

INFORME CONJUNTO N° 00093-2020-IC-OSITRAN
(GRE - GAJ)

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

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

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto: Solicitud de fijación de tarifas provisionales para los servicios regulados en el Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Fecha: 13 de agosto de 2020

I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe conjunto es determinar la procedencia de la solicitud de fijación de tarifas provisionales para los servicios regulados brindados por DP World Callao S.R.L. en el Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur (en adelante, Terminal Muelle Sur o TMS), aplicables a partir del 18 de agosto de 2020 hasta la aprobación del factor de productividad por parte del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, Ositrán o el Regulador).

II. ANTECEDENTES

2. El 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú (en adelante, el Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, la APN), y DP World Callao S.R.L. (en adelante, DP World o el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. El 11 de marzo de 2010, el Contrato de Concesión fue modificado por la Adenda N° 1, a través de la cual: se incorporaron las definiciones de Obras Mayores y Obras Menores como una subclasificación dentro de la definición de Obras enunciada en el numeral 1.20.67, se modificó la Cláusula 6.6, se incorporó un segundo párrafo a la Cláusula 15.6 y se modificó el numeral 2.3.3 del Anexo 9 del mencionado Contrato de Concesión.
4. El 28 de septiembre de 2015, en el marco de la primera revisión tarifaria del Terminal Muelle Sur, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN¹, el Ositrán aprobó el factor de productividad de 4,14% aplicable a las tarifas tope o máximas del Terminal Muelle Sur, el cual se encuentra vigente hasta el 17 de agosto de 2020².
5. El 22 de enero de 2020, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2020-CD-OSITRAN³, el Ositrán aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del factor de

¹ Publicada el 30 de septiembre de 2015 en el diario oficial "El Peruano".

² El 23 de octubre de 2015, DP World interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 072-2015-CD-OSITRAN, se declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por el Concesionario; decisión que le fue informada a través del Oficio Circular N° 059-15-SCD-OSITRAN del 9 de diciembre de 2015.

³ Mediante Oficio N° 0015-2020-SCD-OSITRAN se notificó al Concesionario la citada resolución, conjuntamente con el Informe Conjunto N° 0007-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) que la sustenta.

productividad aplicable a las tarifas máximas de los siguientes servicios brindados en el Terminal Muelle Sur, durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2020 al 17 de agosto de 2025:

- **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE**
 - Por Metro de Eslora – Hora (o fracción de hora)

- **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA**
 - Tarifa por contenedor con carga de 20 pies
 - Tarifa por contenedor con carga de 40 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 20 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 40 pies

- **TARIFAS DE TRANSBORDO**
 - Tarifa por contenedor con carga de 20 pies
 - Tarifa por contenedor con carga de 40 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 20 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 40 pies

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

6. El 29 de enero de 2020, por medio del Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN, este Regulador requirió al Concesionario que remita información para el cálculo del factor de productividad en el Terminal Muelle Sur, otorgándole para ello, un plazo máximo de diez (10) días hábiles.
7. El 07 de febrero de 2020, con Carta N° DALC.DPWC.031.2020, el Concesionario solicitó una prórroga de diez (10) días hábiles adicionales para atender el mencionado requerimiento de información, sustentando su pedido de prórroga en el volumen y complejidad para recopilar, procesar y analizar la información solicitada por el Regulador.
8. El 10 febrero de 2020, mediante Oficio N° 00024-2020-GRE-OSITRAN, se le otorgó al Concesionario el plazo de diez (10) días hábiles adicionales solicitado. Dicho plazo venció el 26 de febrero de 2020.
9. El 20 de febrero de 2020, por intermedio de la Carta N° DALC.DPWC.037-2020, el Concesionario solicitó una ampliación por treinta (30) días del plazo establecido en la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2020-CD-OSITRAN para la presentación de su propuesta tarifaria.
10. El 24 de febrero de 2020, a través del Oficio N° 00026-2020-GRE-OSITRAN, de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 53 del Reglamento General de Tarifas del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2004-PCM y sus modificatorias (en adelante, RETA), se concedió de forma excepcional y por única vez, la extensión de plazo solicitada por el Concesionario, estableciéndose como nueva fecha de vencimiento para la presentación de su propuesta tarifaria el 17 de abril de 2020.
11. El 25 de febrero de 2020, a través de Carta N° DALC.DPWC.039.2020, el Concesionario presentó información a efectos de responder el requerimiento de información efectuado por el Regulador a través del Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN.
12. Mediante el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020 publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de marzo de 2020, se declaró la suspensión del cómputo de plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, por treinta (30) días hábiles contados

a partir del día siguiente de la publicación del citado decreto⁴. Dicha suspensión fue prorrogada mediante Decreto de Urgencia N° 053-2020⁵; y, posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 087-2020-PCM⁶, hasta el 10 de junio de 2020, inclusive. Cabe indicar que dicha suspensión de plazos no fue ampliada por una norma posterior.

13. El 11 de junio de 2020, por medio del Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN, este Regulador reiteró el requerimiento de información efectuado a través del mencionado Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN, dado que la información remitida por el Concesionario a través de su Carta N° DALC.DPWC.039.2020 señalada anteriormente, no fue presentada conforme al detalle solicitado. Para su atención, se le otorgó al Concesionario un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.
14. El 16 de junio de 2020, a través de Carta N° DALC.DPWC.080.2020, el Concesionario solicitó un plazo adicional de quince (15) días calendario a fin de cumplir debidamente el requerimiento de información efectuado por este Regulador.
15. El 18 de junio de 2020, mediante Oficio N° 00036-2020-GRE-OSITRAN, se le otorgó al Concesionario el plazo de quince (15) días calendario adicionales para atender el requerimiento efectuado por el Regulador. Dicho plazo venció el 03 de julio de 2020.
16. El 19 de junio de 2020, por intermedio del Oficio N° 00037-2020-GRE-OSITRAN, se comunicó al Concesionario que, teniendo en consideración la suspensión de plazos dispuesta conforme a los decretos indicados anteriormente, la prórroga concedida mediante el mencionado Oficio N° 00026-2020-GRE-OSITRAN para la presentación de la propuesta tarifaria vencía el 07 de julio de 2020.
17. El 03 de julio de 2020, a través de la Carta N° DALC.DPWC.133.2020, el Concesionario presentó información al Ositrán con la finalidad de absolver el requerimiento de información efectuado a través del Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN, reiterado por medio del Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN.
18. El 07 de julio de 2020, mediante Carta N° DALC.DPWC.138.2020, el Concesionario presentó su propuesta tarifaria. Asimismo, solicitó que se establezcan tarifas provisionales para los servicios estándar del Terminal Muelle Sur, proponiendo que, a partir del 18 de agosto del 2020, se actualicen las tarifas vigentes en función al RPI de los últimos doce (12) meses, las mismas que deberían mantenerse vigentes hasta que culmine el procedimiento de revisión tarifaria en curso.
19. El 22 de julio de 2020, a través del Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN, este Regulador reiteró el requerimiento de información efectuado a través del Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN y reiterado mediante Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN. Ello en la medida que la información presentada por el Concesionario a través de la Carta N° DALC.DPWC.039.2020 y Carta N° DALC.DPWC.133.2020 no se encontraba en los términos que fueron solicitados por el Regulador. Para la atención del mencionado Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN se otorgó al Concesionario un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, el cual vencía el 30 de julio de 2020.
20. El 23 de julio de 2020, a solicitud del Concesionario, se llevó a cabo la Audiencia Privada N° 1 en la cual los representantes de DP World realizaron algunas consultas referidas al reiterativo de requerimiento de información efectuado por la Gerencia de Regulación y

⁴ El 15 de abril de 2020, a través de la Carta S/N, el Concesionario señaló que el plazo del procedimiento se encontraba suspendido, en atención a las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo en el marco del Estado de Emergencia Nacional.

⁵ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 05 de mayo de 2020.

⁶ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 20 de mayo de 2020.

Estudios Económicos del Ositrán mediante Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN, señalado anteriormente.⁷

21. El 24 de julio de 2020, a solicitud del Concesionario, se realizó la Audiencia Privada N° 2 en la cual sus representantes expusieron la propuesta tarifaria presentada anteriormente por DP World.⁸
22. El 27 de julio de 2020, a solicitud del Concesionario, se llevó a cabo la Audiencia Privada N° 3 en la cual los representantes de DP World realizaron consultas adicionales sobre el reiterativo de requerimiento de información remitido a través del mencionado Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN.⁹
23. El 30 de julio de 2020, mediante Carta N° DALC.DPWC.170.2020, el Concesionario formuló su solicitud de informe oral ante el Consejo Directivo del Ositrán, a efectos de informar sobre su pedido de fijación de tarifas provisionales.
24. El 31 de julio de 2020, mediante Carta N° DALC.DPWC.164.2020, DP World señaló que toda comunicación que le sea dirigida deberá ser remitida a la siguiente dirección: Terminal Portuario Muelle Sur, Avenida Manco Cápac 113 - Cercado del Callao, Callao 07021.
25. El 31 de julio de 2020, a través de la Carta N° DALC.DPWC.172.2020, el Concesionario presentó información al Ositrán con la finalidad de absolver el requerimiento de información efectuado a través del Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN, reiterado por medio del Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN y Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN. Adicionalmente, solicitó que dicha información, así como aquella presentada mediante Carta N° DALC.DPWC.039.2020 y Carta N° DALC.DPWC.133.2020 sea tratada como información confidencial¹⁰.
26. El 31 de julio de 2020, por intermedio del Memorando N° 00104-2020-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos trasladó a la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán, la solicitud de confidencialidad presentada por el Concesionario.
27. El 03 de agosto de 2020, mediante Carta N° DALC.DPWC.172.2020, el Concesionario complementó la información presentada con anterioridad a través de su Carta N° DALC.DPWC.172.2020 del 31 de julio de 2020.
28. Por medio del Oficio 105-2020-SCD-OSITRAN, de fecha 03 de agosto de 2020, se informó al Concesionario que el Consejo Directivo del Ositrán decidió concederle el uso de la palabra para el día 12 de agosto de 2020 a las 11.20 horas.
29. El 12 de agosto de 2020, el Concesionario hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán, con la finalidad de exponer los argumentos que sustentan su pedido de tarifas provisionales.

III. ANÁLISIS

III.1. Marco legal aplicable

30. La Cláusula 14.3 del Contrato de Concesión establece que *“(e)l REGULADOR está facultado para ejercer todas las potestades y funciones que les confiere el Contrato y las*

⁷ Ver Acta de Audiencia Privada N° 1, disponible en: <<https://www.ositrان.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/acta-audiencia-privada-001-ositrان-dpwc.pdf>> (último acceso: 03 de agosto de 2020).

⁸ Ver Acta de Audiencia Privada N° 2, disponible en: <<https://www.ositrان.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/acta-audiencia-privada-002-ositrان-dpwc.pdf>> (último acceso: 03 de agosto de 2020).

⁹ Ver Acta de Audiencia Privada N° 3, disponible en: <<https://www.ositrان.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/acta-audiencia-privada-003-ositrان-dpwc.pdf>> (último acceso: 03 de agosto de 2020).

¹⁰ Cabe señalar que, a la fecha de emisión del presente informe, dicho pedido se encuentra en evaluación.

Leyes y Disposiciones Aplicables, de conformidad con la Ley N° 26917 y las demás normas de la legislación vigente”.

31. Concordante con ello, la Cláusula 1.20.60 del Contrato de Concesión, define Leyes y Disposiciones Aplicables como *“...el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente”.*
32. En la misma línea, la Cláusula 1.20.84 del Contrato de Concesión señala que el Regulador *“(e)s el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, de acuerdo a lo que dispone la Ley N° 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el Artículo 27° del reglamento que aprueba el Decreto Supremo N° 010-2001-PCM), son de observancia y cumplimiento obligatorio para el CONCESIONARIO”.*
33. Asimismo, es importante tener en cuenta que la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, establece, entre otros, que *“(l)as reglas y procedimientos complementarios aplicables a la revisión tarifaria se regularán por el Reglamento de Tarifas de OSITRAN.”*
34. A partir de las cláusulas antes mencionadas, se puede concluir lo siguiente:
 - Al Contrato de Concesión le resultan de aplicación las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, emitidas por cualquier autoridad gubernamental competente. En esa línea, los reglamentos emitidos por el Regulador, como el RETA, son de observancia obligatoria para el Concesionario.
 - El Contrato de Concesión reconoce expresamente la competencia del Regulador para ejercer todas las facultades conferidas por la legislación vigente.
 - En materia de revisión tarifaria, el Regulador debe aplicar las disposiciones establecidas en el Contrato de Concesión, así como en el RETA.
35. Por otro lado, de la revisión de las disposiciones del RETA, se advierte lo siguiente:
 - La regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva del Ositrán, por lo que le corresponde disponer la fijación, revisión o ajuste de Tarifas Máximas, y en general el establecimiento de Sistemas Tarifarios que incluyan reglas de aplicación de tarifas (artículo 5 del RETA).
 - El régimen tarifario regulado es aplicable cuando la prestación de servicios se realice en mercados en los cuales no existen condiciones de competencia, sin perjuicio de la aplicación de la normatividad legal y contractual vigente y las facultades de supervisión que le corresponden al Ositrán (artículos 10 y 11 del RETA).
 - Las Entidades Prestadoras que cuentan con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por lo estipulado en el RETA, salvo que dicho Contrato contenga normas específicas que se le opongan (artículos 9 y 24 del RETA).
 - Concordante con lo anterior, el RETA 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 (artículos 9 y 24 del RETA).

36. En este contexto, cuando el Contrato de Concesión establezca las tarifas, la metodología aplicable o el mecanismo de revisión, en todos los aspectos no regulados por dicho Contrato, se aplicará de manera supletoria el RETA.

III.2. Sobre el procedimiento de revisión tarifaria en trámite

37. La Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece que, a partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación del TMS con dos Amarraderos, el Regulador realizará la primera revisión de las Tarifas de los Servicios Estándar en función a la Nave y en función a la Carga aplicando el mecanismo regulatorio conocido como "RPI- X", establecido en el RETA.
38. De acuerdo con lo dispuesto en dicha cláusula contractual, como se indicó en la sección de antecedentes del presente informe conjunto, en el año 2015 se realizó la primera revisión tarifaria del TMS. Como resultado de dicho procedimiento, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, se aprobó el factor de productividad de 4,14% aplicable a las tarifas tope o máximas del TMS, el cual se encuentra vigente hasta el 17 de agosto de 2020.
39. Teniendo en cuenta el periodo de vigencia del factor de productividad antes indicado, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2020-CD-OSITRAN de fecha 22 de enero de 2020¹¹, el Consejo Directivo del Ositrán inició el procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los servicios regulados brindados en el TMS durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2020 al 17 de agosto de 2025, el cual se encuentra actualmente en curso.
40. En el marco de dicho proceso de revisión tarifaria, a través de la Carta N° DALC.DPWC.138.2020 mencionada anteriormente, el Concesionario ha solicitado la aplicación de tarifas provisionales para los servicios regulados brindados por DP World en el TMS, aplicables a partir del 18 de agosto de 2020 hasta la aprobación del factor de productividad por parte del Regulador.

III.3. Sobre la solicitud de fijación de tarifas provisionales para los servicios estándar del Terminal Muelle Sur

41. Como se ha indicado anteriormente, mediante Carta N° DALC.DPWC.138.2020, el Concesionario, además de remitir su propuesta tarifaria aplicable al periodo 2020-2025, solicitó que mientras concluye el procedimiento de revisión tarifaria en curso, el Regulador fije tarifas provisionales para los servicios regulados del Terminal Muelle Sur, considerando para ello que, a partir del 18 de agosto del 2020 hasta la aprobación del factor de productividad por parte del Regulador, las tarifas actualmente vigentes se actualicen en función al RPI de los últimos doce (12) meses.
42. La solicitud de fijación de tarifas provisionales formulada por el Concesionario se sustenta en los argumentos expuestos por el Concesionario en su Carta N° DALC.DPWC.138.2020, reiterados en el uso de la palabra que realizó ante el Consejo Directivo del Ositrán en la sesión de dicho órgano del 12 de agosto de 2020, los cuales se citan a continuación:
 - (i) El reajuste de las tarifas debía realizarse el 18 de agosto de 2020; sin embargo, debido a la pandemia generada por la propagación del COVID-19, el Poder Ejecutivo declaró el Estado de Emergencia Nacional y, como consecuencia de ello, mediante Decreto Supremo N° 029-2020-PCM dispuso la suspensión del cómputo de plazos de los procedimientos administrativos en trámite por un plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogado posteriormente por Decreto de Urgencia N° 053-2020 y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, hasta el 10 de junio inclusive. Considerando dicha suspensión de plazos, y teniendo en cuenta los plazos previstos en el RETA, es posible que el Ositrán emita su decisión final aproximadamente a inicios del segundo

¹¹ Publicado en el diario oficial El Peruano el 26 de enero de 2020.

trimestre de 2021. Siendo ello así, resulta necesario el establecimiento de tarifas provisionales.

- (ii) El Ositrán se encuentra facultado para establecer tarifas provisionales en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria, de conformidad con el numeral 2 del artículo 20 del RETA. En la medida que actualmente existen hechos extraordinarios que exponen al Concesionario a quedar desprotegido frente a la variación de la inflación, se justifica que, en beneficio de la continuidad de la Concesión, el Ositrán apruebe tarifas provisionales en aplicación del citado dispositivo legal (numeral 2 del artículo 20 del RETA).
- (iii) El Contrato de Concesión ha establecido las reglas que se deben seguir para actualizar anualmente las tarifas por el RPI, y así proteger al Concesionario de los efectos de la inflación. Lo anterior justifica que el Ositrán adopte una decisión provisional permitiendo al Concesionario actualizar sus tarifas máximas conforme al RPI de los últimos doce (12) meses¹². A juicio del Concesionario, la negativa del Ositrán de permitir dicha actualización de las tarifas máximas implicaría extender los efectos de la regulación tarifaria anterior más allá de lo permitido por el Contrato de Concesión, así como un recorte del período de aplicación de la nueva tarifa, configurándose en ambos casos una vulneración de dicho contrato.
- (iv) Si bien en procedimientos de revisión tarifaria anteriores en los cuales el factor de productividad no pudo ser aprobado antes de su fecha prevista de entrada en vigencia, el Ositrán ha decidido ampliar la vigencia de las tarifas, no debería procederse de la misma forma en el presente caso. Ello, pues en dichos procedimientos, la diferencia entre la fecha contractual establecida para la aplicación del reajuste correspondiente y la fecha de la decisión final del Regulador es entre un mes y cuatro meses y medio; mientras que, en el presente caso, la diferencia entre ambas fechas sería de aproximadamente ocho meses.
- (v) Por último indican que, en caso se considere que la medida solicitada debería implementarse directamente como un ajuste en función al RPI al tarifario vigente de DP World o a través de algún otro mecanismo, solicitan que, en virtud del principio de impulso de oficio, Ositrán encause su pedido y acceda a lo solicitado.

43. A continuación, se procederá a evaluar la solicitud formulada por el Concesionario.

III.3.1. Sobre la posibilidad de aprobar tarifas provisionales en el marco del procedimiento de revisión tarifaria

- 44. Al respecto, como se ha indicado previamente en el presente informe conjunto, de acuerdo con la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, las reglas y procedimientos aplicables a la revisión tarifaria se regulan por lo establecido en el RETA. Asimismo, de conformidad con los artículos 9 y 24 del RETA, dicha norma es de aplicación supletoria a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, si este no regulara en su totalidad el procedimiento, 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.
- 45. Si bien la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión no ha contemplado de manera específica el establecimiento de tarifas provisionales en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, resulta pertinente traer a colación las disposiciones contenidas en el RETA, las cuales resultan aplicables en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, de conformidad con lo dispuesto en la citada cláusula contractual, así como en los artículos 9 y 24 del RETA.

¹² Contados a partir del 18 de agosto de 2020.

46. Así, el RETA contempla la posibilidad de establecer una tarifa provisional, definida en su artículo 3¹³ como aquella tarifa aprobada por el Ositrán para la prestación de servicios por parte de las Entidades Prestadoras, que serán aplicables hasta que se produzca la aprobación de la tarifa definitiva.

47. Por su parte, el numeral 2 del artículo 20 del RETA señala que el Ositrán podrá establecer tarifas provisionales en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria, tal como se cita a continuación:

“Artículo 20. Tarifa Provisional

(...)

20.2. *Excepcionalmente, el OSITRAN podrá fijar tarifas provisionales en aquellos procedimientos de fijación o revisión tarifaria, en que se sustente y acredite debidamente la ocurrencia de hechos o eventos de fuerza mayor, y que puedan afectar la calidad y/o continuidad del servicio durante el período de fijación o durante períodos posteriores a la culminación del proceso de fijación o revisión tarifaria.”*

48. De acuerdo con las disposiciones antes citadas, se colige lo siguiente respecto a la posibilidad de establecer tarifas provisionales:

- (i) Es una potestad del Regulador fijar tarifas provisionales.
- (ii) El Regulador puede establecer tarifas provisionales en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria, cuando se acredite la ocurrencia de hechos o eventos de fuerza mayor, que *puedan* afectar la calidad y/o continuidad del servicio durante el proceso de revisión o con posterioridad a ello.
- (iii) La fijación de la tarifa provisional se aplica hasta que se apruebe la tarifa definitiva.

49. En el presente caso, el Concesionario ha solicitado la aplicación de tarifas provisionales en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 20 del RETA, señalando que, con motivo de la pandemia generada por la propagación del COVID-19, el Poder Ejecutivo declaró el Estado de Emergencia Nacional y, en ese contexto, dispuso la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos, generando que el presente procedimiento se suspenda por casi tres meses. Considerando dicha suspensión, y teniendo en cuenta los plazos del procedimiento, previstos en el RETA, el Concesionario considera que este Regulador no emitiría su decisión final antes del 18 de agosto de 2020, sino aproximadamente ocho (8) meses después de dicha fecha, motivo por el cual resulta necesario fijar tarifas provisionales.

50. Al respecto, como se explicó previamente, teniendo en cuenta que, en el marco de la revisión tarifaria anterior (2015), se determinó el factor de productividad que estará vigente hasta el 17 de agosto de 2020, con fecha 22 de enero de 2020, el Consejo Directivo del Ositrán dispuso el inicio del procedimiento de revisión tarifaria, otorgando a DP World un plazo de treinta (30) días hábiles para presentar su propuesta tarifaria. Cabe señalar que, con fecha 20 de febrero de 2020¹⁴, DP World solicitó una ampliación de plazo por treinta (30) días hábiles, la misma que le fue concedida el 24 de febrero del mismo año¹⁵, en aplicación del artículo 53 del RETA, razón por la cual el plazo máximo para la presentación de su propuesta tarifaria vencía el 17 de abril de 2020.

51. En el curso del plazo para la presentación de dicha propuesta tarifaria del Concesionario, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM¹⁶, el Poder Ejecutivo declaró el Estado de Emergencia Nacional y dispuso el aislamiento social obligatorio por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

¹³ “Tarifa Provisional: Tarifa, peaje u otro cobro similar aprobado por el OSITRAN, para la prestación de servicios por parte de las Entidades Prestadoras, que serán aplicables hasta que se produzca la aprobación de la tarifa definitiva.”

¹⁴ Carta N° DALC.DPWC.037-2020.

¹⁵ Oficio N° 00026-2020-GRE-OSITRAN.

¹⁶ Publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020. Dicho Estado de Emergencia fue ampliado mediante los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 083-2020-PCM, N° 094-2020-PCM, N° 116-2020-PCM y N° 135-2020-PCM. De acuerdo a este último decreto, el Estado de Emergencia Nacional se encuentra vigente hasta el 31 de agosto del 2020.

En ese contexto, a través del Decreto de Urgencia N° 029-2020 se declaró la suspensión del cómputo de plazos de tramitación de los procedimientos administrativos de cualquier índole por treinta (30) días hábiles. Cabe señalar que, dicha suspensión fue prorrogada por el Decreto de Urgencia N° 053-2020; y, posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, hasta el 10 de junio de 2020, inclusive.

52. Considerando dicha suspensión de plazos, el plazo máximo del Concesionario para presentar su propuesta tarifaria, previsto inicialmente para el 17 de abril de 2020, venció el 7 de julio del presente año, fecha en la cual DP World efectivamente presentó su propuesta tarifaria.
53. De conformidad con el procedimiento de revisión tarifaria contemplado en el RETA, luego de la presentación de la propuesta tarifaria por parte del Concesionario, corresponde realizar las siguientes actuaciones:
 - a) Dado que el Concesionario ha presentado su propuesta tarifaria con fecha del 07 de julio de 2020, de acuerdo al artículo 56 del RETA corresponde que la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos presente ante la Gerencia General la propuesta tarifaria del Regulador, disponiendo de un plazo máximo de sesenta (60) días. En el caso concreto, dicho plazo vencería el próximo 30 de septiembre de 2020, luego del cual, la Gerencia General tendría un plazo de cinco (5) días hábiles para elevar la propuesta tarifaria al Consejo Directivo, venciendo el 7 de octubre de 2020.
 - b) Seguidamente, el Consejo Directivo contaría con un plazo de quince (15) días hábiles para aprobar la publicación de la propuesta tarifaria en el diario oficial El Peruano, lo cual vencería el 29 de octubre de 2020. La resolución que apruebe la propuesta tarifaria, de conformidad con los artículos 42 y 43 del RETA, deberá establecer un plazo para recepción de comentarios, así como la fecha de celebración de la audiencia pública descentralizada, siendo que el plazo para recepción de comentarios no podrá ser menor de quince (15) días contados desde la fecha de publicación de la propuesta tarifaria. Teniendo en cuenta lo anterior, y asumiendo un plazo de dos (2) días para la publicación de la resolución en el diario oficial El Peruano, en el presente caso, el plazo de comentarios vencería el 23 de noviembre de 2020.
 - c) Posteriormente, de acuerdo con el artículo 59 del RETA corresponde que la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos presente ante la Gerencia General el informe que sustente las tarifas máximas relativas al procedimiento de revisión tarifaria, en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo para presentación de comentarios de los interesados. Dicho plazo vencería el 15 de diciembre de 2020. Posteriormente, la Gerencia General dispone de un plazo de cinco (5) días para elevar el informe mencionado ante el Consejo Directivo, y este, a su vez, dispone de un plazo de quince (15) días para emitir la correspondiente resolución tarifaria.
54. Como se puede observar, considerando dichos plazos previstos en el RETA, la emisión de la resolución tarifaria podría producirse el 14 de enero de 2021; es decir, cuatro (4) meses, tres (3) semanas y seis (6) días después del 18 de agosto de 2020.
55. Si durante el procedimiento de revisión tarifaria se produjera una prórroga de treinta (30) días adicionales para la evaluación de la propuesta tarifaria del Concesionario, conforme lo habilita el artículo 56 del RETA, y, además, se realizaran actuaciones complementarias de forma previa a la emisión de la respectiva resolución tarifaria en un plazo máximo de quince (15) días, según lo dispuesto en el artículo 60 del RETA, la emisión de la resolución tarifaria podría producirse el 18 de marzo de 2021, esto es, siete (7) meses después del 18 de agosto de 2020. En este punto, es preciso recordar que, si bien el RETA admite una prórroga para la evaluación de la propuesta tarifaria, así como la posibilidad de realizar actuaciones complementarias, ambos casos tienen carácter excepcional.
56. De acuerdo con lo anterior, la aprobación del factor de productividad en el marco del presente procedimiento tarifario, podría producirse cinco (5) meses después del 18 de

agosto de 2020, pudiendo en casos excepcionales ocurrir siete (7) meses después de esa fecha; sin embargo, aun en esos casos excepcionales, no se estima que el factor de productividad se apruebe recién en el segundo trimestre del 2021 (ocho meses después del 18 de agosto de 2021) como sostiene el Concesionario en su Carta N° DALC.DPWC.138.2020, a través de la cual solicitó la aplicación de tarifas provisionales¹⁷.

57. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta las etapas que se encuentran pendientes en el presente procedimiento tarifario y los plazos previstos en el RETA para dichas etapas pendientes, no es factible que el factor de productividad se apruebe con anterioridad al 18 de agosto del 2020, motivo por el cual resultaría atendible evaluar la solicitud de tarifas provisionales, siempre que se verifique en el presente caso que se cumplen las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 20 del RETA.
58. Como se mencionó previamente, de acuerdo con el RETA el Regulador tiene la potestad de fijar tarifas provisionales en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria cuando se verifique la ocurrencia de hechos o eventos de fuerza mayor, que puedan afectar la calidad y/o continuidad del servicio durante el procedimiento de revisión tarifaria o luego de dicho proceso.
59. En el presente caso, en línea con lo señalado por el Concesionario, producto de la pandemia generada por la propagación del COVID-19, el Poder Ejecutivo declaró el Estado de Emergencia Nacional y, en ese marco, se dispuso la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos, generando que el presente procedimiento se suspenda casi tres (3) meses. Debido a dicha suspensión de plazos no sería factible aprobar el factor de productividad con anterioridad al 18 de agosto de 2020.
60. Si bien el Concesionario no ha presentado documentación para acreditar que exista afectación a la calidad y/o continuidad del servicio durante el procedimiento de revisión tarifaria o luego de dicho proceso; debe indicarse que, dicho supuesto no es un requisito indispensable para acceder a la solicitud de aplicación de tarifa provisional. Ello, pues el numeral 2 del artículo 20 del RETA contempla como supuesto para la aplicación de estas tarifas provisionales que, ante el hecho o evento de fuerza mayor, exista la posibilidad de una afectación a la calidad y/o continuidad del servicio durante el proceso de revisión tarifaria o luego de ello.
61. Sobre ello, el Concesionario ha señalado que el numeral 2, del artículo 20 del RETA faculta al Ositrán a emitir decisiones precautorias, a fin de evitar que determinados eventos puedan afectar la prestación de los servicios brindados por los concesionarios y, de esta manera, mitigar el impacto de determinados eventos en la concesión y en los usuarios. De acuerdo con ello, el Concesionario sostiene que, dado que actualmente existen hechos extraordinarios producto del COVID-19 que han afectado el trámite del procedimiento, exponiendo al Concesionario a quedar desprotegido, se justifica que, en beneficio de la continuidad de la concesión, este Regulador apruebe tarifas provisionales de conformidad con el citado dispositivo legal.
62. Al respecto, en línea con lo señalado en los párrafos precedentes, debe tenerse en cuenta que, dado que el factor de productividad establecido en el marco de la revisión tarifaria anterior se encuentra vigente hasta el 17 de agosto de 2020, de no establecerse tarifas provisionales aplicables a partir del 18 de agosto de 2020 hasta que el Ositrán emita su decisión final en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria, no existirían tarifas vigentes que el Concesionario pudiera cobrar por los servicios regulados que brinda en el TMS durante el periodo antes indicado (desde el 18 de agosto de 2020 hasta que este Regulador emita su decisión final).

¹⁷ Cabe mencionar que, en un escrito posterior (Carta N° DALC.DPWC.170.2020 presentada el 30 de julio de 2020, con la finalidad de solicitar que se le conceda el uso de la palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán, con motivo de su solicitud de fijación de tarifas provisionales), DP World señaló que, la diferencia entre la fecha contractualmente prevista para el reajuste de tarifas máximas, y la decisión final del Regulador, sería aproximadamente seis meses.

63. En consecuencia, se estima razonable establecer tarifas provisionales para los servicios regulados brindados por el Concesionario en el Terminal Muelle Sur, verificándose que se cumplen las condiciones previstas para su aplicación conforme al numeral 2, del artículo 20 del RETA.

III.3.2. Sobre la fijación de tarifas provisionales para los servicios regulados del Terminal Muelle Sur

64. En su solicitud de tarifas provisionales presentada mediante Carta N° DALC.DPWC.138.2020, el Concesionario propone que, a partir del 18 de agosto de 2020, se actualicen las tarifas vigentes en función al RPI de los últimos doce (12) meses, debiendo mantenerse dichas tarifas hasta que culmine el presente proceso de revisión tarifaria. Cabe señalar también que, en el informe oral realizado ante el Consejo Directivo del Ositrán el día 12 de agosto de 2020, el Concesionario ha sido enfático en señalar que su propuesta consiste específicamente en permitir que las tarifas vigentes se ajusten únicamente por RPI. El Concesionario sustenta su solicitud en los siguientes fundamentos:

- a) El Contrato de Concesión ha establecido las reglas que se deben seguir para actualizar anualmente las tarifas por RPI, y así proteger al Concesionario de los efectos de la inflación, por lo que esperar a la emisión de la decisión final del Ositrán, podría perjudicar al Concesionario¹⁸. Lo anterior justificaría que el Ositrán adopte una decisión provisional permitiendo al Concesionario actualizar sus tarifas conforme al RPI de los últimos doce (12) meses¹⁹, lo cual contribuiría a mitigar los efectos que pudieran derivarse del retraso excepcional en la emisión de la decisión final del presente procedimiento.

A juicio del Concesionario, la negativa del Ositrán de permitir dicha actualización de las tarifas (ajustar por RPI) conllevaría a la imposibilidad del Concesionario de proteger sus inversiones, e implicaría extender los efectos de la regulación tarifaria anterior más allá de lo permitido por el Contrato de Concesión, así como un recorte del período de aplicación de la nueva tarifa, configurándose en ambos casos una vulneración de dicho contrato.

- b) Si bien en procedimientos de revisión tarifaria anteriores, el Ositrán ha decidido ampliar la vigencia de las tarifas (incluso, en la revisión tarifaria previa de DP World del año 2015) no debería procederse de la misma forma en el presente caso. Ello, pues en dichos procedimientos, la diferencia entre la fecha contractual establecida para la aplicación del reajuste correspondiente y la fecha de la decisión final del Regulador es entre un mes y cuatro meses y medio; mientras que, en el presente caso, la diferencia entre ambas fechas sería de aproximadamente ocho meses. En esa línea sostiene que las tarifas que actualizaría el Concesionario luego de emitida la decisión final del Ositrán incorporarían una inflación correspondiente a un periodo considerablemente desfasado, generando una afectación al TMS.

65. Con relación a la solicitud presentada por el Concesionario, es preciso indicar que la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión dispone que las actualizaciones tarifarias se realicen aplicando el mecanismo regulatorio "RPI-X", tal como se cita a continuación:

"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

(...)

*8.19 A partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación con dos Amarraderos, el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas de los Servicios Estándar en función a la Nave y en función a la carga aplicando el **mecanismo regulatorio conocido como "RPI-X", establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.***

¹⁸ Según indica el Concesionario, dichas reglas tienen como objetivo que el 18 de agosto de cada año, las tarifas incorporen el RPI de los últimos doce meses, a fin de que éstas reflejen las variaciones de precios que afectan a la economía y, por tanto, a la Concesión.

¹⁹ Contados a partir del 18 de agosto de 2020.

El RPI (Retail Price Index) es la inflación expresada en un índice general de precios 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:

RPI-X

Donde:

RPI: es la variación anual promedio del índice de precios al consumidor (CPI)¹ de los EEUU

X es la variación anual promedio de la productividad. El X será calculado por el REGULADOR y será revisado cada cinco años.

Las siguientes revisiones de las tarifas se realizarán cada cinco años.

(...)

Adicionalmente, cada año, se realizará la actualización tarifaria correspondiente en función al RPI de los últimos doce (12) meses 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 con dos Amarraderos, el factor de productividad (X), será cero. Este valor se mantendrá en el tiempo hasta el Año Calendario en el cual los ingresos anuales del CONCESIONARIO sean superiores en un 20% a los ingresos previstos en la Cláusula 10.1.3 referida a la garantía mínima.

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

...
¹ CPI: Es el índice de precios al consumidor (consumer price index) de los EEUU, publicado por el departamento de estadísticas laborales (The Bureau of labour Statistics).”

[Énfasis añadido]

66. De acuerdo con el mecanismo regulatorio “RPI-X” establecido en la mencionada Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el RPI es la inflación expresada en un índice general de precios utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación; y el factor de productividad (en adelante, X o factor X) corresponde a las ganancias promedio por productividad obtenidas por el Concesionario.
67. Asimismo, la citada cláusula contractual señala que para efectos del Contrato de Concesión será de aplicación la fórmula RPI-X, teniendo en cuenta para su aplicación que, “RPI” es la variación anual promedio del índice de precios al consumidor (CPI) de los EEUU (publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales), y “X” es la variación anual promedio de la productividad, la cual es calculada por el Regulador y es revisada cada cinco (5) años.
68. Así, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión antes señalada, para realizar el ajuste anual de tarifas máximas en el TMS se aplica la fórmula “RPI-X”, no admitiendo la posibilidad de que las tarifas máximas en el TMS se puedan actualizar únicamente en función de uno de sus valores. Siendo ello así, una actualización de las tarifas máximas del TMS en función únicamente por RPI, como plantea el Concesionario, no se ajusta a lo dispuesto en la Cláusula 18.9 del Contrato de Concesión.
69. Si bien el Concesionario ha alegado que, de no permitirse que actualicen sus tarifas máximas en función del RPI a partir del 18 de agosto de 2020 hasta que se apruebe la tarifa final en el marco del presente procedimiento, se le ocasionaría un supuesto perjuicio, dicha alegación parte de la premisa de que este podría actualizar sus tarifas únicamente en función del RPI²⁰. Sobre ello, debe reiterarse que, de conformidad con lo dispuesto en

²⁰ Cabe mencionar que, en el informe oral realizado el 12 de agosto de 2020, el Concesionario señaló que, en caso el Consejo Directivo del Ositrán no accediera a su petición (esto es, ajustar las tarifas vigentes considerando únicamente el RPI), implicaría un perjuicio económico para la empresa por un monto de USD 1 millón, en términos

la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión no resulta viable admitir una actualización de las tarifas máximas únicamente en función del RPI, como propone el Concesionario.

70. Ahora bien, a efectos de determinar las tarifas provisionales que serán aplicables a partir del 18 de agosto de 2020 hasta que se apruebe el factor de productividad definitivo, resulta pertinente tener en cuenta que, tal como se ha señalado previamente en este informe, según lo dispuesto en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, las Tarifas Máximas se ajustan de acuerdo con la fórmula RPI-X.
71. En ese orden de ideas, debe mencionarse que, el valor del RPI de julio de 2020, en base al cual se realizará en su oportunidad el reajuste de las tarifas máximas del TMS, ha sido publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales de los EEUU el 12 de agosto de 2020²¹. Por su parte, el valor del factor de productividad definitivo será aquel que apruebe este Regulador cuando concluya el presente procedimiento de revisión tarifaria. De este modo, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, la actualización de las tarifas máximas del TMS se realizará en función de dicho factor de productividad y la variación anual promedio del índice de precios al consumidor de los EEUU a julio de 2020.
72. Así, siendo que, de acuerdo con la fórmula (RPI-X) prevista en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, la evolución de las Tarifas Máximas depende del valor de las variables “RPI” y “X”, es posible cualquiera de los siguientes escenarios:
 - a) Incremento de tarifas, si $X < 0,99$.
 - b) Se mantienen las tarifas, si $X = 0,99$.
 - c) Reducción de tarifas, si $X > 0,99$.
73. De este modo, considerando que, de acuerdo con la fórmula RPI-X prevista en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, la evolución de las tarifas máximas depende de los valores del RPI correspondiente a julio 2020 (publicado el Departamento de Estadísticas Laborales de los EEUU) y del factor de productividad que se determine en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria (X), puede obtenerse como resultado que las tarifas se incrementen, se mantengan o se reduzcan.
74. Por otro lado, es importante tener en cuenta que es deber de este Regulador cautelar en forma objetiva e imparcial los intereses del Concesionario y de los Usuarios de la Infraestructura de Transporte de Uso Público bajo su competencia, de acuerdo con su Ley de Creación, Ley N° 26917, así como de conformidad con el Reglamento General del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.
75. Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de definir las tarifas provisionales aplicables en este caso concreto, resulta oportuno indicar que, como se ha mencionado en los acápite previos de este Informe, el 07 de julio de 2020, el Concesionario ha presentado su propuesta tarifaria (mediante Carta N° DALC.DPWC.138.2020). Asimismo, debe mencionarse que, en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, desde el 29 de enero de 2020, este Regulador cursó requerimientos a DP World, a fin de que proporcione

de valor presente neto. Asimismo, DPWC manifiesta que la propuesta que realizan (ajustar únicamente por RPI) implica establecer tarifas menores a aquellas que se aplican por servicios similares en puertos comparables sujetos al mecanismo RPI -X (*benchmarking*).

Al respecto, es preciso indicar que, dichos argumentos no fueron planteados por el Concesionario en su solicitud de tarifas provisionales presentado mediante Carta N° DALC.DPWC.138.2020. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que, dichos argumentos parten de la premisa de que DP World podría actualizar las tarifas únicamente en función del RPI, lo que implicaría que las tarifas máximas que se cobran por los servicios regulados que se brindan en el TMS se incrementen en 0,99% (de acuerdo con el RPI de julio de 2020, publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales de los EE.UU.). Sin embargo, tal como se ha explicado en el presente informe, de acuerdo con la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, las tarifas se actualizan bajo la fórmula RPI-X, no admitiendo la actualización en función únicamente del RPI, como plantea el Concesionario.

²¹ El índice de precios al consumidor (CPI) de los Estados Unidos de América en julio de 2020 fue 259,101 y el de julio de 2019 fue 256,571; lo que implica que su variación porcentual anual, es decir, el RPI fue 0,99%. Información disponible en: <<https://www.bls.gov/news.release/cpi.t01.htm>> (último acceso: 12 de agosto de 2020).

información relevante para realizar el cálculo del factor de productividad (mediante Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN de fecha 29 de enero de 2020, reiterado a través del Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN de fecha 11 de junio de 2020 y el Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN de fecha 22 de julio de 2020), habiendo presentado recientemente el Concesionario información para atender dichos requerimientos de información (Carta DALC.DPWC.172.2020, presentada el 31 de julio y el 03 de agosto de 2020), tal como se detalla a continuación:

- Mediante Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN notificado el 29.01.2020, se solicitó DP World remitir información relevante para el cálculo del factor de productividad en el TMS, otorgándose para tal efecto un plazo de diez (10) días hábiles. Cabe indicar que, en atención a la solicitud formulada por el Concesionario²², a través del Oficio N° 00024-2020-GRE-OSITRAN notificado el 10.02.2020, se otorgó diez (10) días hábiles adicionales para responder el requerimiento.
- En atención a dicho requerimiento de información, DP World remitió Carta DALC.DPWC.039.2020 recibida el 25.02.2020. De la revisión de la información remitida adjunta a dicho documento, se advirtió que no cumplía en su totalidad con los términos requeridos en el Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN. Por tal motivo, mediante el Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN notificado el 11.06.2020 se reiteraron diversos aspectos del oficio antes indicado, otorgándose para su atención un plazo de cinco (05) días hábiles. Cabe señalar que, nuevamente en atención a la solicitud formulada por DP World²³, a través del Oficio N° 00036-2020-GRE-OSITRAN notificado el 18.06.2020, se concedieron quince (15) días calendario adicionales para responder dicho reiterativo.
- En respuesta a dicho reiterativo, DP World presentó la Carta DALC.DPWC.133.2020 recibida el 06.07.2020. Al respecto, de la revisión de la información remitida adjunta a dicho documento, se advirtió que el Concesionario aún no remitía la información en los términos solicitados por este Regulador a través del Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN, reiterado mediante el Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN. Considerando ello, mediante Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN, de fecha 22 de julio de 2020, se envió al Concesionario un nuevo reiterativo de modo tal que la información solicitada mediante Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN y reiterada a través del Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN, sea remitida en los términos señalados en dichos documentos.
- En atención a este último reiterativo, con fecha 31 de julio y 3 de agosto de 2020, mediante Carta N° DALC.DPWC.172.2020²⁴, el Concesionario ha presentado información para atender los oficios cursados por este Regulador (a través del Oficio N° 00016-2020-GRE-OSITRAN de fecha 29 de enero de 2020, reiterado mediante Oficio N° 00035-2020-GRE-OSITRAN, de fecha 11 de junio de 2020 y el Oficio N° 00046-2020-GRE-OSITRAN, de fecha 22 de julio de 2020).

²² Mediante Carta DALC.DPWC.031.2020 recibida el 07.02.2020.

²³ Mediante la Carta DALC.DPWC.080.2020 recibida el 16.06.2020.

²⁴ Cabe señalar que, en ambas fechas (31 de julio y 3 de agosto de 2020), el Concesionario presentó comunicaciones con la misma numeración (DALC.DPWC.172.2020). Al respecto, se señala que:

- En su escrito del 31 de julio de 2020, DPWC indicó que adjuntaba información sobre stock de activos, contenida en un Anexo 5, pero dicha información no se encontraba entre aquella recibida adjunta al mencionado escrito, siendo que información contenida en el mencionado Anexo 5 fue enviada posteriormente por el Concesionario mediante su comunicación del 3 de agosto de 2020.
- En su escrito del 31 de julio de 2020, DPWC señaló que adjuntaba archivos de MS Excel sobre facturación del periodo 2011-2019, sin embargo, dichos archivos no podían ser reproducidos, lo cual fue observado por Mesa de Partes del Ositrán. En vista de ello, con su escrito del 3 de agosto de 2020, el Concesionario remitió dichos archivos de facturación los cuales, en esta ocasión, sí pudieron ser reproducidos.

76. Así, si bien a la fecha de emisión del presente informe se cuenta con el valor del RPI de julio de 2020, considerando que recientemente el Concesionario ha presentado su propuesta tarifaria y ha proporcionado información para atender los requerimientos efectuados por este Regulador antes mencionados, los mismos que se encuentran actualmente en proceso de revisión y evaluación por parte de esta entidad, no sería factible en este estado del procedimiento establecer tarifas provisionales en base al cálculo preliminar de un factor de productividad (X) que pueda tener en consideración la propuesta e información antes señalada²⁵.
77. En consecuencia, en base a la mejor información disponible en esta etapa del procedimiento y teniendo en cuenta que actualmente existen tarifas aplicables para la prestación de los servicios regulados que se brindan en el TMS, este Regulador considera razonable que las tarifas provisionales para dichos servicios, aplicables a partir del 18 de agosto de 2020 hasta que se apruebe el factor de productividad definitivo, sean establecidas en los valores que se encuentran actualmente vigentes. Ello, teniendo en cuenta, además, que el mecanismo de ajuste previsto en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión "RPI – X" no implica necesariamente que las Tarifas Máximas deban incrementarse en cada actualización, pues al depender de los valores de ambas variables, las Tarifas Máximas podrían mantenerse, incrementarse o reducirse, conforme se ha explicado previamente en este acápite del informe.
78. Cabe señalar que, en el marco de procedimientos de revisión tarifaria anteriores en los cuales tampoco fue factible aprobar el factor de productividad con anterioridad a la fecha prevista contractualmente para la entrada en vigencia del reajuste, el Consejo Directivo del Ositrán optó por extender la vigencia de las tarifas máximas que se encontraban vigentes hasta que se apruebe la tarifa definitiva (el nuevo factor X). Dichos procedimientos son los siguientes: primera revisión tarifaria del TMS (DP World Callao S.R.L. - 2015), tercera revisión tarifaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (Lima Airport Partners S.R.L. - 2019) y primera revisión tarifaria del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales (Transportadora Callao S.A. - 2019).
79. En cuanto a dichos antecedentes, el Concesionario ha señalado que los mismos no serían similares al presente caso, pues en tales antecedentes la diferencia entre la fecha contractual establecida para la aplicación del reajuste correspondiente y la fecha de la decisión final del Regulador es entre un mes y cuatro meses y medio; mientras que, en el presente caso, la diferencia entre ambas fechas sería de aproximadamente ocho meses. En esa línea, el Concesionario sostiene que no resultaría adecuado que, en este caso, se proceda de forma similar a los antecedentes antes citados.
80. Respecto a lo alegado por el Concesionario, como se indicó previamente en este informe, considerando los plazos previstos en el RETA, la emisión de la resolución tarifaria del presente procedimiento podría producirse el 19 de enero de 2021; es decir, aproximadamente cinco meses después del 18 de agosto de 2020, pudiendo en casos excepcionales producirse siete meses después de esa fecha; sin embargo, aun en esos casos excepcionales, no se estima que el factor de productividad se apruebe recién en el segundo trimestre del 2021 (ocho meses después del 18 de agosto de 2021), como señala el Concesionario en su Carta N° DALC.DPWC.138.2020²⁶.
81. Siendo ello así, en el presente caso, la diferencia entre la fecha inicialmente prevista para el reajuste y la fecha en la que se apruebe el factor de productividad definitivo, no sería significativamente diferente a la de los antecedentes antes mencionados, teniendo en cuenta que sería posible que en este caso se apruebe el factor de productividad definitivo aproximadamente cinco meses después de la fecha inicialmente prevista en el Contrato de Concesión.

²⁵ Cabe mencionar que, en el informe oral realizado el 12 de agosto de 2020 ante el Consejo Directivo del Ositrán, el Concesionario señaló que en su propuesta de tarifas provisionales no consideró dicha opción (que se calcule un factor de productividad para la determinación de las tarifas provisionales) debido al estado actual del procedimiento de revisión tarifaria.

²⁶ Ver nota a pie de página N° 17.

82. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que, independientemente de que en este caso -a diferencia de los antecedentes antes citados- pudiera existir un mayor espacio de tiempo entre la fecha contractualmente prevista para el reajuste y la fecha en la cual el Regulador podría aprobar el factor de productividad definitivo, se considera que resulta razonable establecer las tarifas provisionales en los valores que se encuentran actualmente las tarifas vigentes, por las consideraciones que han sido expuestas en los párrafos precedentes.
83. Por último, el Concesionario ha señalado que, rechazar su solicitud implicaría extender la vigencia las tarifas máximas implicaría extender los efectos de la regulación tarifaria anterior más allá de lo permitido por el Contrato de Concesión y un recorte del periodo de aplicación de la nueva tarifa, lo que significaría una vulneración del Contrato de Concesión.
84. Al respecto, es preciso reiterar que, atender la solicitud de fijación de tarifas provisionales en los términos propuestos por el Concesionario (actualización de las tarifas máximas de los servicios que se brindan en el TMS únicamente por RPI) no se ajusta lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, pues de acuerdo con dicha cláusula contractual las tarifas máximas de los servicios del TMS se actualizan bajo el mecanismo "RPI-X", no admitiendo su actualización en función a una de sus variables (únicamente por RPI, como plantea el Concesionario).
85. Asimismo, debe indicarse que, tal como lo ha señalado el Concesionario en su solicitud de fijación de tarifas provisionales, en el presente caso no sería factible aprobar el factor de productividad definitivo con anterioridad al 18 de agosto de 2020, debido a un hecho ajeno al Concesionario y al Ositrán (esto es, la propagación del COVID-19, motivo por el cual el Poder Ejecutivo declaró el Estado de Emergencia Nacional y, en cuyo marco, dispuso la suspensión de plazos de los procedimientos administrativos), que generó la suspensión de plazos del presente procedimiento tarifario. Precisamente por ello, el Concesionario ha solicitado el establecimiento de tarifas provisionales que resulten de aplicación hasta que se apruebe el factor de productividad definitivo, reconociendo la facultad del Regulador para tal efecto.
86. En efecto, como se ha explicado previamente en el presente informe conjunto, este Regulador tiene la potestad de fijar tarifas provisionales en el marco de un proceso de revisión tarifaria de acuerdo con lo dispuesto en el RETA, debiendo reiterar que dichas disposiciones resultan de aplicación en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, así como los artículos 9 y 24 del RETA.
87. Por tanto, de acuerdo con los argumentos desarrollados anteriormente, este Regulador considera que en este caso en particular resulta aplicable la aprobación de tarifas provisionales en atención a lo establecido en el numeral 2 del artículo 20 del RETA, toda vez que, no será factible aprobar el factor de productividad definitivo de manera previa al 18 de agosto de 2020. Asimismo, de acuerdo con la evaluación realizada en el presente informe, se considera razonable que las tarifas provisionales aplicables a los servicios regulados brindados por el Concesionario en el TMS sean establecidas en los valores que se encuentran actualmente vigentes. Dichas tarifas provisionales deben ser aplicadas a partir del 18 de agosto de 2020 hasta que se apruebe el factor de productividad en el marco del presente procedimiento.
88. Finalmente, dado que las tarifas provisionales para los servicios regulados que se brindan en el TMS aplicables desde el 18 de agosto de 2020, se establecen en los valores que se encuentran actualmente vigentes, no se requiere que DP World realice una modificación de su tarifario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del RETA. No obstante, a fin de garantizar que los usuarios tomen conocimiento de lo antes señalado, resulta razonable

requerir al Concesionario publicar un anuncio en su página web con la información antes indicada, a más tardar el 18 de agosto de 2020²⁷.

IV. CONCLUSIONES

89. Sobre la base a los argumentos desarrollados en el presente informe conjunto, se considera razonable:
- a) Establecer tarifas provisionales para los servicios estándar brindados por el Concesionario en el Terminal Muelle Sur, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 20 del RETA.
 - b) Determinar el monto de las tarifas provisionales en los valores que se encuentran actualmente vigentes, las cuales serán aplicables a partir del 18 de agosto de 2020 hasta que se apruebe el factor de productividad definitivo en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria.
 - c) Disponer que el Concesionario publique un anuncio en su página web respecto a la entrada en vigencia de las tarifas provisionales a más tardar el 18 de agosto de 2020, no siendo necesario que realice una modificación de su tarifario conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del RETA, toda vez que dichas tarifas se establecen en los valores que se encuentran actualmente vigentes.

V. RECOMENDACIÓN

90. Se recomienda, en atención de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 20 del RETA, aprobar tarifas provisionales para los servicios estándar brindados por el Concesionario en el Terminal Muelle Sur, estableciéndose sus valores iguales a aquellos que se encuentran actualmente vigentes, los cuales serán aplicables a partir del 18 de agosto de 2020 hasta que se apruebe el factor de productividad definitivo en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2020053558

²⁷ **Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público (aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2017-CD-OSITRAN).** -

“Artículo 13.- Medios o formas de brindar la información

La información a la que se refiere el artículo anterior, así como cualquier otra que tenga incidencia en la prestación de los servicios portuarios, aeroportuarios, viales, ferroviarios y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, podrá ser difundida, dependiendo del tipo de información, utilizando uno o más de los siguientes medios:

(...)

b. Página web de las Entidades Prestadoras, de acuerdo a lo regulado en el artículo 15 del presente Reglamento.

(...)”