

OSITRAN
MESA DE PARTES
05 FEB 2009
Firma:  Hora: 4:24

CARGO

Sumilla: Apelación al Oficio No. 022-09-GRE-OSITRAN

SEÑOR GERENTE DE REGULACIÓN DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO -OSITRAN-

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., debidamente representada por su Gerente Central de la Concesión, Sr. Fernando Antonio Ocampo Vázquez, identificado con D.N.I. No. 09337563 y por su Gerente Central de Administración y Finanzas, Sra. Pilar Vizcarra Albarracín, identificada con D.N.I. No. 08210479, con domicilio en Av. Elmer Faucett s/n, Aeropuerto Internacional Jorge Chávez - Piso 7, Callao, ante usted nos presentamos y atentamente decimos:

Que, con fecha 27 de enero de 2009, al amparo de lo previsto en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión del AIJCh, presentamos la Carta LAP-GPF-2009-00013, por medio de la cual ponemos en su conocimiento que nuestra representada pretende realizar una actualización del ajuste tarifario de fecha 02.01.2009 en aplicación de la Resolución N° 064-2008-CD-OSITRAN.

Que, con fecha 02 de febrero de 2009 fuimos notificados del Oficio N° 022-09-GRE-OSITRAN, por medio del cual dan respuesta a nuestra Carta LAP-GPF-2009-00013, solicitándonos que nos atengamos a lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas (RETA) y en la Resolución de Consejo Directivo N° 064-2008-CD-OSITRAN, de manera de aplicar para el reajuste anual 2009 un factor de ajuste de 1.1% y no de 4.18%.

Considerando que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 206¹ y 209² de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General -, procede la interposición de Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo del administrado; y que dicho recurso debe de ser dirigido a la misma autoridad que expidió el Acto Administrativo materia de impugnación dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la notificación del Acto³; por medio del presente escrito interponemos **Recurso de Apelación contra el Oficio N° 022-09-GRE-OSITRAN**, en el cual vuestro organismo: (i) desestima nuestra propuesta respecto a la determinación del Índice

¹ Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 206°.- Facultad de contradicción.-

"206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108°, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma."

² Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 209°.- Recurso de apelación.-

"El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."

³ Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 207°.- Recursos administrativos.-

"207.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación.
- c) Recurso de revisión.

207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de (30) días."

de Precios al Consumidor (RPI) con la finalidad de aplicar los ajustes tarifarios que -conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión del AIJCh- deben ser realizados a partir del año 2009; (ii) hacen de nuestro conocimiento su posición respecto a la forma de cálculo del RPI según el Reglamento General de Tarifas del OSITRAN (RETA) y en la Resolución N° 064-2008-CD-OSITRAN, en relación con el ajuste anual de las tarifas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez -AIJCh- a ser realizado a partir de 2009; (iii) Nos requiere aplicar para el reajuste anual del año 2009, un factor de ajuste de 1.1% y no de 4.18%.

Antes de pasar a desarrollar los argumentos que sustentan nuestro recurso, es necesario manifestarles nuestra sorpresa y total rechazo a los términos en los que la Gerencia de Regulación (GRE) emite una advertencia que no resulta pertinente, dado que no existe señal alguna de una supuesta infracción contractual o legal por parte de nuestra representada que amerite la amenaza contenida en el oficio de la GRE.

Como se desprende del tenor de la Carta LAP-GPF-2009-00013, la misma fue enviada al OSITRAN en el contexto del regular cumplimiento de una obligación contractual, dentro del marco de lo previsto en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión del AIJCh, en la cual se establece que: *“con treinta (30) días de anticipación al inicio de la vigencia de las Tarifas [...], el Concesionario deberá notificar a OSITRAN las Tarifas que haya decidido cobrar así como la política tarifaria de la empresa [...]”*. Por lo tanto, la misma no puede ser calificada, como parece entender la GRE, como una “infracción” (ni actual ni potencial) de la normativa vigente.

Adicionalmente, debe observarse que el ajuste tarifario propuesto por LAP no ha sido implementado aún, motivo por el cual -inclusive en el negado supuesto de que la interpretación de LAP respecto de la estimación del RPI fuera errada- la mera interpretación de LAP no constituye un acto sancionable. El objeto de la comunicación hecha por nuestra representada fue, justamente y de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, informar al regulador para, finalmente, estar en condiciones de conocer los comentarios u observaciones de este último al respecto.

En ese sentido, resulta a todas luces improcedente que, ante el evidente, directo y literal cumplimiento de una obligación contractual, se obtenga como respuesta una amenaza de sanción. Si la opinión de la GRE era -como en efecto fue- negativa en torno a la procedencia de nuestra posición, la misma debió emitirse en dicho sentido, limitándose a evaluar y pronunciarse sobre esta última de manera técnica y sustentada.

Nuestro recurso de apelación se encuentra sustentado en las consideraciones que se exponen en los párrafos siguientes:

1. El Oficio N° 022-09-GRE-OSITRAN no contiene un análisis adecuado de la posición propuesta por LAP en la Carta LAP-GPF-2009-00013, limitándose a rechazarla a partir de la mera repetición de las fórmulas contenidas en el RETA y en la Resolución N° 064-2008-CD-OSITRAN, las cuales son precisamente las que requieren ser interpretadas.
2. El Oficio N° 022-09-GRE-OSITRAN señala que “la Resolución No. 064-2008-CD-OSITRAN ha precisado que el reajuste anual se obtendrá mediante la aplicación de la inflación americana de los últimos 12 meses y no promediando la inflación anualizada de los últimos 12 meses...”; lo cual no es lo que la Resolución citada establece. El artículo 2 de la Resolución N° 064-2008-CD-OSITRAN señala que:

“ ... RPI representa la variación del Índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos de América correspondiente a los últimos 12 meses...” (el subrayado es nuestro)

3. La sub-sección “Reajuste Anual mediante la aplicación del RPI-X” del Anexo I del Reglamento de Tarifas (RETA) señala:

“Una vez estimado el Factor X.....la aplicación del mecanismo RPI-X se realizará cada año... el ajuste se realizará tomando en consideración la variación del Índice de Precios al Consumidor (RPI o CPI) de los últimos doce meses para los cuales se cuenta con información publicada por la entidad competente” (el subrayado es nuestro)

4. La sub-sección “Precios Topes o Máximos” del Anexo I del RETA señala que la nueva tarifa empleando la metodología del precio tope se determina mediante la siguiente expresión:

$$P_t = (1 + (RPI_{t-1} - X))P_{t-1}$$

Donde:

- Pt : Es el precio del servicio para el año t.
RPI_{t-1} : Promedio de las variaciones en el índice de precios del periodo entre la fijación y la revisión, o el que establezca el Contrato de Concesión.
X : Factor de Productividad
P_{t-1} : Tarifa del servicio correspondiente al año anterior.

5. En tal sentido, de la lectura conjunta de la sub-sección “Reajuste Anual mediante la aplicación del RPI-X” y de la sub-sección “Precios Topes o Máximos” del Anexo I del RETA se desprende que el RPI deberá calcularse como el promedio de las variaciones de los últimos 12 meses en el Índice de precios para los que se cuenta con información disponible. Con lo que el RPI a ser aplicado en el ajuste del año 2009 es de 4.18% y no de 1.1% como OSITRAN señala en su Oficio.
6. OSITRAN al calcular un RPI de 1.1% actúa en forma contraria a lo dispuesto en el RETA al medir la variación del índice de precios como una inflación acumulada y no como el promedio de las variaciones en el índice de precios de los últimos doce meses.
7. Tanto en el Marco Macroeconómico Multianual 2009-2011⁴ aprobado por Consejo de Ministros del 29 de Agosto del 2008 (Anexo Estadístico - Cuadro N° 1), como en los indicadores de inflación del Banco Central de Reserva del Perú⁵ (Cuadro N° 9 y Cuadro N° 10 de los Cuadros Anuales Históricos) se estima la inflación como la variación entre el promedio de los índice de precios del último año (últimos doce meses) con respecto al promedio de los índices de precios del año anterior.

Esta metodología es equivalente a la que señala el RETA y la que presenta LAP en su carta, dado que se está midiendo la variación promedio de los últimos doce meses del índice de precios. Así, por ejemplo, tomando los valores empleados en la carta de la referencia (2) se obtiene:

⁴ Disponible en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas: www.mef.gob.pe

⁵ Disponible en la página web del Banco Central de Reserva del Perú: www.bcrp.gob.pe

Carta LAP

| Año | Enero | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Setiembre | Octubre | Noviembre | Diciembre |
|----------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-----------|---------|-----------|-----------|
| 2006 | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 201.800 |
| 2007 | 202.416 | 203.499 | 205.352 | 206.686 | 207.949 | 208.352 | 208.299 | 207.917 | 208.490 | 208.936 | 210.177 | 210.030 |
| 2008 | 211.080 | 211.693 | 213.528 | 214.823 | 216.632 | 218.815 | 219.964 | 219.086 | 218.783 | 216.573 | 212.425 | - |
| Var% Mes | 4.28% | 4.03% | 3.98% | 3.94% | 4.18% | 5.02% | 5.60% | 5.37% | 4.94% | 3.66% | 1.07% | 4.08% |

Promedio de la variación mensual (últimos 12 meses) 4.18%

Variación Promedio Índice de Precios

| Diciembre | Enero | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Setiembre | Octubre | Noviembre | Promedio |
|-----------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|-----------|---------|-----------|----------|
| 201.8 | 202.416 | 203.499 | 205.352 | 206.686 | 207.949 | 208.352 | 208.299 | 207.917 | 208.490 | 208.936 | 210.177 | 206.656 |
| 210.03 | 211.080 | 211.693 | 213.528 | 214.823 | 216.632 | 218.815 | 219.964 | 219.086 | 218.783 | 216.573 | 212.425 | 215.286 |

Variación del Índice de Precios (últimos 12 meses) 4.18%

8. Como se observa, ambas formas de cálculo responden a la misma metodología, es decir, aquella que busca estimar el promedio de la variación del índice de precios de los últimos doce meses. Esta definición es concordante a aquella recogida en la subsección "Precios Topes o Máximos" del Anexo I del RETA que señala que el RPI "es el promedio de las variaciones en el índice general de precios" tal y como lo señaláramos en nuestra carta de la referencia (2).
9. De lo anterior se debe concluir que la aplicación propuesta por LAP en la carta es concordante con lo establecido en el RETA y no es -como sugiere la GRE- contraria a lo establecido en el RETA ni a la Resolución N° 064-2008-OSITRAN-CD.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos indicar que el oficio que es objeto de impugnación, no se encuentra debidamente sustentado ni presenta las justificaciones técnicas que permitan llegar a la conclusión de rechazar la posición de LAP. En efecto, la decisión de la GRE adolece de una clara falta de motivación, contraviniendo tanto el Principio de Transparencia como el Principio de Motivación que deben regir la actuación de toda instancia del ente regulador.

En cuanto al Principio de Transparencia debemos indicar que el mismo -recogido en el artículo 7° del Reglamento General de OSITRAN⁶ y en el artículo 18° del RETA⁷- ordena que todas las decisiones de la administración cuenten con una adecuada -es decir, causada y fundada- motivación. A través de este principio también se busca defender al administrado de eventuales arbitrariedades que pudieran ser cometidas por la Administración Pública en abuso o uso ilegítimo de sus facultades legales.

En virtud de este principio, un acto administrativo para ser legítimo no sólo debe presentar el debido sustento sino exponer el mismo en forma clara y expresa. Sólo así el administrado podrá observar si el regulador ha actuado de manera razonable y basando su decisión en criterios técnicos y no arbitrarios.

Al efecto, Roberto Dromi señala que:

⁶ Artículo 7.- Principio de Transparencia.

Toda decisión de cualquier ORGANISMO DEL OSITRAN deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles. Las decisiones del OSITRAN serán debidamente motivadas y las decisiones normativas y/o regulatorias serán publicadas antes de su entrada en vigencia para recibir comentarios y sugerencias de los interesados. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que por su urgencia no pueden quedar sujetas al procedimiento de la publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados.

⁷ Artículo 18° Principios:

[...]

10. Transparencia. En los procesos de fijación y revisión tarifaria, OSITRAN garantizará el acceso a la información de los legítimamente interesados, mediante los mecanismos de publicidad y participación, establecidos en el presente Reglamento.

“[...]La motivación causada y fundada es otro de los componentes de la transparencia. Por ella se expresan las razones que inducen a emitir el acto según resultan del expediente y, si impusieren o declararen obligaciones para el administrado, el fundamento de derecho. La motivación no puede limitarse a la remisión a propuestas, dictámenes o resoluciones previas. La obligación de motivar el acto administrativo se exige como un elemento externo que pruebe que el poder se ejerció dentro de los límites legales, con el objeto de lograr el control sobre la exactitud de los motivos, y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.”⁸

La actuación del regulador contravendría este principio si es que en la resolución que contiene el acto administrativo respectivo no se hubiera cumplido con exponer con el debido detalle y de forma transparente, las consideraciones y motivaciones que supuestamente la sustentan.

El Principio de Transparencia guarda estrecha relación con el Principio de Motivación, el cual también ha sido vulnerado en el pronunciamiento de la GRE.

El Principio de Motivación está recogido en el artículo 3.4 de la LPAG⁹. Dicho principio ordena, como uno de los requisitos de validez del acto administrativo, la necesidad de que el mismo cuente con una adecuada motivación.

Mediante la aplicación del Principio de Motivación se pretende que toda decisión de la Administración Pública sea considerada válida y vinculante sólo en tanto y en cuando se encuentre debida y suficientemente sustentada tanto en fundamentos de hecho como en argumentos de derecho. En otras palabras, el principio referido constituye un límite a la capacidad de actuación de la Administración Pública, siendo que de no poder dar una motivación adecuada a la toma de determinada decisión, dicha decisión no se ajustará a derecho. No basta, como se ha hecho en el Oficio, con la remisión a fórmulas vagas o generales sino que es necesario que el sustento dado por la Administración Pública sea (i) pertinente, detallado y clarificador de determinada decisión, y que (ii) resulte razonablemente satisfactorio.

En tal sentido, Dromi indica que *“La motivación expresará sucintamente lo que resulte del expediente, las razones que inducen a emitir el acto y si impusieren o declararen obligaciones para el administrado, el fundamento del Derecho. La motivación no puede consistir en la remisión a propuestas, dictámenes o resoluciones previas. Si el acto impusiera o declarare obligaciones para el administrado deberá indicar la norma general que le da sustento e individualizar su publicación. Serán motivados, con explicación de las razones de hecho y de derecho que los fundamentan, los actos que: a) decidan sobre los derechos subjetivos, concursos, licitaciones y contrataciones directas; b) resuelvan peticiones, recursos y reclamaciones; c) se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órgano consultivo; d) deban serlo en virtud de otras disposiciones legales o reglamentarias; e) resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales”*.

El mismo autor argentino señala que *“La motivación es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto, y está*

⁸ DROMI, Roberto. “Sistema y Valores Administrativos”, Editorial Ciudad Argentina, 1° Edición, Buenos Aires, 2003, p. 218, 219 y 226

⁹ Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

[...]

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

contenida dentro de lo que usualmente se denomina “los considerandos”. Constituye por tanto, los “presupuestos” o “razones” del acto, la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de su decisión. En materia administrativa, la motivación del acto, es decir, las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo (....) El acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe siempre basarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse (...) Por tratarse de una enunciación de los hechos que la Administración ha tomado en cuenta para la emisión de su voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto (...) Debe ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto. No se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de los motivos del acto (...)”¹⁰

En el sentido resaltado por Dromi, la motivación llevada a cabo por la administración debe proveer al administrado de información respecto de todos los elementos la que llevaron a resolver de determinada manera.

En tal contexto, apreciamos que el pronunciamiento de la GRE adolece de los vicios señalados, los mismos que invalidan la decisión contenida en el Oficio N° 022-09-GRE-OSITRAN.

Como consecuencia de lo expuesto, dada la relevancia de los temas en discusión y su efecto en la sostenibilidad de la concesión, solicitamos que la Gerencia General del OSITRAN, como instancia de nivel superior, revise y rectifique lo señalado por la GRE en el Oficio N° 022-09-GRE-OSITRAN, estableciendo que lo planteado en nuestra carta LAP-GPF-2009-00013 es válido y que, por tanto, proceden los ajustes tarifarios presentados por nuestra representada en dicha carta.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto al momento de resolver, declarando en su momento **FUNDADO** nuestro **RECURSO DE APELACIÓN**, modificando los alcances del Oficio N° 022-09-GRE-OSITRAN, en lo referido la determinación Índice de Precios al Consumidor (RPI) a ser utilizado para aplicar los ajustes tarifarios a ser realizados a partir del 2009.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que solicitamos se sirva concedernos el uso de la palabra a efectos de poder sustentar nuestra posición respecto de Informe materia de la presente reconsideración. Para tales efectos, solicitamos nos concedan un período de tiempo no mayor a veinte (20) minutos.

Nuestra intervención será realizada por el Gerente General y/o Gerente Central de la Concesión y/o Gerente Central de la Administración y Finanzas y/o Gerente Legal y/o representantes de LAP.

Callao, 05 de febrero de 2009.



¹⁰ DROMI, Roberto. “El Procedimiento Administrativo”, Editorial Ciudad Argentina, 1° Edición, Buenos Aires, 1999, p. 111 y 133.