



Carta N° 0051-2020-GG/AETAI

Miraflores, 23 de junio del 2020.

Señora
VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta
OSITRAN
Presente.-

De nuestra consideración.-

Nos dirigimos a usted en atención a la reciente publicación para comentarios del Proyecto de **“Procedimiento aplicable a las solicitudes de incremento de tarifas máximas formuladas por el concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión”** y su Exposición de Motivos realizada en aplicación de lo acordado en Resolución de Consejo Directivo N° 0029-2020-CD-OSITRAN (Proyecto). Dicho Proyecto pretende reglamentar el procedimiento indicado el mismo que sería de aplicación a las cláusulas 13.3¹ y 13.1² del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, así como cláusulas similares contenidas en el Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani.

Sobre el particular, somos de la opinión que el OSITRAN estaría transgrediendo sus propias normas que durante años fueron emitidas y aplicadas de manera transparente por el Regulador.

En efecto, no existe necesidad de crear un **“Reglamento paralelo de Tarifas”** al Reglamento de Tarifas – RETA. Esta conclusión se desprende de la Exposición de Motivos y del Informe N° 00061-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) de 29 de mayo de 2020 (que forman parte de la Resolución de Consejo Directivo N° 0029-2020-CD-OSITRAN), los cuales no sustentan desde un punto de vista de regulación económica el motivo por el cual se hace necesaria la implementación de un **“Reglamento paralelo de Tarifas”**. El único aparente sustento señalado por el Regulador, y que no es fundamento para una

¹ “13.3. Apoyo del Concedente. Cuando ocurra cualquiera de los Eventos de Fuerza Mayor estipulados en la Cláusula 13.1 y se prevea que sus efectos continuarán por un período mayor de seis (6) meses, en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario, el Concedente de manera expeditiva optará por:

13.3.1 Actuando a través de OSITRAN, permitir un incremento transitorio de las Tarifas Máximas; y/o

13.3.2 Permitir una prórroga apropiada de la Vigencia de la Concesión; y/o

13.3.3 Permitir cualquier otra medida que el Concedente considere conveniente.”

² “13.3. Apoyo del Concedente. Cuando ocurra un Evento Especial de Fuerza Mayor, y continúe por un período mayor de seis (6) meses, en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario, el Concedente optará por una o más de las siguientes alternativas:

(...)

13.3.2 OSITRAN podrá permitir un incremento apropiado de las Tarifas Máximas; y/o

(...)”

modificación que atenta contra la seguridad jurídica, es la “*extensión de los plazos previstos en la norma [RETA]*”. Al respecto, el Regulador señala lo siguiente:

*“(…) Sobre el particular, teniendo en cuenta el contexto en el cual se produciría dicho incremento de tarifas máximas –en el marco de un mecanismo de apoyo del concedente ante un evento de fuerza mayor-, **el procedimiento que se encuentra desarrollado en el RETA no resultaría idóneo debido a la extensión de los plazos previstos en dicha norma**” (Extraído de la Exposición de Motivos, pág. 2).*

Sobre el particular, queremos señalar lo siguiente:

1. Según el Regulador, los plazos fijación o revisión tarifaria podrían ser muy extensos en el RETA. Entonces el propio OSITRAN está reconociendo en su proyecto de Reglamento, que existe la posibilidad de reducir los plazos de fijación o revisión tarifaria, y que en todo caso los plazos considerados en el RETA terminan siendo innecesarios.

En consecuencia, en la Exposición de Motivos falta justificar por qué el Regulador considera que los plazos de su RETA “*no son idóneos*”. Y eso implicaría, por ejemplo, que OSITRAN muestre en cuantas ocasiones concluyó procesos tarifarios antes de los tiempos previstos establecidos en el RETA y que en otros casos, la Gerencia de Regulación solicitó la ampliación de los plazos. Lo que deberíamos esperar de este indicador, es que en la mayor parte de los casos ha concluido antes de los tiempos establecidos en el RETA.

Los plazos indicados en el RETA son plazos máximos y no mínimos.

2. Adicionalmente, OSITRAN debe sustentar cuál es la diferencia existente entre un proceso de fijación o revisión tarifaria en una situación de supuesta “*fuerza mayor*” frente a uno sin “*fuerza mayor*”. La Exposición de Motivos tampoco lo aclara.

Cabe precisar que la supuesta “*urgencia tarifaria*” por la supuesta “*fuerza mayor*” que estaría esgrimiendo el Regulador en su Exposición de Motivos e Informe, siempre está presente para los concesionarios y para los usuarios (porque mientras más rápido tengan las tarifas, más rápido podrán hacer sus pronósticos de ingresos y costos futuros, lo que tiene un valor en el tiempo). Por lo tanto, el Regulador debe justificar desde el punto vista regulatorio, cuál es la diferencia entre un proceso de fijación o revisión tarifaria en una situación “*con fuerza mayor*” y “*sin fuerza mayor*”.

3. Ante un supuesto evento de “*fuerza mayor*”, el Concesionario debería demostrar que existe ruptura del equilibrio financiero, es decir, con las tarifas actuales obtiene beneficio menor que cero. No hay justificación para que se exima al Concesionario de ello, ello más aún si esto supone una revisión de todas las tarifas máximas (incluido por ejemplo, las tarifas de combustible de LAP). Esto debería implicar que en el caso que el beneficio sea mayor a cero, entonces, las tarifas tendrían que reajustarse hacia abajo, tal y como ha sucedido en algunos procesos de revisión tarifaria donde se aplicó de manera estricta el RETA. En ese sentido, esta revisión tarifaria acelerada no debería estar estrictamente relacionada al “*incremento de tarifas*” como lo hace el Proyecto, sino también a una revisión que podría terminar incluso en una reducción de las mismas. Bajo este esquema, además, se incentivaría a los concesionarios y al concedente el buscar soluciones alternativas al incremento



de tarifas de manera ilimitada pues existiría la posibilidad que las tarifas puedan terminar disminuyendo.

4. Por su parte, el Contrato de Concesión referido al Aeropuerto Internacional Jorge Chavez no define el concepto de “*equilibrio financiero*”, pero si el concepto de “*Equilibrio Económico*” en la Cláusula 26°, el cual está vinculado a cambios en las leyes o normas que originen una caída de los ingresos en 5.5% durante “*cuatro trimestres*” o un incremento en los “*costos y gastos del Concesionario*” en 5.5%.

Sin embargo, esta situación no se ha dado en el primer trimestre del año 2020 por cuanto el Concesionario obtuvo una **utilidad de más de US\$ 15 millones** de acuerdo con el Reporte de FRAPORT y que adjuntamos a la presente comunicación.

En este contexto, cabe precisar que cualquier incremento de las tarifas para LAP sólo estaría aumentando sus beneficios extraordinarios que ya viene obteniendo el concesionario desde que se dio inicio a la concesión. Recordemos que aún queda pendiente, la compensación que los usuarios estamos reclamando por la postergación de la construcción de la segunda pista y del nuevo terminal, monto que estimamos en más de US\$ 300 millones, lo cual volvemos a requerir, sea analizado antes de la evaluación de cualquier incremento de tarifa.

En conclusión, el hecho que las tarifas se incrementen por un supuesto evento de “*fuerza mayor*” no es justificación para desconocer el RETA, como el Regulador pretende hacer al proponer un “*Reglamento paralelo de Tarifas*”. Adicionalmente, **en ninguna parte de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión (Fuerza Mayor) se establece que el Regulador tendrá que crear un procedimiento paralelo de revisión tarifaria al RETA.** En todo caso, **si ese fuera el sentido, el Regulador tendría que haber realizado una “interpretación” del Contrato de Concesión a partir del cual, concluir que existiría esta supuesta necesidad de crear un nuevo reglamento tarifario.** Adicionalmente, en ninguno de los Informes de Modificación Contractual del Contrato de Concesión, el Regulador plantea la posibilidad de crear un “*Reglamento paralelo de Tarifas*” para la referida Cláusula, porque, es obvio que el Regulador nunca lo consideró necesario porque tenía el RETA. Además, en el supuesto negado que sea necesaria la creación de este procedimiento, el mismo también deberá prever la posibilidad de que las tarifas puedan ser reducidas, si es que financieramente se amerita.

Por lo expresado anteriormente, consideramos que el Regulador –antes de emitir la propuesta del “*Reglamento paralelo de Tarifas*”- debió haber realizado una interpretación de la Cláusula 13, con la finalidad de establecer si era necesario o pertinente un Reglamento paralelo al RETA. Por lo expresado previamente consideramos que esta propuesta no tiene asidero alguno.

Es en este sentido que consideramos que antes de emitir su propuesta de Reglamento, el Regulador debió y debe establecer los criterios interpretativos para verificar que se cumplieran los tres supuestos previos de la Cláusula 13° que debían darse antes de las “*opciones*”. Estas son:

- a. **Establecer los criterios interpretativos para que el Regulador afirme que se está configurando una situación de “fuerza mayor”.** Las cláusulas donde se

describen los eventos de fuerza mayor sólo las enumeran, pero es necesario que el Regulador establezca los **criterios interpretativos** con los cuales se configura este escenario de “fuerza mayor”. Por ejemplo, bajo qué criterios se puede decir que se trata de una epidemia o pandemia, quién establece esto o cómo se establece, qué fuentes de información se van a considerar como válidas o certeras. Además, cómo es que esa “fuerza mayor” repercute en el contrato de concesión, para que amerite la creación de este procedimiento. Por ejemplo, no basta señalar que en el Perú hubo un terremoto, sino determinar que el mismo se cataloga como una situación de caso fortuito/fuerza mayor y sobre todo cuál es el impacto en determinada concesión, porque si el impacto no existe, no amerita el inicio un procedimiento como el propuesto.

Adicionalmente, qué sucede si la fuerza mayor no sólo afecta a los concesionarios, sino que también afecta los usuarios de la infraestructura de transporte, que han reducido más del 95% de sus ingresos, como la situación actual.

- b. **Los criterios interpretativos que el Regulador va utilizar para determinar que el efecto de fuerza mayor va durar más de seis (06) meses.** En ningún extremo de la Exposición de Motivos ni del Informe el Regulador se establece cómo se va determinar este período de seis (06) meses, así como los criterios que va utilizar. Este punto resulta fundamental, para poder aplicar las “opciones” que plantea la Cláusula 13.1.

Es por este motivo que resulta indispensable una interpretación del contrato de concesión porque de la lectura textual del mismo, no queda claro cómo se va determinar que el efecto de la fuerza mayor va estar por encima de los seis (06) meses. Es necesario, el Regulador explique detalladamente los criterios que va utilizar cuando se le solicite la aplicación de la referida Cláusula Contractual.

Por lo pronto queda claro que durante el primer trimestre la utilidad neta de LAP fue de más de US\$ 15 millones, sólo US\$ 3 millones menor que el año pasado (riesgo de demanda) y que, por lo tanto, no tendría mucho sentido que el Concesionario invoque que la supuesta fuerza mayor le haya generado algún perjuicio económico porque en el primer trimestre ya obtuvo beneficios, ni que el Estado busque como única solución a un supuesto perjuicio el de elevar las tarifas máximas.

- c. Otro punto no menos importante es que en las referidas cláusulas (13.3 – LAP y 13.1 – TISUR) se indica: “ **en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario**”. Solicitamos que el Regulador explique detalladamente como interpreta el referido párrafo, es decir, desarrolle los “criterios interpretativos” que está utilizando. De la lectura textual, no queda claro a qué se está haciendo referencia en el referido párrafo y que es fundamental para la aplicación de alguna de las 3 opciones contenidas en dichas cláusulas. Podría interpretarse que si el Estado no cumple con hacer viable **los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental**, el mismo Estado (principio de unicidad del Estado) buscará una alternativa fácil sin impacto para él como lo es el elevar las tarifas que pagaran los usuarios. Asimismo, es importante que dicha imposibilidad de cumplir se deba a hechos ajenos al Estado mismo para evitar un incentivo perverso.



De lo expuesto, queda claro que existen varios pasos previos que deben cumplirse y que una vez realizados, recién el Concedente tendrá las referidas “**opciones**”, entre las que se encuentra (i) *Actuando a través de OSITRAN, permitir un incremento transitoria de las Tarifas Máximas*. Debe buscarse la menos gravosa para los usuarios.

En consecuencia, solicitamos que previamente a la creación de un “*Reglamento paralelo de Tarifas*” al Reglamento de Tarifas – RETA de OSITRAN se proceda a realizar una interpretación del Contrato de Concesión, donde se establezcan los “*criterios interpretativos*” que el Regulador va utilizar en la referida cláusula y sobre todo se garantice, que el espíritu normativo del Contrato de Concesión se mantenga y no se vea vulnerado por un posible comportamiento oportunista por parte del concesionario. Nuestro pedido se sustenta en que el tema tarifario somos un “*tercer involucrado*” y como tal, necesitamos que el marco tarifario proteja nuestros derechos como usuarios.

Finalmente, consideramos necesario se pueda aclarar a pedido de qué actor específico se ha dado inicio a un procedimiento de incremento de tarifas, dado que LAP ha declarado que no solicitó este procedimiento, sino más bien otro tipo de medida, orientada a no entregar el total de la retribución al Estado y con ello más bien se podrían bajar las tarifas. Por su lado, el MTC también ha informado que no ha solicitado un incremento de tarifas. Por este motivo, quisiéramos recibir los documentos exactos mediante los cuales, sea el MTC o LAP, se solicitó de manera expresa el inicio de un procedimiento de **incremento** de tarifas. De no existir tal documento con la literalidad comentada, **este procedimiento debe concluir, porque no ha sido solicitado por ningún interesado**.

Atentamente,

Carlos Gutiérrez Laguna
Gerente General – AETAI
RUC N° 20144795033