

Carta No. 0245-2021-APMTC/LEG

Callao, 16 de abril de 2021

Señores

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

Calle Los Negocios 182, Piso 2

Surquillo.-

Atención : Sra. Verónica Zambrano Copello
Presidenta de Consejo Directivo

Asunto : Comentario al Informe "Propuesta: Revisión de Oficio del Factor Productividad en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, 2021-2026"

Referencia : a) Resolución de Consejo Directivo 56-2020-CD-OSITRAN del 22 de octubre de 2020.
b) Resolución de Consejo Directivo 11-2021-CD-OSITRAN publicada el 17 de marzo de 2021.

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a vuestro Despacho con relación al procedimiento en curso de revisión tarifaria de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los servicios prestados en el Terminal Norte Multipropósito - TNM del Terminal Portuario del Callao para el periodo comprendido entre el 1 de julio del 2021 y el 30 de junio del 2026, iniciado a través de la resolución de la referencia (a).

APM Terminals Callao S.A. (en adelante, "APM Terminals") suscribió con el Estado peruano en mayo de 2011 el "Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao" (en adelante, el "Contrato de Concesión"), cuya cláusula 8.25 establece que "[a] partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación, el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas, aplicando el mecanismo regulatorio "RPI - X", establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN tanto para los Servicios Estándar como para los Servicios Especiales con Tarifa." El RPI-X representa el mecanismo de regulación tarifaria conocido como *price cap* con factor de productividad.

I. Presentación de objeciones y comentarios, y solicitudes al Consejo Directivo

Como es de su conocimiento, mediante la resolución de la referencia (b), el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó la difusión para comentarios del Informe "*Propuesta: Revisión de Oficio del Factor de Productividad en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, 2021-2026*" (en adelante, el "Proyecto").

De conformidad con los plazos aplicables al presente procedimiento administrativo regulatorio, APM Terminals cumple con presentar sus objeciones y comentarios al Proyecto.

Para ello, conjuntamente a la presente comunicación, estamos remitiendo:

- (i) El Informe “Comentarios a la propuesta de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositran para la revisión de oficio del factor de productividad del Terminal Norte Multipropósito para el quinquenio 2021 – 2026” elaborado por la prestigiosa consultora económico-regulatoria APOYO Consultoría (en adelante, “APOYO Consultoría”), que describe la inadecuada metodología utilizada en el Proyecto, a efectos de la determinación del factor de productividad aplicable al presente proceso de revisión tarifaria, En particular, en lo relativo a aplicación de la metodología de años proforma en los períodos 2015 – 2016, así como respecto de los criterios metodológicos relacionados con el reconocimiento de intereses capitalizados y desglose de servicios del Terminal Norte Multipropósito.
- (ii) El Informe “Comentarios a la evaluación de las condiciones de competencia en el servicio de transbordo de contenedores propuesta por el regulador en la revisión de oficio del factor de productividad del Terminal Norte Multipropósito para el quinquenio 2021 – 2026” elaborado por APOYO Consultoría, que describe la inadecuada evaluación incluida en el Proyecto, con relación a la delimitación del mercado relevante y al nivel de competencia en el servicio de transbordo de contenedores.
- (iii) El Informe “Comentarios y sugerencias respecto del análisis de condiciones de competencia del mercado de transbordo de contenedores que se desarrolló en el documento “Propuesta: Revisión de Oficio del Factor de Productividad en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, 2021-2026” elaborado por el especialista en materia portuaria Hans Rondán, que -utilizando información actualizada- acredita que la evaluación realizada en el Proyecto sobre servicio de transbordo de contenedores es incorrecta.

Conforme a lo señalado en los mencionados informes y en la presente comunicación, solicitamos formalmente que todos estos documentos sean considerados como objeciones y comentarios de APM Terminals respecto del Proyecto, y que luego de su evaluación, el Consejo Directivo decida (i) aprobar un factor de productividad sustancialmente distinto al señalado en el Proyecto (conforme a los fundamentos que se exponen a continuación), que refleje adecuadamente las inversiones y los cambios en la productividad del Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao y (ii) desregular el servicio de transbordo de contenedores, debido a la existencia de condiciones de competencia.

II. El factor de productividad como manifestación de regulación por incentivos

El esquema regulatorio tarifario de precios tope (*price cap*) con factor de productividad (también denominado "RPI-X") nace en la primera mitad de la década de 1980 como respuesta a los defectos y limitaciones de la regulación tradicional basada en el régimen de tasa de retorno. La idea central del mecanismo *price cap* es generar incentivos a la empresa regulada a efectos de que realice la prestación del servicio regulado a menor costo (eficiencia productiva), con lo cual esas eficiencias de reducción de costos podrán ser trasladadas a los usuarios en precios (eficiencia asignativa).

El mecanismo regulatorio *price cap* solo puede funcionar si existen incentivos para que la empresa regulada disminuya sus costos de producción¹, lo que implica realizar inversiones. Sobre el particular, se ha señalado sobre el régimen *price cap* con factor de productividad:

"En la medida que las ganancias de eficiencia son el resultado de inversiones de la empresa en nuevos activos de capital que le permitan mejorar la productividad del capital como de gastos operativos adicionales destinados a realizar mejoras en los procesos productivos (reingeniería de procesos, certificación de procesos y aseguramiento de la calidad, entre otros), es claro que si la empresa regulada no tiene forma de apropiarse de buena parte de su esfuerzo pro-eficiente mediante un aumento transitorio de su tasa de ganancia, por encima de la tasa de retorno que tendría si se aplicase la RTG [*regulación de tasa de ganancia*], no hará las inversiones ni incurrirá en los gastos respectivos." (subrayado agregado)²

No es necesario que abundemos en que el régimen *price cap* con factor de productividad es un mecanismo de regulación por incentivos.

Desde una perspectiva normativa, y en línea con lo señalado a nivel teórico, el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN ("RETA") aprobado por Resolución 43-2004-CD/OSITRAN, aplicable al presente procedimiento regulatorio, señala en su Anexo I:

"A continuación se expone la metodología de RPI - X para implementar reajustes tarifarios. El mecanismo RPI - X genera incentivos para la minimización de costos, pues las ganancias adicionales de productividad por encima del factor X (factor de productividad) son retenidas por la Entidad Prestadora. En tal sentido, este mecanismo de revisión provee fuertes incentivos para que la empresa reduzca sus costos, permitiendo a la vez que los beneficios de dichas reducciones se trasladen periódicamente al usuario. Su aplicación está asociada principalmente a servicios de los sectores portuarios y aeroportuarios. (...) El factor X debe reflejar los

¹ Solo como ejemplo, Cfr. BALDWIN, Robert y Martin CAVE "Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice" Oxford University Press, 1999 p. 226 y ss. En el ámbito local Cfr. PÉREZ-REYES, Raúl "Introducción a la regulación de tarifas de servicios públicos" Documento de Trabajo 22-Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, 2006.

² PÉREZ-REYES, Op. Cit. p. 23

resultados de la gestión de la industria o empresa a fin de incrementar su eficiencia, sobre la base de decisiones que ésta toma respecto de variables que tiene bajo su control. En tal sentido, las inversiones contractuales obligatorias no vinculadas directamente a la evolución o proyecciones del tráfico podrán tener un tratamiento especial dentro de la determinación del factor de productividad. No obstante ello, como regla general debe tenerse en cuenta que el factor X está orientado a capturar las eficiencias que logre la empresa en las diversas actividades que ésta realiza y que pueden incluir el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento de la infraestructura." (subrayados agregados)³

El documento seminal en la medición del factor de productividad es el elaborado por Bernstein y Sappington a fines de la década de 1990, y su trabajo es citado en el Proyecto. Dichos autores señalan:

"Al eliminar la relación entre los precios autorizados y los costos incurridos -una relación que es una característica principal de la regulación por tasa de retorno- la regulación *price cap* puede proporcionar mayores incentivos a la empresa regulada para reducir sus costos de producción y mejorar su eficiencia operativa, en comparación con la regulación por tasa de retorno."⁴ (subrayados agregados)

La reducción de costos, incentivada por la regulación *price cap*, se manifiesta en las inversiones que realiza la empresa regulada. Este mecanismo de regulación por incentivos debe garantizar que no exista un desincentivo a las inversiones en infraestructura de uso público, que afecten la eficiencia operativa y la capacidad para brindar adecuadamente el servicio.

El tema central en nuestro caso es que, bajo este mecanismo regulatorio, el cálculo de la productividad debe reflejar las inversiones realizadas por la empresa regulada y sus efectos (de corto y largo plazo) sobre la productividad. Si ello no ocurre, el régimen pierde su esencia: el incentivo a reducción de costos (inversión).

III. El Proyecto no refleja las inversiones realizadas, eliminando los incentivos del modelo regulatorio⁵

³ El nuevo RETA aprobado por Resolución 3-2021-CD/OSITRAN, aunque no aplicable al presente procedimiento, también reconoce que el mecanismo es uno de regulación por incentivos: "El mecanismo RPI - X es un tipo de regulación por incentivos que consiste en establecer un tope máximo sobre la variación del nivel tarifario de los servicios regulados, de tal manera que la variación promedio de las tarifas reguladas no exceda el tope estimado por el Regulador."

⁴ Traducción libre de: "By severing the link between authorized prices and realized costs – a link that is a definitive feature of rate-of-return regulation – price cap regulation can provide the regulated firm with stronger incentives to reduce production costs and improve its operating efficiency than does rate-of-return regulation." BERNSTEIN, Jeffrey y David SAPPINGTON "Setting the X Factor in Price-Cap Regulation Plans" NBER Working Paper Series, 1998.

⁵ El detalle de esta sección se encuentra descrito en el informe "Comentarios a la propuesta de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositran para la revisión de oficio del factor de productividad del Terminal Norte Multipropósito para el quinquenio 2021 – 2026" elaborado por APOYO Consultoría.

En el presente proceso de revisión tarifaria, la aplicación del ajuste proforma sobre el gasto y *stock* de capital distorsiona el cálculo del factor de productividad de la empresa.

En efecto, cada vez que se genera una inversión —y que se refleja en el *stock* de capital— para la adquisición o reemplazo de activos que serán utilizados en la provisión de servicios del puerto, esto genera dos impactos sobre la productividad de la empresa: uno de corto plazo y otro de largo plazo.

En el **corto plazo**, el nuevo activo se refleja en un incremento del gasto y del *stock* de capital durante el período en que la inversión fue generada. Tal como es ampliamente reconocido en la literatura económica —incluso por Bernstein, coautor de la metodología empleada por Ositrán en el presente proceso de revisión tarifaria, como mencionamos más adelante—, este gasto genera que la productividad de la empresa se reduzca en dicho período: se proveen los servicios con menores niveles de eficiencia.

Por otro lado, en el **largo plazo**, luego del inicio de operaciones de los nuevos activos, las inversiones realizadas (que pueden implicar el uso de nuevas tecnologías) elevan la eficiencia en la provisión de los servicios, de tal manera que contemplarán mejoras en la productividad.

Desde un punto de vista económico, el factor de productividad debe recoger las inversiones (y sus efectos) de la empresa regulada, en la medida que la Concesión debe permitirle a APM Terminals generar los retornos suficientes que le permitan compensar su costo de capital. Por ejemplo, Jose Luis Guasch señala lo siguiente:

“Todo mecanismo regulador pormenorizado, sea un sistema de regulación por precios máximos o por tasa de retorno, requiere un equilibrio financiero en la operación de la concesión, es decir, la habilidad de generar suficientes retornos para recompensar las inversiones de capital con sus riesgos implícitos.”⁶ (subrayados agregados)

De forma complementaria, Bernstein, coautor de la metodología RPI – X, señala que la omisión de las inversiones en el factor de productividad compromete la capacidad de la empresa regulada para poder ofrecer sus servicios:

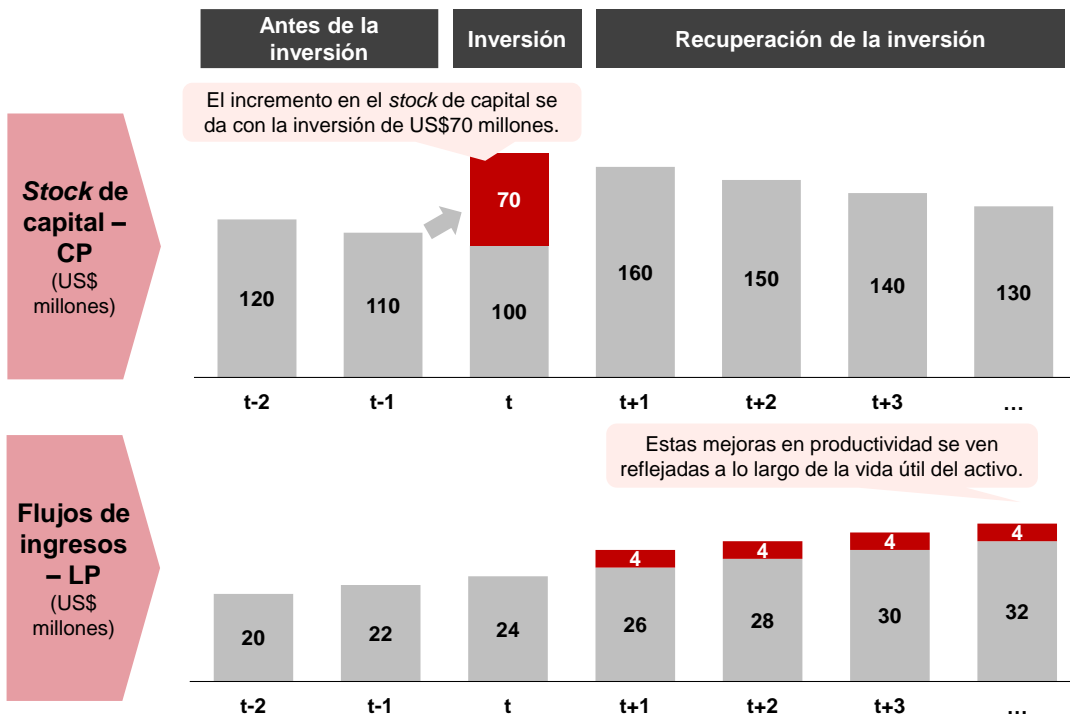
“La firma regulada, como cualquier otra firma en mercados no regulados, determinará su nivel de inversión en base a los costos y retornos esperados de sus inversiones. [...] Un factor X que ignora estos gastos necesarios daña a los consumidores al comprometer la capacidad de la firma regulada de brindar el servicio.”⁷ (subrayados agregados)

⁶ GUASCH, José Luis “Concesiones en infraestructura: Cómo hacerlo bien”, 2005 p. 146.

⁷ Traducción libre de: “The regulated firm will have limited ability to refurbish and modernize its network architecture if the regulator omits from the X factor calculation a component which accounts for prospective levels of infrastructure investment that differs from past trends. Indeed, a critical feature of the natural gas industry is the relatively large capital expenditure outlays associated with infrastructure investment. An X factor that ignores these necessary expenditures harms consumers by compromising the regulated firm’s ability to deliver service. As discussed above regarding changes in service demand conditions, omitting an X factor component designed to measure future changes in

El problema del ajuste proforma desarrollado en el Proyecto para el *stock* en capital es que omite el efecto negativo de corto plazo las inversiones, pero mantiene los efectos positivos de largo plazo. Esto quiere decir que, si bien el factor de productividad recoge las eficiencias en los servicios producto del inicio de operación de los nuevos activos, desconoce la reducción en productividad que se desprende del monto invertido en el año en que fueron ejecutadas (ver ejemplo ilustrativo en Gráfico 1 y Gráfico 2).

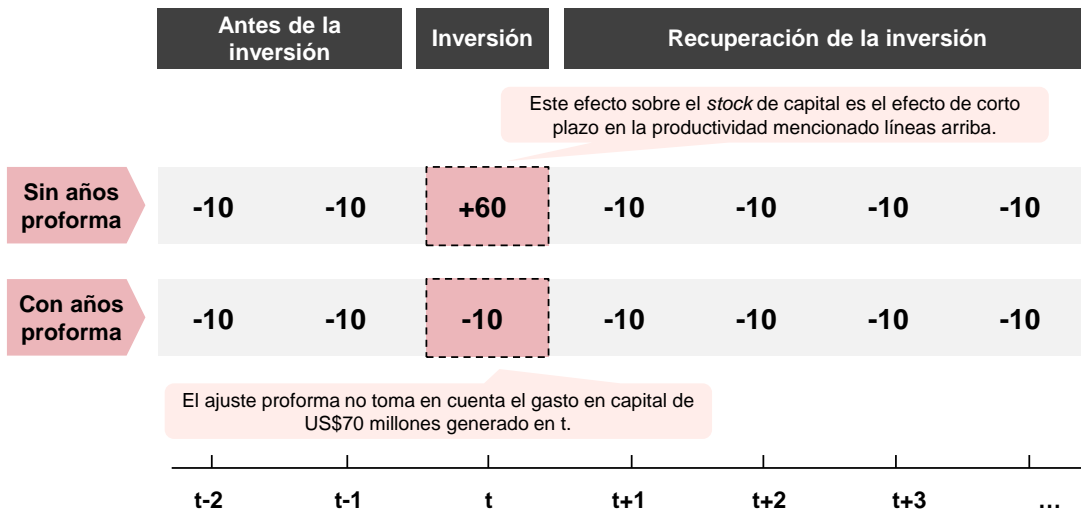
Gráfico 1. Figura ilustrativa que ejemplifica los efectos de corto y largo plazo generados por el gasto en capital



Nota: Cifras ilustrativas, y no corresponden a información real del TNM. Para fines ilustrativos, se asume una depreciación constante e igual a US\$10 millones al año. Elaboración: APOYO Consultoría.

infrastructure expenditures that differ from past trends will lead to an incorrect X factor.” BERNSTEIN, Jeffrey “Incentive regulation, and X factor analysis: implications for Ontario’s gas utilities”, 2007.

Gráfico 2. Figura ilustrativa del impacto de la aplicación de años proforma sobre los flujos del *stock* de capital



Pese a que no se considera el efecto de corto plazo, el factor X si reconoce las ganancias en productividad de los flujos futuros.

Nota: Cifras ilustrativas, y no corresponden a información real del TNM. Elaboración: APOYO Consultoría.

Así, cuando el Proyecto construye tres años proforma⁸ que elimina, en el 2015 y 2016, el efecto de corto plazo para US\$260 millones del *stock* de capital, esto genera que el factor de productividad —que depende de las variaciones interanuales del *stock* de capital—, en el corto plazo, no refleje la reducción de la productividad que debería ocurrir entre el 2015 y el 2016; pero sí refleje las ganancias en productividad que se derivaron de la mejora en tecnología, desde el inicio de operación de los activos hasta el 2019.

El monto de US\$260 millones omitido en el factor de productividad para los años 2015 y 2016 no es un hecho trivial, si se considera que: (i) representa el 69% de las inversiones totales que ha realizado APM Terminals desde el inicio de la concesión, (ii) incluye montos que se asocian con los principales activos adquiridos en las etapas 1 y 2: grúas pórtico STS Post-Panamax, grúas RTG, ampliación del Muelle 5, construcción del Muelle 11, entre otros y que (iii) sobreestima el factor de productividad en cerca de +8.12 puntos porcentuales (en otros términos, al corregir el error, el factor de productividad pasaría de +0.44% a -7.68%, según lo estimado por APOYO Consultoría y detallado en su informe).

En resumen, la aplicación de años proforma para la revisión tarifaria del Terminal Norte Multipropósito y que ha sido propuesta en el Proyecto distorsiona el impacto de corto plazo que las inversiones generan sobre la productividad de la empresa por motivos no atribuibles a ganancias y/o pérdidas en productividad. Por ello, su aplicación es inadecuada en este caso.

APM Terminals objeta formalmente la metodología de año proforma propuesta en el Proyecto para el tratamiento de inversiones.

⁸ Los años proforma son 2015 (P9), 2015 (P10) y 2016 (P11).

IV. El proyecto, al no reflejar las inversiones realizadas, es contrario al Principio de Verdad Material y al Principio de Confianza Legítima que rigen la actuación de OSITRAN en el procedimiento

Nuestro ordenamiento jurídico recoge de forma expresa los principios de Verdad Material y de Confianza Legítima, aplicables al presente procedimiento administrativo tarifario, y recogidos en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General conforme a lo siguiente:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.” (subrayados agregados)

Cabe añadir que, además de la regulación administrativa general, el principio de predictibilidad también es recogido en la normativa especial a nivel del artículo 18 del RETA, en los siguientes términos “8. *Predictibilidad. En los procesos de fijación, revisión o desregulación tarifaria el OSITRAN procurará utilizar criterios de decisión similares ante situaciones o circunstancias de similares características.*” Si bien contempla un menor detalle, la garantía que impone es la misma: ningún proceso de fijación o revisión tarifaria puede apartarse de las expectativas legítimas generadas sobre el administrado y deben seguirse criterios aplicados ante situaciones previas similares.

El Proyecto contraviene ambos principios descritos. En la medida que el mecanismo artificial de construcción de años-proforma aplicado en el Proyecto no reconoce (oculta a efectos de cálculo) los efectos de corto plazo de las inversiones realmente efectuadas por APM Terminals, la propuesta es contraria a la realidad

en tanto desconoce inversiones que fueron efectivamente realizadas y afectan negativamente a la productividad del puerto en los años de inversión.

Asimismo, el Proyecto contraviene el principio de confianza legítima pues es contrario a las legítimas y razonables expectativas de APM Terminals en el sentido que el regulador respetaría la esencia del mecanismo de *price cap* con factor de productividad a efectos de incentivar las inversiones, más aún en un escenario de infraestructura de transporte de uso público, en el cual la demanda a las inversiones responde de una forma más lenta que respecto de otro tipo de industrias (p.e. telecomunicaciones). De hecho, ambas circunstancias fueron expresamente señaladas por OSITRAN en la primera revisión del factor de productividad del Terminal Norte Multipropósito, cuya decisión fue aprobada por Resolución 30-2016-CD/OSITRAN, sustentada en el informe de mayo de 2016 (procedimiento en el cual no se usó el mecanismo de año proforma), cuyos extractos presentamos a continuación⁹:

INFORME

Revisión Tarifaria en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, 2016-2021

**Gerencia de Regulación y Estudios Económicos
Gerencia de Asesoría Jurídica**


Lima, mayo de 2016

Revisión Tarifaria del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao GRE - OSITRAN

IX. Consideraciones adicionales

545. Es importante indicar que la aplicación del mecanismo de incentivos mediante la metodología de RPI-X es práctica establecida a nivel mundial en diversos sectores. Dicha metodología tiene como objetivo incentivar a las empresas a realizar inversiones y a ser eficientes a nivel de costos operativos durante el período regulatorio. De esa manera, las ganancias de eficiencia de la empresa se trasladan a los usuarios en el siguiente período regulatorio, vía menores tarifas.

547. Una de las características del sector de infraestructura de transporte de uso público es que las inversiones realizadas no necesariamente presentan una respuesta rápida en la demanda, como en el caso de otros sectores (Telecomunicaciones) cuya demanda puede responder en menores períodos de tiempo y permitir a la empresa ser más eficiente.



Independientemente de lo señalado en las anteriores secciones, está sola violación a los principios de Verdad Material y Confianza Legítima es suficiente para que el Consejo Directivo del regulador no permita el uso artificial del mecanismo de años-proforma conforme se propone en el Proyecto.

⁹ Los textos no son necesariamente correlativos en el original.

V. APM Terminals tiene derecho contractual a que se respeten las características del mecanismo RPI-X pactado en el Contrato de Concesión

Conforme hemos descrito al inicio de la presente comunicación, el Contrato de Concesión incluye de forma expresa la aplicación del mecanismo regulatorio *price cap* (RPI-X). Aunque el Contrato de Concesión no determine de forma detallada las características de dicho mecanismo, la voluntad de ambas partes fue someterse a dichas características, como contenido sustantivo.

Por ello APM Terminals tiene derecho contractual a que se respete el mecanismo regulatorio RPI-X, el cual tiene como carácter esencial el incentivo a la inversión (forma de reducción de costos). El Proyecto no respeta este derecho contractual, al no reflejar en el cálculo del factor de productividad los efectos de corto plazo de las inversiones efectivamente realizadas por nuestra empresa.

En el arbitraje llevado a cabo con relación a la primera determinación de un factor de productividad en Perú, entre el regulador de telecomunicaciones y la empresa concesionaria de telefonía, el Tribunal Arbitral señaló lo siguiente:

"(...) este Tribunal Arbitral entiende que al momento en que las partes suscribieron los CONTRATOS DE CONCESIÓN, pactaron expresamente el concepto de 'factor de productividad' o 'factor X', ya que sobre él existía y existe un marco de certeza a nivel internacional.

Justamente por ello y sin perjuicio de lo parco de las estipulaciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, este Tribunal Arbitral destaca que las partes han mostrado su conformidad acerca de la base metodológica que empleó OSIPTEL para calcular los aumentos de productividad de TELEFÓNICA. (...).

Este Tribunal Arbitral entiende que la razón por la que la discrepancia que existe entre las partes no se extiende al marco metodológico, se debe precisamente al modo en que han sido redactados los CONTRATOS DE CONCESIÓN, ya que si bien no existe una definición contractual expresa, el esquema de fórmulas de tarifas tope no constituye una invención de nuestro regulador. De tal suerte que, como ha indicado TELEFÓNICA, "aunque las partes no dijeron nada de modo expreso, era patente la voluntad común de someterse a los dictados de esa experiencia internacional y, en particular, a los postulados de la doctrina regulatoria correspondiente." (subrayados agregados)¹⁰

El mismo razonamiento es aplicable en nuestro caso. APM Terminals tiene un directo derecho contractual a que, en los procedimientos tarifarios, se respeten las características esenciales del mecanismo *price cap* con factor de productividad. Ello no ocurre con la propuesta incluida en el Proyecto, conforme a lo descrito en la presente comunicación.

¹⁰ Laudo de derecho, del 30 de abril de 2004, emitido por el Tribunal Arbitral en el arbitraje entre Telefónica del Perú S.A.A. y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, con relación a la determinación del primer factor de productividad en 2001.

VI. El Proyecto utiliza el mecanismo del año proforma para un supuesto distinto a los previstos en la resolución de inicio del procedimiento

Hacemos notar al Consejo Directivo que en el informe que sustentó la resolución de inicio del presente procedimiento, el “año proforma” es simplemente mencionado en un único párrafo (y una nota a pie), y plantea dos supuestos específicos para su aplicación: cuando la falta de comparabilidad entre dos años se deba a la discontinuidad de un servicio, o cuando se deba a la aparición de nuevos servicios.

Los siguientes son los únicos textos del Informe Conjunto 133-2020-IC (sustento del inicio del presente procedimiento tarifario) que se refieren al mecanismo del año proforma:


“Asimismo, en el caso que la información de dos años consecutivos no resulte comparable entre sí, el Regulador podrá construir un “año proforma”, a efectos de no generar distorsiones en el cálculo de las variaciones de productividad⁶⁴. Dicho año comparable se construirá considerando la información efectiva de la empresa. La creación del referido año comparable puede ser de dos formas: i) hacia atrás, cuando el año comparable es construido para ser comparado con el año inmediato anterior, o ii) hacia adelante, cuando el año comparable es construido para ser comparado con el año inmediato siguiente.

[Nota a pie] ⁶⁴ En función a la información que provea el Concesionario durante el presente procedimiento, este Regulador evaluará la posibilidad de utilizar esta herramienta metodológica, a fin de contar con información comparable. A manera de ejemplo, dicha herramienta podría utilizarse cuando en las series de ingresos y cantidades de servicios portuarios se verifique que dos años consecutivos no resultan comparables debido a que algún servicio no se ha demandado de manera continua durante el periodo en análisis y/o cuando durante dicho periodo se presenten servicios nuevos. Cabe mencionar que este tipo de herramienta metodológica ha sido empleada en recientes procedimientos de revisión tarifaria, por ejemplo, en la primera revisión tarifaria del TPP en el año 2019 para la serie de cantidades e ingresos.”

En el presente caso, no se ha configurado ninguno de los dos supuestos mencionados en el informe conjunto de inicio del procedimiento. Las inversiones involucradas buscan mejorar la tecnología y la eficiencia de los servicios ofrecidos en el puerto, pero no suponen la creación o inicio de prestación de un nuevo servicio ni responden a una situación de falta de continuidad de la demanda del servicio.

El Proyecto pretende utilizar el mecanismo del año proforma para un supuesto distinto a los mencionados en el informe conjunto de inicio del procedimiento, lo que queda acreditado en la presentación que la Gerencia de Regulación expuso en la audiencia pública del 13 de abril, conforme a las diapositivas de su exposición:

FACTOR DE PRODUCTIVIDAD DEL TNM			
Componentes de la empresa			
Variación de la PTF			
$X = (\Delta W^e - \Delta W) + (\Delta PTF - \Delta PTF^e)$			
P R O D U C T O	Propuesta	Ositrán Sustento *	Propuesta APMT
	Desagregación de servicios	Se considera la mayor desagregación posible de los servicios brindados en TNM.	APMT agrupa servicios con y sin grúa pórtico de muelle.
	Años proforma: extrapolación de ingresos y cantidades de servicios en años 2011, 2013 y 2014.	Se busca hacer comparable la información de dos años consecutivos en un contexto donde: - 2011: inicio de operaciones el 1 julio. - 2013: 22 abril se inició prestación de servicios especiales regulados. - 2014: 26 febrero, 10 abril y 1 oct se inició prestación de servicios especiales regulados y no regulados	Coincide con propuesta de Ositrán.
Años proforma: 2015 y 2016 por servicios en muelles 5 y 11, respectivamente	Se busca hacer comparable la información de dos años consecutivos en un contexto donde: - 2015 y 2016: se empezaron a brindar servicios de contenedores y graneles <u>utilizando nuevo equipamiento e infraestructura en muelles 5 y 11, respectivamente</u>	No coincide con propuesta de Ositrán.	
De acuerdo con los criterios señalados en el Informe Conjunto de Inicio.			

FACTOR DE PRODUCTIVIDAD DEL TNM			
Componentes de la empresa			
Variación de la PTF			
$X = (\Delta W^e - \Delta W) + (\Delta PTF - \Delta PTF^e)$			
C A P I T A L	Propuesta	Ositrán Sustento *	Propuesta APMT
	Años proforma	<ul style="list-style-type: none"> - En caso la información de dos años consecutivos no resulte comparable entre sí, el Regulador podrá construir un año proforma a efectos de no generar distorsiones en el cálculo del Factor de Productividad del TNM. - Inicio de operaciones de Etapas 1 y 2 de Inversiones Obligatorias: APMT brinda Servicios Estándar con <u>distinta tecnología y mayores rendimientos</u> que los obtenidos con infraestructura y equipamiento portuario entregados por el Concedente al inicio de concesión. - De manera similar al índice de productos, se propone construir años proforma de modo que sean comparables periodos cuando se disponía de <u>tecnología y rendimientos distintos</u> para provisión de servicios en TNM. 	No coincide con propuesta de Ositrán.
De acuerdo con los criterios señalados en el Informe Conjunto de Inicio.			

Como se puede apreciar claramente, el Proyecto pretende utilizar el mecanismo de año proforma para un nuevo supuesto de "distinta tecnología y mayores rendimientos", "utilizando nuevo equipamiento e infraestructura". Este supuesto ha sido creado en el Proyecto, no se encuentra en el informe conjunto de inicio del procedimiento.

Independientemente de que el uso del año proforma es inadecuado en nuestro caso, como ya se ha descrito, hacemos notar que **además el supuesto para el que se pretende su uso no fue previsto en el informe conjunto de inicio del procedimiento.** Como es de conocimiento del Consejo Directivo, el mecanismo de año proforma no se encuentra previsto en el Contrato de

Concesión, ni en las leyes que rigen a OSITRAN, ni en su Reglamento General, ni en el RETA aplicable al presente procedimiento, ni en el nuevo RETA.

Esta circunstancia genera que el regulador, independientemente de que el mecanismo no es adecuado en nuestro caso conforme a lo sustentado en el informe de APOYO Consultoría, no pueda legalmente utilizarlo por contravención a los principios de verdad material y confianza legítima previamente descritos.

Los extractos de la presentación de la audiencia pública acreditan además que APM Terminals no está opuesta en general a la aplicación del mecanismo de años proforma, como el Proyecto realiza respecto de los años 2011, 2013 y 2014, en la medida que dichos años sí representan el inicio de la concesión y el inicio de la prestación de servicios especiales. Nuestra objeción se centra en el inadecuado uso del mecanismo de año proforma para el periodo 2015 -2016 (dos años proforma para el 2015 y uno para el 2016, aplicados al gasto y *stock* de capital), no reflejando las inversiones reales ejecutadas por el concesionario.

VII. El Proyecto se aparta de decisiones anteriores sobre aplicación del mecanismo de año proforma

Lo expuesto en las secciones anteriores de la presente comunicación, también se encuentra en línea con lo decidido en la Resolución 50-2019-CD/OSITRAN, que declaró fundada la reconsideración del concesionario del Terminal Portuario de Paita, precisamente eliminando el mecanismo de año proforma en el cálculo del factor de productividad, no solo centrándose en aspectos formales sobre si se mencionó el “año-proforma” en algún momento del procedimiento, sino también respecto de temas sustantivos, en particular la ausencia de lineamientos metodológicos que formalicen los supuestos en los que dicho mecanismo resulta procedente, dado que el método de años proforma no cuenta con un sustento normativo y se trata de una alternativa (y no la única solución) para la determinación del factor de productividad:

“15. En nuestra opinión, si bien desde un punto de vista teórico la creación de un año proforma podría resultar aceptable y hasta conveniente, se considera que su aplicación resulta inadecuada para el presente caso, básicamente por las siguientes consideraciones:

- a) Se trata de un dato creado y no recogido de la realidad, puesto que se busca identificar las variaciones anuales de valor de la infraestructura respecto al año previo y dado que no es posible identificar su variación porque no hubo un año completo de operaciones anterior, se crea un año proforma, sin embargo éste no representa un dato real y objetivo que no puede ser cuestionado.
- b) No se trata de un método expresamente considerado en el RETA, ni siquiera para mencionar la posibilidad de su utilización, como sí sucede con algunos otros conceptos y metodologías para la fijación y revisión tarifaria que sí son considerados.
- c) No se trata de un método de obligatoria aplicación, es decir que no se advierte que la literatura económica considere que en casos como el presentado, crear un año proforma sea la única solución para la

determinación correcta del factor de productividad, sino que se trata de una decisión que se encuentra dentro del ámbito de discrecionalidad de la Administración (...).

26. Esta situación genera un primer escenario de incertidumbre, puesto que la metodología del año proforma debería haber quedado explícitamente establecida como el camino que seguiría el regulador para casos similares desde que se aprobó la metodología del año proforma en la revisión de Tarifas Máximas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. La aplicación de esta metodología debería ser identificada por el Concesionario como aplicable a su caso desde antes de la publicación de la Propuesta tarifaria del OSITRAN, en la medida que los documentos producidos anteriormente por el Regulador no deberían haber dejado ninguna duda respecto de ello. Consideramos que en casos como el descrito, lo correcto habría sido que la Administración proponga al Consejo Directivo del OSITRAN la aprobación de lineamientos que formalicen el uso de la metodología del año proforma identificando puntualmente los supuestos en que será aplicable. De lo contrario no queda claro el alcance de su aplicación en el futuro. (...).

30. Si bien las circunstancias del monto de la inversión en principio no deberían alterar el principio de la metodología del uso del año proforma, precisamente observando el tema de los montos de inversión, surgen inconvenientes en lo referido a considerar o no el caso del año proforma en la revisión de Tarifas Máximas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez con características similares, a efectos que lo conviertan en un precedente válido.

31. La diferencia entre la aplicación del año proforma en la revisión de Tarifas Máximas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y el presente caso se evidencia, si se advierte que la metodología del año proforma en el presente caso trae consecuencias muy diferentes para el Concesionario que las presentadas en el caso que pretende considerarse como precedente, aspecto que no puede dejar de ser considerado. En tal sentido, no tratándose de casos similares no puede adecuarse el presente caso al caso de la aplicación del año proforma en la revisión de Tarifas Máximas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez mencionado caso como si fuese su precedente. (...).

40. De lo indicado hasta este punto se concluye que si bien existe un precedente en la aplicación de la metodología del año proforma para el caso del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, y que puede ser replicado en casos idénticos- como efectivamente ha sucedido en varias revisiones deflactor en el caso de dicha infraestructura- este precedente no ha sido desarrollado con el detalle y claridad necesarias para permitir que la industria pueda identificar objetivamente cuando es o no aplicable en otros casos que a juicio del Regulador podrían resultar similares. En principio se advierte que se trataría de cualquier hecho que, a criterio del Regulador, genere distorsiones en el cálculo de la productividad de factores, sin embargo el contenido de ese hecho debería estar delimitado y explicitado, por lo que el caso de la aplicación de la metodología del año proforma en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez no resulta suficiente para que sea considerado como un precedente aplicable al Concesionario en el

presente caso, sin que se vulnere el principio de predictibilidad.”
(subrayados agregados)¹¹

Se señaló de forma expresa que el Consejo Directivo de Ositran no había desarrollado lineamientos que formalicen el uso de la metodología del año proforma **identificando puntualmente los supuestos en que será aplicable, particularmente por la incertidumbre sobre el alcance de esta metodología. Esos lineamientos aún no han sido emitidos.** Además, es evidente que no basta una simple mención a la posibilidad de usar el mecanismo del “año-proforma”.

Conforme a lo hasta aquí acreditado, confiamos en que el Consejo Directivo corrija el Proyecto en su decisión definitiva, en particular considerando la materialidad del error, lo cual resulta en la sobreestimación del factor de productividad en cerca de +8 puntos porcentuales.

VIII. La evaluación del Proyecto respecto del servicio de transbordo es incorrecta

Con relación a la evaluación de las condiciones de competencia para el servicio de transbordo de contenedores, el Proyecto señala, entre otros aspectos, que el mercado relevante en el que opera el Terminal Norte Multipropósito se circunscribe al Terminal Portuario del Callao.

Sin embargo, la delimitación propuesta por el Proyecto presenta limitaciones desde un punto de vista conceptual, así como en su aplicación práctica. En el aspecto metodológico, a modo de ejemplo, se observa lo siguiente:

- Basa su análisis en los niveles de demanda observados en determinados periodos, sin considerar atributos vinculados con las preferencias de las líneas navieras y que motivarían que el Terminal Portuario del Callao pueda ser sustituido por otros puertos de transbordo. De este modo, se ignora que la selección de un determinado puerto por parte de una línea naviera no descarta la existencia de otros puertos capaces de absorber dicha demanda y que, por tanto, constituyen sustitutos del Terminal Portuario del Callao para el servicio de transbordo de contenedores.
- Omite la dimensión dinámica del concepto de mercado relevante: no existe una definición predeterminada, sino que el análisis varía en función del punto de partida del análisis (en este caso, la demanda de puertos chilenos). Ello genera sesgos en el análisis (por ejemplo: asumir que no puede existir competencia entre diferentes clases de puertos de transbordo) y que, según el Proyecto, ratifica que el mercado relevante se limita al Terminal Portuario del Callao.
- No considerar que la complementariedad entre puertos de trasbordo se refiere a que, si en una misma ruta de origen a destino dos o más puertos de transbordo son utilizados, entonces estos puertos son catalogados como complementarios. En cambio, considerar que dos puertos de transbordo son

¹¹ Voto en mayoría de la Resolución 50-2019-CD/OSITRAN.

complementarios, a razón de que para una línea naviera un primer puerto de transbordo sirve de conexión a una ruta de origen – destino y el segundo puerto de transbordo sirve de conexión a otra ruta distinta de origen-destino, no guarda coherencia con la teoría de complementariedad (movimiento de cantidades en el mismo sentido, sea de incremento o reducción).

La corrección de dichas limitaciones evidencia que existen puertos en la región que, desde la perspectiva de las líneas navieras, pueden sustituir al Terminal Portuario del Callao como puerto de transbordo de contenedores.

En la aplicación práctica, y sin perjuicio de las limitaciones conceptuales antes reseñadas, se advierte que, incluso aplicando la metodología propuesta por el Proyecto, el mercado geográfico excede al Terminal Portuario del Callao si se tiene en consideración la información histórica de transbordo de contenedores en los puertos alimentadores chilenos.

En efecto, como ha sido desarrollado en el informe "Comentarios y sugerencias respecto del análisis de condiciones de competencia del mercado de transbordo de contenedores que se desarrolló en el documento "Propuesta: Revisión de Oficio del Factor de Productividad en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, 2021-2026"", elaborado por el consultor especializado Hans Rondán, la mayor recopilación de estadísticas en el periodo 2015 – 2020, muestra que basados en un análisis conjunto (todos los puertos de Chile y todas las rutas), en un análisis por ruta (Asia, Europa o EEUU) e incluso en un análisis por cada una de las principales líneas navieras de transbordo (MSC, Maersk, Hapag Lloyd y Hamburg Süd), se encuentra que muchos de los argumentos y presunciones vertidas en el Proyecto para definir el mercado geográfico únicamente en el Terminal Portuario del Callao no son correctas.

Al respecto, se encuentra que los itinerarios de algunas de las líneas navieras han cambiado durante este periodo de análisis, lo que significa que las líneas han modificado sus preferencias por puertos de transbordo y que tienen la capacidad de seguir haciéndolo. En tal sentido, el mercado geográfico, aplicando el marco conceptual de la autoridad de competencia (INDECOPI) o incluso utilizando el esquema aplicado por el Proyecto, se encuentra compuesto por puertos que van más allá del Terminal Portuario del Callao, destacando, por lo menos, los puertos de Balboa, Rodman, Guayaquil, Buenaventura y Cartagena.

Asimismo, se muestra que las bajas tasas de participación de transbordo de un puerto (respecto al movimiento total que registran) o que la falta de una correlación negativa entre Terminal Portuario del Callao y Balboa, no son útiles para definir si ambos puertos pertenecen a un mismo mercado relevante o para decidir si se ejerce presión competitiva. Las principales deficiencias de estos conceptos son que no consideran que existen puertos que con bajas tasas de participación de transbordo en su movimiento pueden representar, por un lado, altos niveles de demanda de transbordo y, por otro lado, que estos puertos compitan con aquellos que poseen porcentajes altos de transbordo. De hecho, de acuerdo con APOYO Consultoría, existen precedentes evaluados por agencias de competencia internacionales para el servicio de transbordo de contenedores en los

que el mercado relevante queda definido por puertos con tasas de participación de transbordo altas (75% a más), medianas (entre 50% y 75%) y/o bajas (menos de 50%).¹²

Asimismo, en el caso de la correlación, el Proyecto no considera que se está tomando puertos con dos áreas de influencias no comparables; el área de influencia del Balboa incluye al área de influencia del Terminal Portuario del Callao (puertos de Chile) y además otras áreas de influencia, por lo que las variaciones en Balboa pueden ser independientes de lo que ocurra en el Terminal Portuario del Callao en materia de transbordo de contenedores.

Finalmente, se analiza las condiciones de competencia del mercado relevante (servicio relevante y mercado geográfico) previamente definido. Se analiza las cuotas de mercado de los puertos de transbordo en el que se encuentra que el Terminal Portuario del Callao no es el principal puerto de transbordo para varias rutas (Asia o EUU) y que, para varios puertos de Chile, la importancia del Terminal Portuario del Callao es mínima. Asimismo, se encuentra que han existido cambios frecuentes de preferencia de las líneas por puertos de transbordo, sea para atender un mismo puerto o una misma ruta. Adicionalmente, se encuentra que las barreras contractuales han sido mínimas. El análisis de estos factores y otros demuestran que existen condiciones de competencia en el mercado de transbordo.

Por tal motivo, de conformidad con los informes adjuntos, se concluye que la información estadística del periodo 2015 – 2020 –sin perjuicio de las proyecciones que puedan realizarse para los siguientes años– evidencia que el mercado geográfico relevante del servicio de transbordo de contenedores en el cual opera el Terminal Portuario del Callao incluye otros puertos de la región (por ejemplo, Balboa) y, que, en dicho mercado, sí existen condiciones de competencia. Considerando que la data empleada no ha sido evaluada en anteriores procedimientos de revisión tarifaria –por ejemplo, en el relativo al Terminal Muelle Sur– solicitamos que el Consejo Directivo reconozca esta situación y determine que el servicio de transbordo de contenedores no estará sujeto a los precios tope con factor de productividad.

IX. Solicitud de informe oral

Finalmente, conforme a las disposiciones que rigen el presente procedimiento administrativo regulatorio, solicitamos al Consejo Directivo citarnos a informe oral para exponer ante dicho colegiado nuestras objeciones y comentarios principales al Proyecto.

Quedamos de ustedes.

Manuel Delgado
Director de Finanzas

¹² Los umbrales corresponden a los niveles planteados en el Proyecto.

Adjuntamos:

- Informe "Comentarios a la propuesta de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositran para la revisión tarifaria del Terminal Norte Multipropósito para el quinquenio 2021 – 2026" elaborado Apoyo Consultoría.
- Informe "Comentarios a la evaluación de las condiciones de competencia en el servicio de transbordo de contenedores propuesta por el regulador en la revisión de oficio del factor de productividad del Terminal Norte Multipropósito para el período 2021 – 2026" elaborado por Apoyo Consultoría.
- Informe "Comentarios y sugerencias respecto del análisis de condiciones de competencia del mercado de transbordo de contenedores que se desarrolló en el documento "Propuesta: Revisión de Oficio del Factor de Productividad en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, 2021-2026", elaborado por el consultor especializado Hans Rondán. Incluye archivo Excel con la información de la base de datos de los servicios de trasbordo.