



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


Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 30/09/2019
12:06:15 -0500

Nº 0044-2019-CD-OSITRAN

Lima, 27 de setiembre de 2019

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 0130-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y por la Gerencia de Asesoría Jurídica de Ositrán; y, el Recurso de Reconsideración presentado por el concesionario Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante, el Concesionario o TPE) contra los artículos 2° al 5° de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN, el mismo que aprobó el factor de productividad aplicable a los servicios regulados en el Terminal Portuario de Paita (TPP) vigente entre el 3 de octubre de 2019 y el 2 de octubre de 2024; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de Ositrán regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el 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 7.1 del artículo 7 de la precitada Ley, atribuye a Ositrán la función reguladora, y en tal virtud, la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, lo que incluye la infraestructura portuaria de uso público;

Que, el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (LMOR), aprobada por la Ley N° 27332, establece que la función reguladora de los Organismos Reguladores comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito;

Que, el artículo 2 del Reglamento de la LMOR, aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2005-PCM y sus modificatorias, así como el artículo 17 del Reglamento General de Ositrán (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, establecen que la función reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

Que, el citado artículo 17 del REGO, a su vez, señala que el Consejo Directivo sustenta sus decisiones en los informes técnicos que emite la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, encargada de conducir e instruir los procedimientos tarifarios; y la Gerencia de Asesoría Jurídica, que tiene a su cargo la evaluación de los aspectos jurídicos relacionados al procedimiento tarifario;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias se aprobó el Reglamento General de Tarifas de Ositrán (RETA), el cual establece la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará Ositrán cuando fije, revise o desregule las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, ya sea que el procedimiento se inicie de oficio o a pedido de parte;

Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 30/09/2019 12:02:04 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 30/09/2019 11:43:55 -0500

Calle Los Negros 1112
Surquillo - Lima

Central Telefónica: 011-506-9310
www.ositransp.org.pe



Que, el artículo 73 del RETA precisa que, contra las resoluciones que aprueben la fijación, revisión o desregulación de Tarifas relativas a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras, estas últimas podrán interponer recurso de reconsideración ante el Consejo Directivo del OSITRAN dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación correspondiente;

Que, los artículos 218 y 219 del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO LPAG), determinan los recursos administrativos aplicables al procedimiento administrativo, así como los requisitos que estos deben cumplir a fin de que su interposición se considere válida. Por su parte, el artículo 226 del TUO de la LPAG regula la suspensión de ejecución de actos administrativos;

Que, el 7 de diciembre de 2018, se emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2018-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 033-18-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), mediante la cual se inició el procedimiento de revisión de oficio de las tarifas máximas en el Terminal Portuario de Paita para el servicio estándar a la carga rodante y el servicio de transbordo a la carga rodante, aplicables durante el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2019 y el 2 de octubre de 2024;

Que, el 19 de junio de 2019, dentro del plazo de quince (15) días hábiles establecido en el artículo 56 del RETA, el Consejo Directivo del OSITRAN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 0029-2019-CD-OSITRAN mediante la cual se dispuso aprobar la “Propuesta de Desregulación y Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Portuario de Paita: 2019-2024” y sus anexos;

Que, el 10 de julio de 2019, el Concesionario presentó una Carta S/N adjuntando un “Informe Ampliatorio: Cálculo del Factor de Productividad del Terminal Portuario Paita”, elaborado por Macroconsult para TPE;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN del 10 de setiembre de 2019, se aprobó el factor de productividad aplicable a los servicios regulados en el Terminal Portuario de Paita, ascendente a 5,30% (cinco y 30/100 puntos porcentuales), vigente desde el 3 de octubre de 2019 hasta el 2 de octubre de 2024;

Que, el 18 de setiembre de 2019, mediante escrito S/N, el Concesionario interpuso un recurso de reconsideración parcial contra los artículos 2° al 5° de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN. Asimismo, en dicha comunicación el Concesionario solicitó que los efectos de los referidos artículos sean suspendidos mientras se tramita su recurso de reconsideración con el fin de garantizar su derecho de defensa;

Que, mediante el mismo escrito, el Concesionario solicitó a este Organismo Regulador que se le conceda el uso de la palabra. Mediante Oficio N° 0173-2019-SCD-OSITRAN, de fecha 25 de setiembre de 2019, se comunicó al Concesionario que dicho pedido ha sido concedido para el día 02 de octubre de 2019, siendo que lo que manifieste en esa oportunidad será tomado en consideración para efectos de la evaluación del recurso de reconsideración;

Que, el 26 de setiembre de 2019, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General el Informe Conjunto N° 0130-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), mediante el cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, emiten opinión sobre la solicitud de suspensión de efectos de los artículos 2° al 5° de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN requerida por el Concesionario;

Que, en mérito a los antecedentes, análisis y recomendaciones contenidos en el Informe Conjunto de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto de vistos, 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;

Que, sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que el presente pronunciamiento está referido al pedido de suspensión de efectos solicitada por el Concesionario, por lo que no condiciona, en modo alguno, el sentido del pronunciamiento que emitirá en su oportunidad el Ositrán sobre el recurso de reconsideración, en el plazo establecido en el TUO LPAG;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el Reglamento General de Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Extraordinaria N° 682-2019-CD-OSITRAN y sobre la base del Informe Conjunto N° 0130-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución de los artículos 2° al 5° de la Resolución de Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN formulada por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. mediante el escrito S/N del 18 de septiembre de 2019.

Artículo 2°.- Notificar la presente resolución a la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 3°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", y su difusión en el portal institucional (www.ositrان.gob.pe). Asimismo, disponer la difusión del Informe Conjunto N° 0130-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) en el portal Institucional (www.ositrان.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019078051

INFORME CONJUNTO N° 0130-2019-IC-OSITRAN
(GAJ-GRE)

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

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

HUMBERTO LUIS SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN.

Referencias : a) Recurso de Reconsideración parcial interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos S.A. contra Resolución N° 039-2019-CD-OSITRAN

b) Informe “*Desregulación y Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Portuario de Paita: 2019-2024*”, aplicable durante el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2019 y el 2 de octubre de 2024.

Fecha : 26 de setiembre de 2019

 Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 26/09/2019
19:44:55 -0500

 Firmado por:
QUESADA ORÉ
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 26/09/2019
19:52:44 -0500

I. OBJETO

1. Emitir opinión respecto a la solicitud de Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (el Concesionario o TPE) sobre la suspensión de los efectos de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN, que dispuso, entre otros, aprobar el factor de productividad aplicable a los servicios regulados en el Terminal Portuario de Paita (TPP), ascendente a 5,30% (cinco y 30/100 puntos porcentuales), vigente entre el 3 de octubre de 2019 y el 2 de octubre de 2024. Cabe precisar que dicha solicitud ha sido planteada en el marco del recurso de reconsideración parcial interpuesto contra la mencionada resolución.

II. ANTECEDENTES

2. El 7 de diciembre de 2018, se emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2018-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 033-18-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), en la cual, entre otros, el Consejo Directivo del Ositrán:
 - Aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio de las tarifas máximas en el TPP aplicable al periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2019 y el 2 de octubre de 2024;
 - Aprobó el inicio del procedimiento de desregulación tarifaria de oficio para el Servicio Estándar a la carga rodante y el servicio de Transbordo a la carga rodante; y,
 - Estableció, de conformidad con el artículo 53 del Reglamento General de Tarifas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN (RETA), un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, prorrogable de forma excepcional y por única vez por un período máximo de igual duración, contados a partir del día siguiente de recibida la notificación de dicha resolución, para que el Concesionario presente su Propuesta Tarifaria respecto de la revisión de tarifas máximas en el TPP.

Visado por: ARROYO TOCOTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/09/2019 19:46:24 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana (FIR43034136)
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/09/2019 19:42:40 -0500

3. El 19 de junio de 2019, dentro del plazo de quince (15) días hábiles establecido en el artículo 56 del RETA, el Consejo Directivo del Ositrán emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 0029-2019-CD-OSITRAN²¹ en la cual dispuso, entre otros:
 - Aprobar el Informe “Propuesta de Desregulación y Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Portuario de Paíta: 2019-2024” y sus anexos.
4. El 10 de julio de 2019, el Concesionario presentó una Carta S/N adjuntando un “Informe Ampliatorio: Calculo del Factor de Productividad del Terminal Portuario Paíta”, elaborado por Macroconsult para TPE.
5. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN del 10 de setiembre de 2019, se aprobó, entre otros, lo siguiente:

“(…)

Artículo 2°.- Aprobar el factor de productividad aplicable a los servicios regulados en el Terminal Portuario de Paíta, ascendente a 5,30% (cinco y 30/100 puntos porcentuales). Dicho factor de productividad estará vigente entre el 3 de octubre de 2019 y el 2 de octubre de 2024, para los siguientes servicios:

- **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE**

Servicios Muelle Espigón

- Servicio Estándar a la Nave
- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 20 pies
- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 40 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 20 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 40 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 20 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 40 pies
- Servicio Estándar de transbordo de carga fraccionada
- Servicio Estándar de transbordo de carga sólida a granel
- Servicio Estándar de transbordo de carga líquida a granel

Servicios Muelle de Contenedores

- Servicio Estándar a la Nave
- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 20 pies
- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 40 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 20 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 40 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 20 pies
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 40 pies
- Servicio Estándar de transbordo de carga fraccionada
- Servicio Estándar de transbordo de carga sólida a granel
- Servicio Estándar de transbordo de carga líquida a granel

- **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA CONTENEDORIZADA**

Servicios Muelle Espigón

- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 20 pies
- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 40 pies

Servicios Muelle de Contenedores

- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 20 pies
- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 40 pies

- **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA NO CONTENEDORIZADA**

Servicios Muelle Espigón

- Servicio Estándar a la carga fraccionada
- Servicio Estándar a la carga sólida a granel
- Servicio Estándar a la carga líquida a granel

Servicios Muelle de Contenedores

- Servicio Estándar a la carga fraccionada
- Servicio Estándar a la carga sólida a granel
- Servicio Estándar a la carga líquida a granel

Para contenedores de otras dimensiones se adecuarán a las de 20 y 40, según corresponda.

Artículo 3°.- El factor de productividad a que se refiere el artículo precedente se aplicará cada año, de conformidad con el Contrato de Concesión y el Reglamento General de Tarifas de Ositrán, mediante la regla RPI– 5,30% denominado mecanismo de precio tope; donde RPI equivale a la variación anual promedio del Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales (The Bureau of Labour Statistics).

Artículo 4°.- Establecer que Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., de conformidad a los criterios y reglas establecidas en el Contrato de Concesión y el Reglamento General de Tarifas de Ositrán, puede aplicar las tarifas tope a tres (3) canastas de servicios regulados, que se detallan a continuación:

- Servicios en función a la nave.
- servicios en función a la carga contenedorizada.
- servicios en función a la carga no contenedorizada.

Artículo 5°.- Establecer que Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. podrá determinar, sin sobrepasar la tarifa tope antes referida, la estructura tarifaria al interior de cada una de las canastas de servicios regulados establecidas. (....)”

6. Mediante escrito s/n recibido el día 18 de setiembre de 2019, el Concesionario interpuso un recurso de reconsideración parcial contra los artículos 2 al 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN. Asimismo, en dicha comunicación el Concesionario solicitó que los efectos de la referida resolución sean suspendidos mientras se tramita su recurso de reconsideración para garantizar su derecho de defensa.

III.2. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

7. A fin de poder analizar la suspensión de efectos solicitada por TPE es preciso evaluar la admisibilidad del recurso planteado, toda vez que el Concesionario requiere que dicha suspensión se prolongue hasta que el Consejo Directivo resuelva su recurso.
8. Respecto a la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de los recursos, el Capítulo II del Título III del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO LPAG), contempla los recursos administrativos que pueden interponer los administrados contra los distintos actos administrativos que dicten las entidades de la Administración Pública, como es el caso de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN.
9. Ahora bien, en cuanto a los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, es necesario considerar que el artículo 218 del TUO LPAG, señala que los recursos administrativos son los siguientes:
 - a) Recurso de reconsideración
 - b) Recurso de apelación
10. Establece, además, que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.
11. El artículo 219 del TUO LPAG, señala que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. Dicha norma precisa, además, que en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.

12. Teniendo en cuenta dichos dispositivos normativos, es necesario analizar los requisitos concurrentes que son necesarios para la interposición válida del recurso de reconsideración, según las normas antes mencionadas:
- a) Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación.
 - b) Que se sustente en nueva prueba, salvo que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.
 - c) Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días (hábiles¹) previsto para ello, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - d) Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 124º del TUO LPAG.
13. En este sentido, a continuación, se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el recurso de reconsideración interpuesto por TPE contra la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN:
- a) TPE interpuso su recurso de reconsideración ante el mismo órgano que emitió dicha resolución. Por tanto, dado que la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN 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, se entiende cumplido el primer requisito.
 - b) El Consejo Directivo del Ositrán, como órgano de dirección máximo del Regulador, ejerce de manera exclusiva la función reguladora, la cual comprende 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 consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. En consecuencia, el segundo requisito también se ha cumplido en la interposición del recurso de reconsideración.
 - c) Conforme lo establece el numeral 142.1 del artículo 142º del TUO 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 a que TPE tomó conocimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN, el día en que le fue notificada, esto es, el 10 de setiembre de 2019, su plazo de quince (15) días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración vence el 1 de octubre de 2019, verificándose que en efecto se presentó el recurso dentro del referido plazo, por lo que se ha cumplido el tercer requisito antes mencionado.
 - d) Asimismo, se verifica que el recurso de reconsideración interpuesto por TPE consigna los requisitos de forma previstos en el artículo 124º del TUO LPAG, por lo que el cuarto requisito ha sido cumplido.
14. En conclusión, debe considerarse que el recurso administrativo interpuesto por TPE ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en el TUO LPAG, por lo tanto corresponde evaluar en esta oportunidad el pedido de suspensión de los artículos 2º al 5º de la resolución impugnada, debiendo indicarse que la presente evaluación no condiciona en modo alguno el sentido del pronunciamiento que el Ositrán emitirá posteriormente sobre las pretensiones y cuestionamientos de fondo planteados por TPE en su recurso impugnativo, según los plazos y el procedimiento establecidos en el TUO LPAG.
15. Es oportuno indicar que, si bien el Concesionario en su escrito de impugnación ha solicitado se le conceda el uso de la palabra, la misma ha sido concedida para el día 2 de octubre de 2019, siendo que lo que manifieste en dicha oportunidad será meritado con ocasión del pronunciamiento final que emita este Regulador sobre su recurso de reconsideración.

III. ANÁLISIS

16. El Concesionario solicita la suspensión de los efectos de los artículos 2 al 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN mientras se tramite el recurso de reconsideración interpuesto contra la misma, sustentando su pedido en lo dispuesto en el artículo 226 numeral 2 del TUO LPAG.

17. Al respecto, el artículo 226 del TUO LPAG que regula la suspensión de ejecución de actos administrativos, establece lo siguiente:

“Artículo 226.- Suspensión de la ejecución

226.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

226.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso suspende de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.*

226.3 La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

226.4 Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.

226.5 La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió.”

18. Dicho artículo establece que la Autoridad suspenderá los efectos de sus resoluciones, siendo requisito para ello que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.
- b) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

19. Adicionalmente, cabe precisar que el artículo 226 del TUO LPAG también establece en su numeral 3 que previo a la suspensión de cualquier acto administrativo debe realizarse una ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

20. Dicho ello, se pasará a analizar la solicitud formulada por el Concesionario.

a) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

21. Como se ha explicado previamente, de acuerdo con el artículo 226 del TUO LPAG, un supuesto para disponer la suspensión de la ejecución del acto administrativo es que la autoridad administrativa aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

22. Al respecto, considerando que, la regla general contemplada en el artículo 226 numeral 1 del TUO LPAG es que la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, en concordancia con la presunción de validez de la que gozan los actos administrativos en virtud del artículo 9 de la misma norma; a efectos de que la autoridad administrativa pueda disponer la suspensión de la ejecución del acto administrativo, se debería apreciar, al menos con carácter indiciario, la existencia de un vicio de nulidad trascendente. Lo contrario implicaría que la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad conlleve a la suspensión de la ejecución del acto

administrativo, lo cual no guardaría coherencia con las demás disposiciones contenidas en la misma norma.

23. Siendo ello así, en el presente acápite se evaluará si de acuerdo con los argumentos expuestos por el Concesionario, se puede apreciar, de manera indiciaria, la existencia de un vicio de nulidad trascendente conforme lo exige el artículo 226 del TUO LPAG, sin perjuicio de la evaluación que corresponderá realizar al resolverse el recurso de reconsideración, lo cual no es materia del presente informe.

Sobre la presunta existencia de vicios en la motivación de la Resolución impugnada

24. En cuanto a este punto, el Concesionario alega que los argumentos expuestos por el Ositrán para aplicar el criterio del “año proforma” sobre la inversión obligatoria correspondiente a Obra Mínima de la Etapa 1 del Proyecto, son **“incompletos, insuficientes e incorrectos”**. Es por ello que, a su juicio, el extremo de la mencionada Resolución referido a la determinación del Factor de Productividad del TPE que estará vigente entre el 3 de octubre de 2019 y el 2 de octubre de 2024, no se encuentra debidamente motivado y, por tanto, se encuentra afectada por un vicio de nulidad.

25. Como sustento de lo anterior, el Concesionario formula, en síntesis, los siguientes argumentos:

- *“La sola calificación de un incremento significativo en los niveles de inversión como una “distorsión” resulta insuficiente para justificar el desconocimiento injustificado de las inversiones como parte del gasto en capital (...). Debe tenerse en cuenta, además, que las inversiones que se pretenden desconocer no son de menor rango. Por el contrario, se trata de inversiones obligatorias establecidas en el Contrato de Concesión, cuya ejecución se hace indispensable para la prestación de servicios estándares asociados al Proyecto. (...)”*
- *“La construcción de un año proforma en la Revisión Tarifaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez no respondió a un incremento significativo en el stock de capital. De hecho, las inversiones sobre las cuales se aplica un año proforma en el precedente citado por el Ositrán ascienden a tan solo USD 6 millones. De ahí que el “precedente” utilizado por el Ositrán para justificar la decisión del regulador no sea asimilable al caso que nos ocupa y por tanto, tampoco sea aplicable.”*
- *“Resaltamos además que la metodología aplicada en el precedente citado por OSITRAN- y en todos los precedentes de la regulación portuaria y aeroportuaria- evidencia que, cuando las inversiones representan un incremento significativo en el stock de capital, éstas son consideradas en el cálculo del factor X sin aplicar años proforma. (...) Dicha premisa se encuentra alineada con el análisis desarrollado en la página 131 del Informe “Revisión Tarifaria del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao” el cual hace referencia explícita al Terminal estableciendo que el diseño del Contrato de Concesión “permite que las inversiones sean incorporadas a la prestación del servicio, que los servicios maduren y que la gestión del concesionario permita la reducción de costos [...]. Es decir, no se requiere ningún tipo de corrección adicional para reflejar las ganancias de eficiencia reales de TPE, en la media que el Contrato de Concesión brinda un periodo suficiente para que la demanda responda a la inversión realizada”*
- *“Por tanto, la aplicación de un año proforma sobre las inversiones no solo carece de sustento técnico y económico, sino que además contraviene de manera directa los pronunciamientos y precedentes de OSITRAN respecto a la regulación en el sector portuario y aeroportuario, por lo cual no debería ser aplicada en el presente procedimiento.”*

[Énfasis añadido]

26. Al respecto, cabe señalar que el Principio de debida motivación recogido en el artículo 3¹ y el artículo 6² del TUO LPAG, tiene como objetivo garantizar el derecho del administrado

¹ TUO LPAG.-

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”.

² TUO LPAG.-

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

de conocer los hechos analizados por las autoridades y la fundamentación de la decisión adoptada, pues de lo contrario el pronunciamiento que se emita podría resultar arbitrario en perjuicio de los administrados.

27. En el presente caso, de la revisión de los argumentos expuestos por el Concesionario se puede observar que se encuentran orientados a cuestionar los criterios empleados por este Organismo Regulador en la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN, para emplear el “año proforma”. Así, de la revisión del escrito presentado por el Concesionario, no se advierte que cuestione la falta de motivación en la resolución impugnada respecto al empleo del año proforma (falta de exposición de los hechos o fundamentos empleados por el Ositrán para adoptar el mencionado criterio); por el contrario, el Concesionario manifiesta su desacuerdo y considera que son “incorrectos” los fundamentos que ha desarrollado Ositrán en la resolución impugnada y en el Informe que la sustenta; y, presenta argumentos por los cuales, a su juicio, no correspondería el empleo de dicho año proforma.
28. Sobre el particular, cabe recordar que, el fundamento del recurso de reconsideración radica en permitir que la misma autoridad administrativa que conoció el procedimiento revise nuevamente el caso y, en caso corresponda, pueda modificar su decisión. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en caso la autoridad revisora del acto impugnado pudiera tener una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en el acto impugnado, ello no constituye causal de nulidad, debiendo dicha apreciación distinta conducir a estimar total o parcialmente el recurso impugnativo presentado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del TUO LPAG.
29. Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que, el Concesionario ha señalado que la resolución y en el Informe que la sustenta no se encontraría debidamente motivada toda vez que dicha motivación sería “insuficiente, incompleta”. Al respecto, aun cuando el Concesionario no ha explicado las razones por las cuales la fundamentación del Regulador, a su juicio, sería “insuficiente o incompleta”, debe recordarse que, de conformidad con el artículo 14 del TUO LPAG³, los actos administrativos emitidos con motivación insuficiente o imparcial no constituyen actos administrativos afectados por vicios trascendentes, y por consiguiente, no se encuentran viciados de nulidad. En tal sentido, pese a que a criterio del Concesionario la motivación de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN y el Informe que la sustenta podría ser “insuficiente o incompleta”, ello no acarrearía la nulidad del acto administrativo, de conformidad con el artículo 14 del TUO LPAG.
30. Por tanto, teniendo en consideración los argumentos expuestos por el Concesionario antes señalados, no se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente,

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.”

³ TUO LPAG.-

“Artículo 14.- Conservación del acto 14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.”

conforme lo exige el artículo 226 del TUO LPAG, para disponer la suspensión de los efectos de los artículos 2° a 5° de la Resolución impugnada, en este extremo.

Sobre la existencia de una presunta vulneración del derecho a la igualdad de trato

31. El Concesionario alega que, en la industria portuaria existen múltiples ejemplos en los que, a diferencia de lo que ocurre con TPE, en este caso, Ositrán ha reconocido plenamente la inversión obligatoria ejecutada como parte del stock de capital considerado para el cálculo del factor de productividad, sin recurrir a ningún tipo de corrección (empleo de año proforma), ni alegar distorsión alguna. Así, el Concesionario hace referencia a los siguientes casos:

- *“En la Primera Revisión Tarifaria del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao se reconoció el incremento en las inversiones en el año 2015 (sin incorporar “años proforma”) relacionados a las inversiones en las cuentas “Bienes de la Concesión” y “Equipamiento” por un aproximado de USD 121 millones²⁰*
- *En la Cuarta Revisión Tarifaria del Terminal Portuario de Matarani se reconoció el incremento en las inversiones en el año 2016 (sin incorporar “años proforma”) relacionados a las inversiones en la cuenta “Infraestructura concesión” (relacionada a la puesta en operación del Muelle F en el Terminal Portuario de Matarani) por un aproximado de USD 239 millones²¹*
- *En la Tercera Revisión Tarifaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, la Segunda Revisión Tarifaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y la Primera Revisión Tarifaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez se reconoció el incremento en las inversiones en el año 2005 (sin incorporar “años proforma”) relacionados a las inversiones en la cuenta “Mejoras Aeropuerto” por un aproximado de USD 148 millones. Estas inversiones eran obligatorias y estaban pactadas contractualmente.*

20. Como ampliaremos en escritos posteriores y complementarios, la justificación otorgada por el regulador en los considerandos 371 al 377 del Informe de sustento son **discriminatorias y erradas**.

21. Como ampliaremos en escritos posteriores y complementarios, la justificación otorgada por el regulador en los considerandos 378 al 381 del Informe de sustento son **discriminatorias y erradas**.”

[Énfasis añadido]

32. En esa línea sostiene que, la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN y el Informe que la sustenta, vulneran el principio constitucional al derecho a la igualdad, pues *“pese a estar ante situaciones de hecho similares, ha tratado injustificadamente de manera distinta a TPE”*. Siendo ello así, a criterio del TPE, los artículos 2° al 5° de la Resolución impugnada deben ser declarados nulos en atención a lo dispuesto en el artículo 10 del TUO LPAG, el cual dispone que son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, la contravención a la Constitución⁴.
33. Al respecto, como se puede observar del argumento formulado por el Concesionario en este extremo, TPE alega que en la resolución impugnada y en el Informe que la sustenta, este Organismo Regulador habría adoptado un trato discriminatorio respecto a otras concesiones de infraestructura portuaria y aeroportuaria.
34. Sobre el particular, debe señalarse que, si bien el Concesionario ha alegado que este Organismo Regulador ha aplicado en este caso un trato discriminatorio, TPE no ha fundamentado dicha afirmación, habiéndose limitado a señalar que, en situaciones -a su entender- similares, Ositrán habría aplicado un criterio distinto (no se empleó año proforma a diferencia del presente caso). Sin perjuicio de ello, de la lectura de los argumentos

⁴ TUO LPAG.-

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...)”

expuestos por el Concesionario respecto a este punto, se observa nuevamente que cuestiona la fundamentación desarrollada por el Ositrán en la resolución impugnada y en el Informe que la sustenta, señalando que la misma se encontraría “errada”.

35. En efecto, en la etapa de comentarios a la Propuesta de Ositrán, el Concesionario formuló comentarios referidos al empleo del año proforma, haciendo referencia precisamente a la primera revisión tarifaria del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao y a la cuarta revisión tarifaria del Terminal Portuario de Matarani -citados por el Concesionario también en esta oportunidad- alegando que en dichos casos el Ositrán no aplicó año proforma⁵. Asimismo, en esa etapa de comentarios, el Concesionario solicitó que, en aplicación del Principio de Predictibilidad, siguiendo el criterio empleado en dichos casos, no se aplique el criterio de año proforma en el procedimiento tarifario.
36. En atención a ello, en el Informe que sustenta la resolución impugnada (párrafos 371 al 381) este Organismo Regulador explicó las razones por las que, a criterio de esta entidad, existen diferencias significativas entre el presente procedimiento de revisión tarifaria, y las revisiones tarifarias del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao y del Terminal Portuario de Matarani, desestimándose el comentario formulado por el Concesionario respecto a que, en aplicación del Principio de Predictibilidad, en el presente procedimiento de revisión tarifaria no correspondería aplicar el criterio de año proforma.
37. Sobre ello, en su escrito de reconsideración, el Concesionario ha señalado que la fundamentación plasmada en los citados párrafos del Informe de Ositrán sería, a su juicio, “errada”, es decir, no señala que la resolución impugnada carezca de motivación, sino que no está de acuerdo con los fundamentos expuestos por este Regulador, lo cual, en línea con lo señalado anteriormente, no constituye causal de nulidad, más aún cuando en la resolución impugnada se respondieron de manera expresa los comentarios formulados por el Concesionario en relación a los casos del Terminal Norte Multipropósito y el Terminal Portuario de Matarani.
38. De otro lado, en cuanto a la primera, segunda y tercera revisión tarifaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez a los cuales hace alusión el Concesionario en su escrito de reconsideración, cabe indicar que, dicho Concesionario no hizo referencia alguna a dichas revisiones en la etapa de comentarios en la Propuesta del Ositrán, motivo por el cual no fueron abordados en la resolución impugnada.
39. En consecuencia, tal como se ha señalado previamente en este documento, el fundamento del recurso de reconsideración radica en permitir que la misma autoridad que conoció el procedimiento revise nuevamente el caso y, de corresponder, pueda modificar su decisión, teniendo en consideración los argumentos que pueda aportar el recurrente. Asimismo, debe reiterarse que, de conformidad con el artículo 14 del TUO LPAG, una apreciación distinta por parte de la autoridad revisora no acarrearía la nulidad del acto administrativo.
40. Por tanto, teniendo en consideración los argumentos expuestos por el Concesionario en este extremo, tampoco se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente, conforme lo exige el artículo 226 del TUO LPAG numeral 2, para disponer la suspensión de los efectos de los artículos 2° a 5° de la Resolución impugnada.

Sobre la presunta vulneración al debido procedimiento

41. El Concesionario alega que, en el numeral 388 del Informe que sustenta la resolución impugnada se realiza modificaciones sobre el valor del endeudamiento reconocido para el cálculo del costo de capital del Proyecto. Así, refiere que, en dicho Informe se ha eliminado el endeudamiento adquirido por TPE para la ejecución de la Etapa 1 durante el periodo 2012-2014 y el año proforma 2015, habiéndose negado al Concesionario la oportunidad para brindar su posición al respecto durante el procedimiento tarifario.

⁵ Mediante Carta S/N del 10 de julio de 2019.

42. Considerando ello, el Concesionario alega que, los artículos 2° al 5° de la resolución impugnada se encontraría viciada de nulidad, por contravenir el principio del debido procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG.
43. Al respecto, cabe indicar que, en la etapa de comentarios a la Propuesta de Ositrán, el Concesionario señaló lo siguiente⁶:

“(...)

Sumado a lo anterior, excluir del cálculo las variaciones en las cantidades de capital relacionadas a las inversiones en la Etapa I generaría una serie de distorsiones sobre los resultados del factor de productividad, afectando la consistencia interna del cálculo:

(...)

El incremento en el endeudamiento del Concesionario durante el periodo 2011- 2012 respondió a una mayor necesidad de fondos para el desarrollo de la Etapa I. Reconocer en la tasa WACC el incremento en la deuda relacionado a los fondos invertidos en la Etapa I, mas no el incremento en los insumos relacionados a la inversión en la Etapa I implicaría una contradicción, y resultaría en un cálculo inconsistente.

(...)”

[Énfasis añadido]

44. Como se puede observar del texto antes citado, en la etapa de comentarios a la Propuesta del Ositrán, el Concesionario señaló que reconocer en la tasa WACC el incremento en la deuda relacionado a los fondos invertidos en la Etapa I, mas no el incremento en los insumos relacionados a la inversión en la Etapa I implicaría una contradicción, y resultaría en un cálculo inconsistente. Así, luego de la revisión del comentario formulado por el Concesionario, este Organismo Regulador aceptó parcialmente dicho comentario, señalando lo siguiente:

“386. En cuanto al comentario referido a la tasa WACC debe señalarse que, en efecto, tal y como lo menciona el Concesionario, el endeudamiento obtenido por TPE mediante la emisión de bonos realizada en abril de 2012 fue destinado para la ejecución de las obras relacionadas con la Etapa I, según se indica en las notas de los estados financieros auditados del Concesionario del año 2012²².

387. De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, este Organismo Regulador sí ha tomado en cuenta las inversiones vinculadas con la Etapa I (Muelle de Contenedores y Equipamiento), siendo que, para efectos de no considerar una variación ficticia en la productividad de la empresa, se ha construido un año proforma para el año 2015, asumiendo que en dicho año se iniciaron las operaciones de las referidas inversiones. Asimismo, es importante señalar que la tasa WACC a que hace referencia el Concesionario es utilizada como variable proxy del costo de capital o tasa de retorno de los activos en la fórmula de precio de alquiler de capital de Christensen – Jorgenson, la cual a su vez permite medir el costo al que el Concesionario alquilaría en el mercado los activos que requiere para su operación comercial. En tal sentido, a fin de aproximarnos a dicho costo de alquiler debe tomarse en consideración que, si bien el año 2012 el Concesionario obtuvo el endeudamiento para la ejecución de la Etapa I, esta inició operaciones (para efectos del cálculo del presente factor de productividad) en el año 2015, por lo que, considerar dicho endeudamiento para calcular la tasa WACC de la empresa para el periodo 2012-2014 y el año proforma 2015 (P3) – años en los que aún no se encontraba operativa la Etapa I – podría generar distorsiones en el cálculo de los precios de alquiler de los activos que sí se encontraban operativos en dicho periodo

388. Un caso similar ocurre con los proyectos greenfield, como el del Terminal Muelle Sur y el Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Terminal Portuario del Callao, en los cuales el endeudamiento obtenido por las empresas para ejecutar las inversiones obligatorias ingresa al cálculo del costo de capital y por ende al precio del activo de capital en el año en que se inician las operaciones de dichas inversiones. La diferencia entre estos casos y el TPP es que, mientras que en los proyectos greenfield no existen operaciones en paralelo cuando se ejecutan las inversiones obligatorias iniciales, en el TPP sí se encontraba operativo el Muelle Espigón Existente durante la construcción del Muelle de Contenedores. Por tanto, a efectos de realizar un cálculo consistente de los índices de precios y cantidades de los insumos de capital

⁶ Mediante Carta S/N del 10 de julio de 2019.

de la empresa, **se acepta de manera parcial el comentario del Concesionario** y, en atención a ello, se realizan los siguientes ajustes para el cálculo del precio de capital:

- *Durante el periodo 2012-2014 y el año proforma 2015 (P3) no se considera el endeudamiento adquirido por TPE para la ejecución de la Etapa I del TPP, a fin de no generar distorsiones en el cálculo del precio de los activos que se encontraban operativos en dichos años. En caso contrario, los precios de los activos de capital operativos durante dichos años (por ejemplo, el Muelle Espigón Existente) estarían influenciados por el costo de alquiler de activos que aún se encontraban en etapa de construcción y/o adquisición.*
- *Para el periodo 2015-2018 sí se considera el endeudamiento adquirido para la ejecución de la Etapa I del TPP, toda vez que en dichos años ya se encontraba en operaciones el Muelle de Contenedores y el equipamiento asociado a la referida etapa.
(...)"*

[Énfasis añadido]

45. De este modo, la decisión de Ositrán respecto a no considerar el endeudamiento adquirido por TPE para la ejecución de la Etapa I del TPP durante el periodo 2012-2014 y el año proforma 2015, a fin de no generar distorsiones en el cálculo del precio de los activos que se encontraban operativos en dichos años, es resultado de la evaluación del comentario formulado por el Concesionario en la etapa de comentarios a la Propuesta del Ositrán. Incluso, como resultado de la aplicación de este criterio, el Factor de Productividad pasó de 5,74% (contemplado en la Propuesta del Ositrán) a 5,30% (tal como consta en la resolución impugnada).
46. Por tanto, teniendo en consideración los argumentos expuestos por el Concesionario antes señalados, tampoco se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente, conforme lo exige el numeral 2 del artículo 226 del TUO LPAG, para disponer la suspensión de los efectos de los artículos 2° a 5° de la Resolución impugnada, en este extremo.

Sobre la presunta vulneración Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima

47. El Concesionario señala que "(...) en todas las revisiones tarifarias llevadas a cabo por OSITRAN en la industria portuaria, las inversiones más relevantes de las concesiones han sido reconocidas en el cálculo del Factor X, sin aplicar la metodología de años proforma, TPE tenía la lógica expectativa de que la inversión ejecutada en la Etapa 1 del Proyecto por parte del TPE también debe ser reconocida. Sin embargo, esto no ha ocurrido"
48. Al respecto, TPE aduce que, en la Resolución impugnada y en el Informe que la sustenta, este Regulador no ha ofrecido "sustento suficiente" para justificar la diferencia de trato hacia TPE en el presente procedimiento tarifario, por lo que se ha vulnerado el Principio de Predictibilidad y de Confianza Legítima, por lo que, los artículos 2° al 5° de la citada Resolución se encontraría viciada de nulidad en aplicación del artículo 10 del TUO de la LPAG.
49. Sobre el particular, tal como se ha indicado previamente en este documento, en el Informe que sustenta la Resolución Impugnada (párrafos 371 al 381) este Organismo Regulador explicó las razones por las que, a criterio de esta entidad, existen diferencias significativas entre el presente procedimiento de revisión tarifaria y los procedimientos de revisión tarifaria del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao y del Terminal Portuario de Matarani, a los cuales hizo alusión el Concesionario en la etapa de comentarios a la Propuesta Tarifaria del Ositrán. Así, en base a los fundamentos expuestos en el mencionado Informe, este Regulador desestimó el comentario del Concesionario respecto a que, en virtud del Principio de Predictibilidad correspondía aplicar en el presente procedimiento tarifario el mismo criterio aplicado en las otras dos revisiones tarifarias antes mencionadas.
50. Sin embargo, como se puede advertir nuevamente de los argumentos esgrimidos por el Concesionario en su escrito de reconsideración, TPE no está de acuerdo con la motivación expuesta por este Regulador y, en todo caso, considera que dicha motivación sería

“insuficiente”. En este punto, corresponde reiterar que, dado el Concesionario no está de acuerdo con los fundamentos expuestos por el Regulador, viene ejerciendo su derecho a contradecir los fundamentos del Regulador, los cuales serán tomados en cuenta al momento de resolver el recurso impugnativo.

51. Asimismo, debe reiterarse que, si en vía de reconsideración se tiene una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en el acto impugnado, ello no constituye causal de nulidad, de conformidad con el artículo 6 del TUO LPAG. Por último, si a criterio del Concesionario la motivación de este Regulador es “insuficiente”, de acuerdo con el artículo 14 del TUO LPAG, una motivación insuficiente o parcial del acto administrativo no acarrea su nulidad.
52. Por tanto, teniendo en consideración los argumentos expuestos por el Concesionario antes señalados, tampoco en este caso se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente, conforme lo exige el numeral 2 artículo 226 del TUO LPAG, para disponer la suspensión de los efectos de los artículos 2° a 5° de la Resolución impugnada.

b) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

53. Sobre los perjuicios de difícil reparación que podría generar la resolución impugnada, señala el Concesionario que de acuerdo al artículo 33 del RETA, debería publicar las nuevas tarifas y sus nuevas canastas de servicios conforme al porcentaje de 5,30% determinado a más tardar el 19 de setiembre de 2019; sin embargo, encontrándose cuestionada la validez de los artículos 2 al 5 de dicha resolución podría darse el caso que: (i) el Consejo resuelva la reconsideración después del inicio del periodo tarifario, y (ii) como resultado de este recurso, el Consejo determine correctamente que el Factor de productividad se reevalúe y resulte menor al porcentaje de 5,30% aprobado por la resolución en cuestión.
54. En esa línea, el Concesionario también señala que sólo podrá recuperar las sumas dejadas de percibir efectuando recargos posteriores a los usuarios, una vez que la controversia quede resuelta definitivamente, lo que podría acarrearle dos problemas:
 - a) Se generaría una afectación a sus ingresos que difícilmente serán recuperados, sin perjuicio que generará costos asociados a la cobranza que no serán remunerados. Además, en caso de mantenerse el mismo Factor de Productividad se estaría poniendo en riesgo la viabilidad económico-financiera de las inversiones asumidas por TPE, tales como inversión mínima obligatoria (i.e. Etapa 3) o Inversiones Adicionales por un monto de USD 90 millones; y,
 - b) En un eventual escenario de recargos posteriores a las tarifas de los usuarios, éstos podrían presentar reclamos, generándole daños reputacionales.
55. Al respecto, en línea con lo antes señalado, de acuerdo con el artículo 226 numeral 1 del TUO LPAG la regla general es que la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Esto guarda concordancia con el artículo 9 de la citada norma que establece que todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada (presunción de validez).
56. Ahora bien, en el caso de procedimientos tarifarios a cargo de OSITRAN, el artículo 22⁷ del RETA establece que la entrada en vigencia de las tarifas se inicia una vez vencido el

⁷ **“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.

Las resoluciones que emita el OSITRAN, así como las modificaciones de las mismas, se publicarán en el diario oficial El Peruano y en la página web del OSITRAN. Dichas Resoluciones deberán señalar el plazo de entrada en vigencia de las tarifas correspondientes, el cual no podrá iniciarse antes de vencido el plazo para la interposición del recurso impugnativo correspondiente.”

plazo para la interposición del recurso impugnativo correspondiente, es decir, el RETA difiere la entrada en vigencia de las tarifas hasta por un plazo de quince (15) días hábiles; siendo así que, en el presente caso al haberse notificado a TPE la resolución impugnada el 10 de setiembre de 2019, el plazo para interponer su recurso vence el 1 de octubre del presente y en línea con lo señalado en el artículo 2 de la resolución impugnada la vigencia del nuevo factor de productividad es partir del 3 de octubre del 2019.

57. Dicho ello, y en relación a la verificación de perjuicios de difícil o imposible reparación, debe indicarse que el Concesionario no ha incluido en su escrito información que acredite la generación de perjuicios y que estos sean de imposible o difícil reparación durante el periodo que demore la resolución de su recurso de reconsideración por parte del Consejo Directivo.
58. Sin perjuicio de lo señalado, no debe perderse de vista que la suspensión materia de análisis se encuentra relacionada con el cobro de tarifas regulado en un contrato de concesión, el cual se gestiona a partir de riesgos que deben ser asignados a la parte que se encuentre en la mejor capacidad de administrarlos, es decir, en la mejor capacidad de gestionarlos de manera eficiente, con un menor uso de recursos (o menor costo).
59. En el caso de la concesión del Terminal Portuario de Paita y en lo relativo al riesgo de disminución de ingresos alegado por el Concesionario debido a la aplicación del factor de productividad aprobado por la resolución impugnada, cabe señalar que el Contrato de Concesión ha previsto que incluso en el caso que los ingresos del Concesionario se vean disminuidos como consecuencia de una revisión tarifaria y se ubiquen por debajo del Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG),⁸ ello no activará su ejecución.
60. Finalmente, cabe indicar que el Concesionario ha señalado que en caso no se suspenda la resolución impugnada tendrá que aplicar recargos, lo cual consideramos no es viable toda vez que la posibilidad de aplicarlos se debería por incumplimientos atribuibles a los usuarios, lo cual no se da en el presente caso.⁹

⁸ **"10.1.2 INGRESO MÍNIMO ANUAL GARANTIZADO (IMAG)**

En garantía de las inversiones correspondientes a las Obras de la Etapa 1 y 2, el CONCEDENTE asegura al CONCESIONARIO, durante el período que resulte menor entre: (i) quince (15) años contados a partir del Año Calendario siguiente al del inicio de la Explotación de la Etapa 1 o, (ii) el plazo correspondiente al repago de la deuda del CONCESIONARIO, un nivel de ingreso mínimo anual garantizado (IMAG), conforme se indica en los párrafos siguientes.

Asimismo, en el caso de las inversiones correspondientes a las Obras de la Etapa 3, el CONCEDENTE asegura al CONCESIONARIO, durante el periodo que resulte menor entre: (i) diez (10) años contados a partir del Año Calendario siguiente al del inicio de la Explotación de la Etapa 3 o, (ii) el plazo correspondiente al repago de la deuda del CONCESIONARIO, un nivel de ingreso mínimo anual garantizado (IMAG), conforme se indica en los párrafos siguientes.

Esta garantía no será exigible en los casos que los ingresos totales anuales determinados por el REGULADOR de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 10.1.2.1 b) sean menores al IMAG como consecuencia de:

a) Si el CONCESIONARIO no está brindando los Servicios acorde con los Niveles de Servicio y Productividad, así como con los parámetros técnicos exigidos en los Anexos 3 y 4, respectivamente; o

b) Por Fuerza Mayor, Suspensión o Caducidad de la Concesión, de acuerdo a las condiciones establecidas en el presente Contrato.

c) Una reducción de los Ingresos como resultado de un proceso de revisión tarifaria bajo el mecanismo establecido en la Cláusula 8.21.

d) Una reducción de los ingresos, en concordancia con el procedimiento de reconocimiento del IMAG, establecido en la Cláusula 10.1.2.1, como resultado de la aplicación de políticas comerciales por parte del CONCESIONARIO."

[El subrayado es agregado.]

⁹ Según el artículo 10 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2017-CD-OSITRAN, el cual establece que:

"Las Entidades Prestadoras tienen derecho a ser resarcidas por los daños y perjuicios ocasionados por los Usuarios de las ITUP. Este derecho debe ser ejercido directamente entre las partes, vía conciliación, o sometiéndose a un arbitraje o ante el Poder Judicial, sin perjuicio de los recargos que las Entidades Prestadoras puedan aplicar a los Usuarios por el incumplimiento por parte de estos de alguna de sus obligaciones relacionadas con la prestación del servicio. No obstante, el Usuario de la ITUP podrá presentar un Reclamo respecto de la prestación del servicio que originó la aplicación del recargo."

61. Por lo tanto, se considera que tampoco se cumple con la circunstancia bajo análisis prevista en el artículo 226 numeral 2 del TUO LPAG.

c) Ponderación suficientemente razonada.

62. Sin perjuicio de todo el análisis realizado, el artículo 226 del TUO LPAG también establece en su numeral 3 (el cual no ha sido considerado por el Concesionario) que previo a la suspensión de cualquier acto administrativo debe realizarse además una ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.
63. Efectuando dicha ponderación y en base a lo argumentado a lo largo del presente informe, se puede señalar lo siguiente:
- En el presente caso no se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente en la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN.
 - En el presente caso TPE no ha acreditado la generación de perjuicios durante el periodo que demore la resolución de su recurso de reconsideración por parte del Consejo Directivo.
 - Si se suspendiera la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN los usuarios de los servicios regulados del terminal portuario podrían terminar asumiendo mayores tarifas a las que corresponderían con la aplicación del factor de productividad aprobado en la resolución impugnada.
 - No resulta viable trasladar a los usuarios recargo alguno tal como lo plantea el Concesionario.
64. Por tanto, en cumplimiento del numeral 3 del artículo 226 del TUO LPAG bajo análisis, se considera que no corresponde suspender la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN.
65. Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que este pronunciamiento está referido únicamente a la ejecución de la resolución impugnada, por lo que no condiciona, en modo alguno, el sentido del pronunciamiento que el Ositrán emitirá posteriormente sobre las pretensiones y cuestionamientos de fondo planteados por TPE en su recurso impugnativo.

IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

1. Sobre la base de los argumentos esgrimidos en el presente Informe, y teniendo en cuenta lo señalado en el TUO LPAG, corresponde desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución de los artículos 2° a 5° de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2019-CD-OSITRAN, solicitada por Terminales Portuarios Euroandinos S.A.
2. Se recomienda que el presente Informe sea elevado al Consejo Directivo para su aprobación y posterior notificación al Concesionario.

Atentamente,

HUMBERTO LUIS SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos