganancias promedio por productividad obtenidas por el CONCESIONARIO.

Para efectos del presente Contrato, será de aplicación la siguiente fórmula:

Factor Ajuste Tarifas máximas = RPI - X

Donde:

- *RPI: es la variación anual promedio del índice de precios al consumidor (CPI) de los EEUU*
- *X: es la variación anual promedio de la productividad. El X será calculado por el REGULADOR y será revisado cada cinco (5) años. Para propósito del cálculo del X, será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.*

Las siguientes revisiones de las tarifas máximas se realizarán cada cinco (5) años siguiendo las normas y procedimientos establecidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA).

Adicionalmente, cada año, a partir del inicio de la Explotación, se realizará la actualización tarifaria correspondiente en función al RPI de los últimos doce (12) meses disponibles y el factor de productividad (X) estimado por el REGULADOR para dicho quinquenio. Para los primeros cinco (5) años contados desde el inicio de la Explotación, el factor de productividad (X), será cero.

Las reglas y procedimientos complementarios aplicables a la revisión tarifaria se regularán por el Reglamento de Tarifas de OSITRAN,

Las Tarifas de los Servicios Estándar serán reajustadas en función de la variación entre el último nivel mensual del índice de precios del consumidor de los EEUU a la fecha de Suscripción del Contrato y el último nivel mensual del índice de precios al consumidor de los EE UU disponible antes de la fecha de inicio de la Explotación.

[Subrayado agregado]

31. Por su parte, conforme con lo previsto por los artículos 9, 12 y 24 del Reglamento General de Tarifas de Ositrán (en adelante, el RETA) aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 0043-2004-CD-OSITRAN, las disposiciones y criterios tarifarios que se establezcan en los Contratos de Concesión serán aplicables a las entidades prestadoras titulares de los mismos, correspondiéndole a Ositrán velar por la correcta aplicación de las tarifas, mecanismos de reajuste tarifario y disposiciones tarifarias contractualmente establecidas. No obstante, conforme con estas disposiciones, las reglas del RETA serán aplicables de manera supletoria en todo lo que no se oponga a los respectivos contratos de concesión, así como en todo lo no previsto en estos, incluso en lo que respecta a la aplicación de las tarifas reguladas.
32. Resulta especialmente relevante para la controversia suscitada en este caso, lo señalado por el segundo párrafo del artículo 24 del RETA, cuyo texto pertinente se reproduce a continuación:

Artículo 24.- Aplicación o revisión de las Tarifas establecidas contractualmente

(...)

En consecuencia, el presente Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión si éste 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.

(...)

[Subrayado agregado]

33. Como se desprende de las disposiciones analizadas, conforme con el Contrato de

Concesión corresponderá aplicar lo señalado en el RETA en los casos en los que no existe una previsión contractual que regule la aplicación de las tarifas.

B.3. De la evaluación del Regulador

34. Al contrastar las posiciones de la GRE y TCSA respecto del asunto controvertido se deduce que, en última instancia, la discrepancia entre la GRE y TCSA sobre la forma en que debe aplicarse el artículo 5 de la RCD, se origina en que ambas tienen una opinión distinta respecto a si dicha decisión regulatoria admite o no la posibilidad de aplicar la actualización anual de las tarifas máximas (RPI) por inflación; lo que en última instancia supone admitir que los elementos de la fórmula de reajuste tarifario RPI-X (a saber, la inflación o RPI, y el factor de productividad o factor X) pueden ser aplicados en forma independiente, en momentos distintos.
35. En efecto, conforme se ha detallado previamente, se aprecia que la aplicación que hace la GRE del artículo 5 de la RCD 042 en el oficio materia de impugnación, parte de considerar que la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión no es aplicable al presente caso dado que ambos elementos de la fórmula deben aplicarse en forma conjunta; aspecto que no es compartido por TCSA para quien la RCD 042 no excluye que se pueda aplicar el ajuste por inflación previsto en dicha cláusula a la tarifa cuya vigencia se extendió, dado que ambos elementos de la fórmula son distintos y susceptibles de aplicarse independientemente.
36. Así, para TCSA, la actualización anual de las tarifas máximas por inflación (RPI) tiene como finalidad mitigar la pérdida de valor por el transcurso del tiempo y no constituye una modificación del nivel tarifario, a diferencia de lo que ocurre con el factor de productividad (factor X). De esta manera, desde la perspectiva de TCSA, si por alguna circunstancia uno de estos elementos no puede ser determinado, como ocurre en el presente caso, la fórmula debe aplicarse parcialmente, en dos momentos: en un primer momento, para actualizar las tarifas por inflación; y una vez determinado el factor de productividad, para determinar el ajuste.
37. Consideramos importante reiterar que, por su naturaleza, no corresponde que en el presente procedimiento se efectúe una interpretación del Contrato de Concesión, como parecería pretender TACSA; encontrándose por el contrario su objeto restringido a evaluar la aplicación de la decisión regulatoria llevada a cabo por la GRE a un caso concreto, en razón del artículo 5 de la RCD 042.
38. Por lo tanto, no cabe que en esta instancia se efectúe un análisis a nivel interpretativo de los alcances de la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, a fin de determinar cuál es el acuerdo al que arribaron las partes; sino que dicho análisis debe enfocarse en determinar si el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN fue válidamente emitido considerando los alcances del artículo 5 de la RCD 042 y las reglas del Contrato de Concesión.
39. Ahora bien, de acuerdo con lo indicado en el párrafo 12 de los considerandos de la RCD 042 y en los párrafos 67 a 70 del Informe Conjunto N° 041-2018-CD-OSITRAN que le sirve de sustento, al iniciarse el procedimiento de la primera revisión tarifaria del TECM se hizo evidente para el Regulador que las nuevas tarifas máximas que debían fijarse en cumplimiento de lo señalado por el primer párrafo de la cláusula 8.20 del Contrato, necesariamente entrarían en vigencia más allá del quinto año del inicio de la explotación del TECM.
40. En efecto, al contrastar la propuesta del calendario de actividades del procedimiento de revisión tarifaria del TECM en el Terminal Portuario del Callao¹⁰ con la fecha del quinto aniversario del inicio de explotación, es claro que la fijación del factor de productividad para el quinquenio 2019-2024 se producirá en un momento posterior al

¹⁰ Cuadro N° 2, incluido en el párrafo 67 del Informe Conjunto N° 041-2018-CD-OSITRAN.

previsto en la regla contractual para la entrada en vigencia de las nuevas tarifas máximas contenida en la cláusula 8.20 del Contrato.

41. A partir de esta constatación, el Regulador tomó la decisión de extender la vigencia de las “(...) **actuales tarifas máximas** que se cobran en el Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (...)” hasta que se fije el factor de productividad y “(...) **entren en vigencia las nuevas tarifas para los servicios regulados correspondientes**” (subrayado agregado).
42. Dicha decisión, además, siguió un criterio ya adoptado por el Consejo Directivo del Ositrán en un caso similar, el del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores – Muelle Sur, criterio que fue explicitado en el fundamento 68 del Informe Conjunto N° 041-2018-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) que sustentó en inicio del procedimiento de revisión tarifaria de TCSA aprobado por la RCD N° 042.
43. En tal sentido, no es correcto lo señalado por TCSA respecto a que en el análisis realizado por el Regulador con ocasión de la emisión de la RCD 042 no se efectuó una evaluación de la imposibilidad de actualizar las tarifas en los términos hoy planteados por el Concesionario.
44. Efectivamente, tanto de la lectura de la RCD 042 como del informe en que se sustenta, se advierte que debido a la existencia de un descalce entre los tiempos del procedimiento de revisión tarifaria y el plazo para la entrada en vigencia de las nuevas tarifas máximas que prevé la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, y tomando en cuenta cómo se reguló una situación similar que se dio en el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores – Muelle Sur, el Regulador -en ejercicio de sus potestades regulatorias y considerando el principio de predictibilidad- emitió el artículo 5 de la RCD 042 a fin de que las tarifas máximas que venía aplicando en Concesionario se mantengan inalterables hasta que se determine el factor X y entren en vigencia las nuevas tarifas. Con ello queda claro que el Ositrán sí analizó lo que iba a ocurrir con las tarifas que venía cobrando el Concesionario, lo cual implicaba la imposibilidad de aplicar el ajuste por inflación, a diferencia de lo que señala el recurrente.
45. Nótese que un análisis literal del artículo 5 de la RCD 042 evidencia que la decisión de extender la vigencia de las tarifas máximas que se venían cobrando en el TECM se hace, precisamente, atendiendo a su condición de tales¹¹; es decir, para funcionar como nivel tarifario máximo o tope que no puede ser superado. Esta decisión, además, es una respuesta temporal “*hasta que este Consejo Directivo emita la Resolución Tarifaria mediante la cual se apruebe el factor de productividad aplicable hasta el 22 de mayo de 2024, y entren en vigencia las nuevas tarifas para los servicios regulados correspondiente*”, como una respuesta del Regulador para solucionar el descalce identificado y dar predictibilidad sobre el nivel tarifario a aplicarse en la situación descrita.
46. Cabe agregar que la decisión adoptada por el Regulador en el artículo 5 de la RCD 042 evidencia que éste estimó que la situación planteada por el descalce no tiene una regulación contractual que permita abordar el tratamiento tarifario ante la demora en la determinación oportuna del factor de productividad (factor X). Por ello, el Consejo Directivo hizo uso supletorio de sus facultades administrativas en materia regulatoria previstas en el artículo 7 de la Ley N° 26917, que desarrolla el artículo 16 del REGO, y los artículos 9, 12 y 24 del RETA, los cuales fueron invocados como sustento de la RCD 042.

¹¹ Téngase presente que, según la definición del literal y del artículo 1 del REGO, las tarifas máximas son las que constituyen:

“(...) el nivel tarifario máximo fijado en las resoluciones tarifarias de OSITRAN o en los respectivos contratos de concesión, cuyo valor no puede ser superado por las Entidades Prestadoras en el establecimiento de las tarifas aplicables a los servicios que ésta presta a los Usuarios. Se consideran Tarifas Máximas a las denominadas también tarifas tope o cualquier otra denominación utilizada en las normas legales o contractuales, cuyos efectos sean iguales a los descritos anteriormente”.

47. A mayor abundamiento, si para el Consejo Directivo de este Regulador la regla de la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión aludida por el Concesionario habilitase a aplicar la actualización anual de las tarifas máximas por inflación (RPI), independientemente del factor de productividad (factor X), como plantea TCSA, no habría sido necesario la emisión del artículo 5 de la RCD 042 para extender la vigencia de las tarifas máximas. En este punto es importante señalar que la propia TCSA en su recurso de apelación manifiesta que lo resuelto en la RCD 042 “es adecuado”.
48. Cabe indicar que habiéndose desestimado la validez del argumento de TCSA que plantea que la actualización por RPI y la aplicación del factor de productividad se pueden y deben aplicar en forma independiente; corresponde desestimar también los argumentos que refuerzan o se derivan de esta alegación principal.
49. Esta es la situación de la alegación referida a que la actualización de la tarifa por inflación es un derecho de TCSA que nace del Contrato de Concesión, así como de aquella que señala que resulta más acorde a lo señalado en el Contrato que incluso las tarifas máximas cuya vigencia se ha extendido sean actualizadas por inflación conforme con el Contrato de Concesión; toda vez que la situación planteada por el descalce antes mencionado no tiene una regulación contractual que permita abordar el tratamiento tarifario ante la demora en la determinación oportuna del factor de productividad (factor X) y, además, porque dichos argumentos del Concesionario implican un análisis sobre el alcance o entendimiento de la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, aspecto que como se indicó no puede ser materia del presente procedimiento.
50. En cuanto a los argumentos esgrimidos por TCSA relacionados con el tipo de usuarios de los servicios que presta y la inexistencia de responsabilidad de su parte en la demora generada en la fijación del factor de productividad, los mismos debe ser desestimados por no resultar idóneos y/o pertinentes para demostrar la legitimidad de su pretensión.
51. En efecto, el tipo de usuarios que tiene TCSA no tiene relación ni es determinante para definir si las tarifas máximas cuya vigencia se extendió deben o no ser ajustadas por inflación mientras se determinan las nuevas tarifas máximas aplicables al periodo 2019-2020; mientras que la existencia o no de responsabilidad de TCSA en la demora que genera el descalce entre la entrada en vigencia de las nuevas tarifas máximas y la pérdida de vigencia de las tarifas máximas aplicables hasta mayo de 2019, tampoco constituye una razón que justifique la legitimidad de aplicar en forma independiente cada uno de los elementos de la fórmula de revisión tarifaria “RPI-X” al quinto año de inicio de la explotación de la concesión¹². En otras palabras, no se advierte que existe una conexión entre la pretensión de TCSA y estos argumentos.
52. Sin perjuicio de todo lo dicho, consideramos importante mencionar que una lectura de los argumentos del Concesionario podría llevar a entender que TACSA está cuestionando la suficiencia de la fundamentación de la RCD 042. Sobre ello, debe tenerse en cuenta que la RCD 042 no sólo contiene el debido sustento de las decisiones adoptadas, sino que además dicha resolución ha quedado firme al no haber sido impugnada oportunamente por TCSA en la vía correspondiente; por lo que actualmente no resulta legalmente posible cuestionarla de manera directa o indirecta, conforme al artículo 222 del TUO LPAG¹³.

¹² En todo caso, dicho argumento sería válido si se estuviese en un supuesto de aplicación de una sanción o penalidad, y no en el de la regulación de una situación no prevista contractualmente a fin de darle continuidad a la ejecución del Contrato de Concesión.

¹³ Cuyo texto señala “Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

53. Adicionalmente, y a propósito de lo señalado por el Concesionario respecto de que el antecedente mencionado por la GRE para justificar la aplicación del artículo 5 de la RCD 042 no puede ser concluyente, debemos indicar que el antecedente citado en el Oficio N° 055-2019-GRE-OSITRAN (caso del Nuevo Terminal de Contenedores – Muelle Sur) fue originalmente invocado en la RCD 042, por lo que el cuestionamiento de la pertinencia de dicho antecedente debió ser efectuado en su debida oportunidad y no en el presente procedimiento. Sin perjuicio de ello, el análisis realizado en los párrafos previos evidencia que, en el presente caso, el entendimiento que tiene la GRE sobre cómo debe aplicarse el artículo 5 de la RCD 042 es consistente con la aplicación que se hizo en su oportunidad del precedente citado.
54. Se advierte, por tanto, que la aplicación del artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN efectuada por la GRE es acorde con la finalidad y alcance que informó su emisión, por lo que corresponde desestimar la pretensión de TCSA en el sentido que la aplicación de la extensión de la vigencia de las tarifas máximas dispuestas por dicha disposición regulatoria, es consistente con su actualización anual por inflación (RPI) en forma previa e independiente de su reajuste por el factor de productividad (factor X).

IV. CONCLUSIONES

55. De lo anteriormente expuesto se desprende lo siguiente:
- i) TCSA ha cumplido con los requisitos que establecen el artículo 20 del Reglamento General de Ositrán, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y los artículos 120 y 217 y siguientes del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que lo habilitan a presentar un recurso de apelación contra el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN por el que se aplicó la disposición regulatoria contenida en el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN.
 - ii) La discrepancia sobre forma en que debe aplicarse el artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN tiene su origen en si se acepta o no que esta decisión regulatoria admite la posibilidad de aplicar la actualización anual de las tarifas máximas (RPI) por inflación; lo que en última instancia supone admitir que los elementos de la fórmula de reajuste tarifario RPI-X (a saber, la inflación o RPI, y el factor de productividad o factor X) pueden ser aplicados en forma independiente, en momentos distintos.
 - iii) La aplicación del artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2018-CD-OSITRAN efectuada por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos en el Oficio N° 0055-2019-GRE-OSITRAN, conforme con la cual no es admisible que las tarifas máximas cuya vigencia se extendió sean actualizadas por la inflación anual (RPI) a mayo de 2019, es acorde con la finalidad y alcance que motivó la emisión del indicado artículo; por lo que corresponde desestimar la pretensión de TCSA de actualizar las mismas por inflación anual en forma previa e independiente de su reajuste por el factor de productividad (factor X).

V. RECOMENDACIÓN

56. Teniendo en cuenta las conclusiones antes señaladas, se recomienda al Consejo Directivo de Ositrán:
- i) Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación por las razones señaladas en el presente informe.
 - ii) Conforme a lo dispuesto por el artículo 24 del TUO vigente de la LPAG, en el documento de notificación del acto administrativo que resuelve el recurso de apelación deberá notificarse a TCSA en día y hora hábil, a más tardar dentro de los siguientes cinco (5) días de su expedición, cuidando de mencionar: a) que el

pronunciamiento que resuelve el recurso de apelación agota la vía administrativa, en concordancia con lo dispuesto por el literal a) del numeral 2 del artículo 228 del mismo cuerpo legal ; y, b) que el pronunciamiento que resuelve el recurso de apelación se ha dictado en ejecución de la competencia de OSITRAN, atribuida por el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público, razón por la cual su impugnación debe efectuarse en la vía judicial dentro del plazo señalado en el artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-2019-JUS.

57. Se adjunta un proyecto de Acuerdo y Resolución de Consejo Directivo en los términos indicados.

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2019054577