



Miraflores, 24 de noviembre de 2008

Señores
Lima Airport Partners S.R.L.
Lima, Perú.-

Atención: Dr. Fernando Ocampo – Gerente Legal

Referencia: Opinión Legal acerca de la interpretación de reglas aplicables a la determinación de canastas de servicios en el marco del factor de productividad aplicable a diversos servicios aeroportuarios.

De nuestra consideración,

En relación con vuestra atenta solicitud relacionada con el procedimiento administrativo de revisión tarifaria de las tarifas de diversos servicios aeroportuarios prestados por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, "LAP") que se encuentra actualmente en curso, se nos consulta lo siguiente:

I. Consulta

¿Cuál es el margen de discrecionalidad con el que puede actuar el OSITRAN para la determinación de las canastas de servicios mediante las cuales se realizará la aplicación del sistema de tarifas tope vigente para los diversos servicios aeronáuticos prestados por LAP en ejecución del su Contrato de Concesión? ¿Existe algún impedimento legal para que se implemente una única canasta de servicios para la aplicación del mencionado sistema?

II. Breve Conclusión

Luego de analizar el texto del Contrato de Concesión, así como la regulación aplicable a la infraestructura de uso público vinculada al transporte aeronáutico, somos de la opinión de que el OSITRAN cuenta con un margen de discrecionalidad suficiente para aplicar el régimen RPI-X a través de una única canasta de servicios, y que no existe impedimento legal alguno para que se implemente dicha forma de aplicación. Por el contrario, entendemos que la consideración de una sola canasta de servicios se encontraría en línea con las características esenciales del sistema de tarifas tope establecido en el Contrato de Concesión, así como los principios que de modo general y particular gobiernan la actuación del OSITRAN, lo que no sucede con la propuesta de tres canastas planteada por OSITRAN. Sustentamos nuestra conclusión en las consideraciones que a continuación pasamos a detallar.

III. Análisis¹

III.1.- Marco institucional

El 14 de febrero de 2001, el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante, el “MTC”) suscribió el “Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez” con LAP.

Mediante el Contrato de Concesión, se entregó a LAP la operación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y prestación de diversos servicios aeroportuarios y de aeronavegación por un plazo de 30 años.

En el marco de la entrega al sector privado de la gestión de un importante servicio público como es el de infraestructura aeroportuaria, la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ley 26917, atribuyó a OSITRAN la función de regular las actividades de explotación de infraestructura nacional de transporte de uso público, a fin de cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, las empresas operadoras y los usuarios.

La mencionada ley atribuyó expresamente al OSITRAN la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, fijando las tarifas correspondientes en los casos en que no exista competencia en el mercado, así como la función de velar por el cumplimiento del régimen tarifario establecido en el Contrato de Concesión del operador, de ser el caso, y aplicar los reajustes tarifarios a que hubiera lugar.

El artículo 21 del Reglamento General de OSITRAN (en adelante, “REGO”) señala expresamente que el OSITRAN se encuentra facultado para ejercer la función reguladora, definida por este mismo reglamento como aquella que permite al OSITRAN determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, así como los principios y sistemas que resulten aplicables, función que se ejerce a través de Resoluciones adoptadas por su Consejo Directivo, máximo órgano de dicha institución.

III.2.- Regulación tarifaria en el sector de infraestructura de transporte aeronáutico

Las tarifas aplicables a los servicios prestados por LAP bajo el Contrato de Concesión, así como sus niveles de reajuste progresivo, estaban definidos en el mencionado contrato para los ocho primeros años de su vigencia. A partir del noveno año, y de conformidad también con lo establecido en dicho contrato, entraría en vigencia la aplicación del sistema de tarifas tope.

El Contrato de Concesión establece en su cláusula 6.1. lo siguiente:

“6.1. Tarifa. El Concesionario determinará a su discreción las Tarifas a ser cobradas por los Servicios Aeroportuarios y otras materias con relación al Aeropuerto, siempre que dichas tarifas no excedan las Tarifas Máximas establecidas en el Apéndice 2 del Anexo 5, o aquellas no contempladas en el Anexo 5 que serán fijadas por

¹ Emitimos el presente informe sobre la base de la información contenida en los siguientes documentos: (i) Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, suscrito entre el Estado peruano y LAP el 14 de febrero de 2001; (ii) Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ley 26917; (iii) Reglamento General de OSITRAN aprobado mediante D.S. N° 010-2001-PCM; (iv) Reglamento de Tarifas, aprobado mediante Resolución N° 043-2004-CD/OSITRAN y modificado mediante R. N° 082-2006-CD/OSITRAN; (v) Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00127 de fecha 16 de octubre de 2006; y, (iv) diversas resoluciones tarifarias emitidas por OSITRAN y mencionadas expresamente en el presente documento.

OSITRAN, de acuerdo a las disposiciones establecidas en las Normas y en las leyes que lo rigen (...)

Las Tarifas Máximas que OSITRAN establezca, a partir del noveno año de Vigencia de la Concesión, conforme se establece en el Apéndice 2 del Anexo 5, serán publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, a costo del Concesionario.”

Por su parte, el “Anexo 5 – Política sobre Tarifas” del Contrato de Concesión establece las condiciones generales a las que se sujetará la fijación de las tarifas máximas aplicables.

El Apéndice 2 del mencionado Anexo 5 establece en su último párrafo lo siguiente:

“A partir del noveno año de vigencia de la Concesión, para el reajuste de la TUUA y del aterrizaje/despegue nacional e internacional se aplicará la fórmula RPI-X, mediante el cual las tarifas se reajustarían periódicamente por la variación del Índice de Precios al Consumidor de los EEUU, representado por el RPI, menos un porcentaje estimado de los incrementos anuales de productividad, representado por X. Este último porcentaje será calculado por OSITRAN y permanecerá fijo por un período de cinco años...” (el subrayado es agregado)

El Contrato de Concesión así consagra el sistema de tarifas tope o factor de productividad para el ajuste de las tarifas aplicadas por LAP para sus servicios regulados.

Este sistema es uno de regulación por incentivos, bajo el cual en base a una estimación de la productividad de la empresa frente a la productividad de la economía se determinan variaciones cuyo impacto final en las tarifas depende además del nivel de inflación². Una vez determinado el Factor X, éste queda fijo por un período denominado de “rezago regulatorio”, el que en el caso de LAP, y de conformidad con lo establecido en su Contrato de Concesión, se extiende por 5 años. Durante este período la empresa tiene fuertes incentivos para volverse más eficiente, reducir costos y maximizar sus ingresos, a fin de poder retener aquellos beneficios que pueda generar por encima de las ganancias de productividad estimadas mediante el Factor de Productividad. Una vez concluido el período de aplicación, se estimará un nuevo factor mediante el que se trasladarán las ganancias o pérdidas de eficiencia a los usuarios, lo que incrementará el bienestar social produciendo una situación similar a la de un mercado en competencia.

Conforme a lo señalado por BEESLEY y LITTLECHILD³, el sistema de regulación tarifaria RPI-X se caracteriza porque brinda a la empresa regulada una mayor flexibilidad para aplicar los cambios tarifarios y alcanzar una estructura óptima de tarifas. Estos autores ponen de relieve además la importancia de contar con dicha flexibilidad de modo especial cuando los precios óptimos no han podido ser determinados o alcanzados inicialmente. Según se nos ha informado, a partir de un benchmarking de precios de los servicios brindados por LAP respecto de otros aeropuertos de la región, a la fecha existiría algún desbalance importante en la medida que la tarifa aplicable a servicios prestados a usuarios finales se encuentra muy por debajo del promedio de la región, mientras que las tarifas por aterrizaje y despegue se encuentran por encima del promedio regional.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el Contrato de Concesión de LAP definió inicialmente que la regulación tarifaria mediante Factor de Productividad era aplicable únicamente a la Tasa Unificada de Uso Aeroportuario (TUUA) y aterrizaje/despegue nacional e internacional. Asimismo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 046-2004-CD-OSITRAN –modificada luego por la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2007-

² Cabe señalar que en el caso de LAP, y de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, se utiliza la inflación de los Estados Unidos de América.

³ Beesley, M. y Littlechild, S. The regulation of privatized monopolies in the United Kingdom. Rand Journal of Economics, Vol. 20, No. 3, 1989.

CD/OSITRAN- se estableció la tarifa máxima para el uso de instalaciones de carga, las que según lo dispuesto en su artículo 2, hasta el año 8 de la concesión serían ajustadas por el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, sin señalar exactamente que a partir del año 9 se aplicaría la regulación de precios tope a este servicio.

Posteriormente, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2008-CD-OSITRAN, se estableció la tarifa máxima de uso de puentes de abordaje, vigente únicamente hasta el 31 de diciembre del presente año. En este caso, el artículo 2 de la mencionada resolución estableció expresamente que luego de la fecha señalada, la tarifa estaría sujeta al RPI-X.

Todas estas modificaciones introducidas paulatinamente por el regulador en la lista de servicios sujetos al Factor de Productividad, no deben hacernos olvidar que el Contrato de Concesión – al que debe sujetarse la actuación del OSITRAN- definió inicialmente un marco tarifario aplicable sólo a dos servicios que serían los regulados bajo el sistema de tarifas tope. Este sistema además se caracteriza por la flexibilidad que otorga a la empresa regulada, lo que en el marco originalmente establecido –que fue precisamente el que se encontraba vigente al momento en que LAP tomó la decisión de invertir en el sector de infraestructura vinculada al transporte aeronáutico- implicaba que una vez definido el factor X, la empresa pudiera determinar entre estos dos servicios la estructura tarifaria adecuada.

En el año 2008, al haber transcurrido los ocho años iniciales de vigencia del Contrato de Concesión, el OSITRAN dispuso de oficio mediante Resolución N° 016-2008-CD-OSITRAN, de fecha 12 de marzo de 2008, el inicio del procedimiento de revisión tarifaria para los servicios que se indican a continuación:

- (i) TUUA nacional e internacional
- (ii) Aterrizaje y despegue nacional e internacional
- (iii) Estacionamiento de aeronaves nacional e internacional
- (iv) Uso de instalaciones de carga
- (v) Uso de puentes de embarque

Como se puede apreciar, el OSITRAN ha considerado que el servicio de estacionamiento, al contar con una tarifa determinada como un porcentaje de la de aterrizaje/despegue, debía estar también sujeto al RPI-X.

En el curso del procedimiento administrativo de revisión tarifaria, el OSITRAN publicó su “Propuesta Revisión de Tarifas Máximas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez” de octubre de 2008 (en adelante, la “Propuesta”).

En la página 9 de la Propuesta se deja establecido que de conformidad con el Reglamento de Tarifas (en adelante, “RETA”) aprobado mediante Resolución N° 043-2004-CD/OSITRAN, y modificado posteriormente por Resolución N° 082-2006-CD/OSITRAN, se considerarán 3 canastas de servicios: (i) TUUA nacional e internacional; (ii) aterrizaje/despegue, estacionamiento y uso de puentes de embarque); y, (iii) TUUA de carga. En el caso de la TUUA nacional e internacional, y especialmente en el caso de la TUUA de carga, sin embargo, no existe una canasta de servicios propiamente dicha, sino un único servicio al que es aplicable directamente el factor X, eliminando cualquier flexibilidad comercial con la que debería contar la empresa regulada bajo la definición de sistema de tarifas tope, situación que como explicaremos en el presente documento, viola además el propio RETA en su definición de canastas de servicios.

Se nos ha consultado acerca del margen de discrecionalidad con el que cuenta el OSITRAN para, dentro del marco normativo vigente, establecer una única canasta de servicios en el procedimiento de revisión tarifaria actualmente en curso. Ello será examinado en el numeral siguiente.

III.4.- El RETA y las canastas de servicios

Los procedimientos de fijación de tarifas del sector Transportes se encuentran sujetos tanto a las disposiciones contenidas en los contratos de concesión que haya suscrito el Estado peruano como a las normas contenidas principalmente en el RETA, instrumento elaborado por el propio OSITRAN y que contiene disposiciones que orientan y establecen parámetros para la actuación de éste al interior de procedimientos de fijación y revisión tarifaria.

Antes de examinar las disposiciones puntuales contenidas en el RETA en relación con las canastas de servicios, conviene recordar que mediante Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00127 de fecha 16 de octubre de 2006, LAP presentó sus comentarios en relación con el Proyecto de Modificación del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN. En dicha comunicación LAP expresó directamente su preocupación en el sentido que el conjunto de criterios anunciados por el OSITRAN para la conformación de las canastas podría restringir “... la libertad que tiene la Entidad Prestadora de fijar las tarifas de la manera que estime más conveniente según sus políticas comerciales, motivo por el cual consideramos que la potestad de definición de las Canastas Regulatorias (número y composición de las canastas Regulatorias) es igualmente un criterio que debiera ser aplicado por el Concesionario...” (el subrayado es agregado).

Como bien señaló LAP en dicha oportunidad, en la licitación pública que se promovió para la entrega en concesión de la infraestructura del aeropuerto hoy operado por tal empresa, se exigió que los postores contaran con amplia experiencia técnica, operativa y comercial para la operación de la concesión, elemento que fue determinante además para la adjudicación de la buena pro a favor de LAP. Al encontrarse garantizada la experiencia, conocimiento y know how del operador de la infraestructura, es éste el que se encuentra en mejor capacidad para dirigir la gestión comercial de la misma y no el regulador, por lo que la determinación de las canastas no debería obstruir en modo alguno el desarrollo de estrategias comerciales por parte de LAP. El hecho de dejar al libre arbitrio del regulador la posibilidad de –a través del RETA y/o a través del procedimiento de revisión tarifaria- determinar el número de canastas sin atender a los fines del Contrato de Concesión y a los principios regulatorios que rigen su accionar, puede generar una situación en la que el OSITRAN asuma indirectamente la gestión de actividades reservadas para el concesionario, lo que resulta contrario al espíritu del contrato.

Hecha esta breve introducción, conviene revisar las disposiciones específicas contenidas en el RETA que resultan pertinentes a nuestro análisis.

III.4.1.- Los principios aplicables al presente procedimiento

El RETA tiene por objeto, como señala su artículo 2, establecer la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará OSITRAN cuando fije o revise las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte público.

A este respecto, el artículo 19 del RETA señala que el regulador determinará la metodología sobre la base de la cual se realizará la propuesta de fijación y revisión tarifaria. Dicho artículo incluye de manera enunciativa diversas metodologías que pueden ser empleadas por el OSITRAN para la fijación o revisión de tarifas, quedando a discrecionalidad del regulador – sujeto a diversos parámetros legales y económicos- la elección de la que se considere más adecuada para el servicio a ser regulado. Señala expresamente dicho artículo que “... la aplicación de las metodologías a que hace referencia el presente artículo se realizará en concordancia con el tipo de infraestructura y la naturaleza del servicio cuya tarifa es materia de fijación o revisión...”.

Es preciso tener en consideración que los procedimientos de fijación o revisión de tarifas son procedimientos administrativos que lleva a cabo el OSITRAN con la finalidad de determinar las tarifas aplicables a la prestación de servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público. En el caso que nos ocupa, se trata de un procedimiento de revisión tarifaria y no de fijación, pues la tarifa aplicable a los servicios regulados ya se

encuentra determinada en el Contrato de Concesión y corresponde su primera revisión al amparo del sistema de precios tope establecido también en dicho contrato. Esta primera precisión resulta de la mayor importancia en la medida que obliga al OSITRAN a efectuar la revisión tarifaria en armonía y consistencia con los principios y criterios que orientaron la fijación inicial de las tarifas, la que en el caso de LAP se estableció directamente en el Contrato de Concesión primero, mediante la aplicación de las tarifas ya fijadas para cada uno de los 8 primeros años de la operación, y luego mediante la aplicación de la fórmula RPI-X, con todos los elementos y características que este sistema conlleva. No sólo se trata entonces de la flexibilidad que es característica del sistema mencionado, sino que –lo que resulta más relevante aún- en ningún momento se definió la utilización de canastas de servicios, lo que generó confianza en el operador en el sentido que dicha determinación quedaría librada a su estrategia comercial. Al tratarse de reglas establecidas en un contrato, bajo lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil vigente, éstas deben interpretarse y ejecutarse de conformidad con las reglas de la buena fe.

En efecto, este procedimiento administrativo tiene además, un fundamento y base contractual, al derivarse de las disposiciones establecidas en contratos de concesión suscritos por el Estado. En tal sentido, la actuación de ambas partes se encuentra sujeta también a los principios y reglas de derecho contractual, tales como el principio de buena fe en la ejecución de los contratos al que nos hemos referido.

El principio de buena fe no es sólo una exigencia derivada del basamento contractual del presente procedimiento, sino que tiene también aplicación en el ámbito de derecho administrativo. El regulador no se puede apartar del deber de lealtad en el cumplimiento de los objetivos del Contrato de Concesión. Como señala MORÓN URBINA:

“... La buena fe o confianza legítima, como es conocido este principio en otros ordenamientos, impone el deber de coherencia en el comportamiento propio de las autoridades, los administrados, los representantes y abogados. Como bien afirma González Pérez, la Administración Pública y el administrado han de adoptar un comportamiento legal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les dé vida y en las reacciones frente a los posibles defectos del acto. Han de adoptar un comportamiento leal en el desenvolvimiento de las relaciones en las dos direcciones en que se manifiesta: al ejercer las potestades de revisión y anulación y al soportar los efectos de la extinción, así como el ejercicio de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa...”⁴(el subrayado es agregado).

Dado que el procedimiento de revisión tarifaria no ha sido delimitado con precisión por el Contrato de Concesión, es OSITRAN el llamado a definir sus alcances, definición en la que el regulador deberá ser un celoso observador de la buena fe en la ejecución de los contratos. Esto sugiere una actuación acorde con los objetivos del contrato, que permita de un lado a la empresa obtener el beneficio esperado como resultado de su inversión, y a los usuarios de los servicios beneficiarse –en mayor o menor medida- del traslado de las ganancias de productividad del operador, en la forma y medida que resulte económicamente más eficiente, todo ello sin alterar el equilibrio económico del contrato en su acepción general.

Teniendo en cuenta que las tarifas que hoy se encuentran sujetas al sistema de precios tope corresponden a diversos tipos de usuarios, el OSITRAN deberá privilegiar aquella situación que en su conjunto produzca el mayor bienestar social, lo que entendemos no sucederá con una aplicación directa del factor a todos los servicios –situación que, como ya hemos adelantado, atentaría contra la flexibilidad que caracteriza a este sistema tarifario- aun cuando esta consideración podría producir un resultado más beneficioso para algún tipo de usuario en particular respecto de los demás. Este resultado, sin embargo, no será ilegítimo si para la

⁴ MORON URBINA, Juan Carlos, Comentarios – Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 37-38.

sociedad en su conjunto es un resultado óptimo respecto de las demás alternativas con las que cuenta el regulador.

Ahora bien, siendo que la revisión de tarifas se realiza al interior de un procedimiento administrativo, OSITRAN está sujeto también a los principios y reglas del procedimiento administrativo establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 (en adelante, “LPAG”), en el Reglamento General del OSITRAN (REGO)⁵, así como en el propio RETA.

A este respecto, resulta de la mayor relevancia –por encontrarse íntimamente vinculado con el principio de buena fe en la ejecución de los contratos-, el principio de razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG:

“1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”

OSITRAN en consecuencia cuenta con un margen de discrecionalidad para determinar los alcances de la metodología de revisión de tarifas, así como su aplicación, pero esta discrecionalidad se encuentra acotada por el principio de razonabilidad. OSITRAN debe justificar la razonabilidad de todas sus decisiones, en particular aquellas en las que desarrolla reglas que no han sido plasmadas en el Contrato de Concesión. Esta razonabilidad se encuentra también vinculada con el deber de motivación de las decisiones de la Administración pública, que garantiza a su vez el ejercicio del derecho de defensa de los administrados.

En virtud del deber de motivación –consagrado además como un requisito de validez de los actos administrativos de acuerdo con el numeral 4 del artículo 3 de la LPAG- la Administración se encuentra obligada a aportar y hacer expresa la justificación razonable de sus decisiones. No basta a la satisfacción del deber de motivación un enunciado de fórmulas generales, sino que el regulador se encuentra obligado a aportar el debido sustento legal, fáctico y económico que respalde la decisión adoptada en un procedimiento de revisión tarifaria.

Asimismo, el principio de predictibilidad -consagrado también en el numeral 1.13 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG- garantiza al administrado que las decisiones de la autoridad administrativa se deberán producir de un modo tal que desde el inicio del procedimiento, aquél pueda anticipar el resultado del mismo:

“1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.”

Bajo el principio de predictibilidad se garantiza al administrado que la Administración no adoptará decisiones que no fluyan de la información aportada, la evidencia y la discusión producida al interior del procedimiento administrativo. De esta manera, el administrado puede confiar en que al haberse demostrado fehacientemente al interior del procedimiento la racionalidad de una decisión que se encuentra dentro de los límites del espacio de discrecionalidad con que cuenta la Administración, ésta no podrá apartarse de tal decisión sin haber rebatido suficientemente las razones aportadas al interior del procedimiento.

A manera de ejemplo, es pertinente destacar un tema que evidencia la falta de predictibilidad con la que se ha venido desarrollando la implementación del sistema de tarifas tope en el

⁵ Norma aprobada mediante D.S. No 044-2006-PM y modificada mediante D.S. No 057-2006-PCM y 046-2007-PCM.

sector de infraestructura de transporte aeronáutico, es el tratamiento del riesgo regulatorio. En efecto, en las fijaciones de cargos de acceso y tarifas OSITRAN consideró una prima por riesgo regulatorio de 2% en el año 2004⁶. Posteriormente, en marzo 2007 con la emisión de los mandatos de acceso para la explotación de la infraestructura aeroportuaria de uso público para la prestación de diversos servicios, OSITRAN redujo el riesgo regulatorio de 2% a 1%, cambiando la posición que había mantenido durante tres (3) años⁷. En el año 2008 y para efectos de la fijación de la tarifa de uso de puentes de embarque de pasajeros, OSITRAN redujo nuevamente la prima de riesgo regulatorio de 1% a 0% (pese a que en el proyecto original había considerado una prima de 1%)⁸.

Respecto de este tema, el RETA en la sección “Productividad Total de Factores” (metodología usada por OSITRAN para calcular el X) señala que “el riesgo regulatorio podrá incluirse, cuando la empresa sustente dicho componente. Las Entidades Prestadoras pueden sustentar en sus solicitudes dicha prima por este riesgo...”. Sin embargo, aun cuando el RETA establece que la prima por riesgo regulatorio debe ser sustentada por el concesionario, no es acorde con la predictibilidad y razonabilidad que habiéndose ya empleado dicha prima el regulador pueda eliminarla o reducirla. Para las reducciones antes mencionadas OSITRAN básicamente sostenía que el riesgo regulatorio venía cayendo (por la estabilidad institucional de OSITRAN) o que no se conocía su aplicación en la práctica regulatoria, sin embargo estas afirmaciones no fueron debidamente sustentadas ni demostradas por el OSITRAN, incurriendo en una falta de motivación.

Para efectos del presente procedimiento, se nos ha informado que el OSITRAN habría incorporado el riesgo regulatorio en el beta, situación que no cumple con las disposiciones establecidas en el RETA, para lo que el OSITRAN ha aducido razones de índole económica. No es consistente entonces que el OSITRAN se ampare en la obligatoriedad de la literalidad del RETA para determinar el número de canastas por un lado, mientras que en el caso del riesgo regulatorio ignore el tratamiento establecido en el mismo RETA en base a razones económicas.

Directamente vinculado al principio de predictibilidad, el principio de transparencia⁹ recogido por el REGO en su artículo 7, implica que todas las decisiones del OSITRAN deben adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles, debiendo motivarse debidamente a fin de garantizar el derecho de defensa de los administrados.

El RETA, por su parte, desarrolla en su artículo 18 algunos principios a los que se debe sujetar el ejercicio de la función reguladora por parte del OSITRAN:

3. Sostenibilidad de la oferta: Los niveles de los precios regulados que se establezcan deben asegurar la sostenibilidad de una oferta de servicios de calidad y estimular su desarrollo. El nivel tarifario deberá permitir que se cubra los costos económicos de la prestación del servicio (incluyendo la retribución al capital). (el subrayado es agregado).

Este principio busca garantizar que las decisiones adoptadas por la Administración contribuyan no sólo a sostener la oferta de servicios sino a promover su desarrollo. Entre dos alternativas que se encuentre considerando la Administración, ésta deberá optar por aquella que promueva en el largo plazo la ampliación de la oferta de servicios brindados por el operador, lo que

⁶ Ver Resolución N° 026-2004-CD/OSITRAN, que establece el cargo de acceso por los servicios de rampa y la Resolución N° 046-2004-CD/OSITRAN, que establece el cargo por uso de instalaciones de carga aérea.

⁷ Ver Resolución N° 017-2007-CD/OSITRAN, Resolución N° 020-2007-CD/OSITRAN, Resolución N° 021-2007-CD/OSITRAN, y la Resolución N° 022-2007-CD/OSITRAN.

⁸ Ver Resolución N° 003-2008-CD/OSITRAN.

⁹ El REGO contiene un apartado denominado “Principios de acción del OSITRAN”, los que tienen por función, según reza el artículo 2 del REGO, la de establecer los límites y lineamientos a la acción del OSITRAN en el desarrollo de sus funciones: “en tal sentido, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los ORGANOS DEL OSITRAN deberá sustentarse y quedar sujeta a los mismos...”.

redundará en un mayor bienestar social y un adecuado cumplimiento de los fines de la regulación.

7. Principio de Costo-Beneficio: La intervención regulatoria de OSITRAN, a través de la fijación o revisión de tarifas, deberá sustentarse en un análisis de los costos y beneficios sociales derivados de dicha intervención, teniendo en cuenta criterios tales como la regularidad del servicio, evolución de la demanda, costos administrativos, procesales y de supervisión involucrados, entre otros. (el subrayado es agregado)

En el mismo sentido, el REGO recoge el principio de actuación basado en análisis costo-beneficio¹⁰, que obliga al OSITRAN a evaluar los beneficios y costos de sus decisiones antes de su realización y sustentarlas adecuadamente bajo criterios de racionalidad y eficacia. Este principio obliga al OSITRAN a realizar una evaluación técnica y económica en la que se pondere debidamente la información y consideraciones alcanzadas por LAP, de modo tal que las decisiones que se adopten e implementen como resultado del presente procedimiento sean razonables y eficientes. El REGO a su vez dispone que mediante el principio de eficiencia y efectividad, la actuación del OSITRAN se debe guiar por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.

Vinculado a este principio se encuentra también el principio de análisis de decisiones del OSITRAN contenido en el artículo 12 del REGO, cuyo postulado principal establece que en el análisis de las decisiones reguladoras el OSITRAN:

“... tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de tarifas, calidad, incentivos para la inversión, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los USUARIOS. En tal sentido deberá evaluarse el impacto que cada uno de éstos aspectos tiene en las demás materias involucradas...”

En función de los últimos principios reseñados, las decisiones de la Administración deben necesariamente tomar en consideración aspectos económicos como la evolución de la demanda, lo que en definitiva la llevará a ponderar las elasticidades de los diferentes tipos de usuario y privilegiar aquella solución en la que se estimule la demanda en términos globales.

Sin perjuicio de la relevancia de cada uno de los principios a que nos hemos referido en los párrafos precedentes, el principio de equidad recogido en el artículo 18 del RETA es uno de los más importantes y pertinentes para despejar cualquier duda interpretativa respecto de los criterios que deben ser considerados por el OSITRAN para la implementación de las canastas de servicios en el marco del sistema de tarifas tope. Este principio tiene el siguiente enunciado:

5. Equidad: las tarifas deberán permitir que los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público sean accesibles a la mayor cantidad posible de usuarios. En el caso de infraestructuras deficitarias, OSITRAN buscará hacer transparentes las fuentes de financiamiento, distinguiendo aquellas fuentes distintas a las tarifas.

Como explicaremos más adelante, la consideración del acceso al mayor número de usuarios será un importante elemento orientador para el análisis desarrollado en el presente informe.

Finalmente, la Administración debe asegurar la consistencia y coherencia de sus decisiones referentes a metodologías de tarificación y estructura del sistema tarifario – lo que incluye la forma de aplicación del sistema de tarifas tope- partiendo de la premisa de que se trata de

¹⁰ Ver artículo 6 del REGO.

actos de ejecución contractual y que por lo tanto deben ser coherentes con los objetivos de la concesión:

9. Consistencia: En la fijación o revisión tarifaria, OSITRAN deberá asegurarse de que exista coherencia entre las metodologías de tarificación aplicadas a los diversos servicios que prestan las Entidades Prestadoras así como en la determinación de la estructura del Sistema Tarifario.

III.4.2.- La regulación de las canastas de servicios

Como resultado del procedimiento de fijación o revisión de tarifas, el OSITRAN establece la Tarifa Tope o Máxima, cuyo valor no puede ser superado por las entidades prestadoras en el establecimiento de las tarifas aplicables a los servicios que ésta presta a los usuarios, cuando éstas pertenecen al régimen tarifario regulado, como es el caso de las tarifas para los servicios prestados por LAP. Para el establecimiento de esta tarifa, el OSITRAN debe utilizar el factor de productividad (RPI-X).

Una vez estimado el factor X vigente para el primer período quinquenal, y siempre siguiendo lo establecido en el RETA, la aplicación de éste será anual, tomando en consideración la variación del Índice de Precios al Consumidor de los últimos 12 meses¹¹.

Ahora bien, desde un punto de vista teórico para la aplicación del Factor de Productividad es menester se defina si se establecerán una o más canastas al interior de las cuales el concesionario podrá determinar los ajustes tarifarios que considere convenientes, siempre que en el promedio ponderado de las tarifas éstas no superen las tarifas máximas establecidas mediante la aplicación del factor.

Para el caso de los servicios prestados por LAP, el Contrato de Concesión no definió directamente el número de canastas a través del que se aplicaría el sistema de precios tope. En tal sentido, para dicha determinación el OSITRAN cuenta con un margen de discrecionalidad que se encuentra debidamente limitado por las reglas establecidas explícita o implícitamente por el Contrato de Concesión, así como por los principios de la buena regulación y procedimiento administrativo a que nos hemos referido en líneas precedentes. Como quiera que el Contrato de Concesión estableció la aplicación de un sistema de tarifas tope, es este sistema y no otro, con sus particularidades y características esenciales, el que debe ser implementado por el OSITRAN, respetando su naturaleza y los fines que se persiguen, principalmente fomentar la eficiencia. Así, el regulador se encuentra impedido de establecer reglas que enerven la flexibilidad con la que por definición la empresa regulada debe contar para que se cumplan los objetivos de un sistema de regulación por incentivos, mucho menos a través de una norma de menor rango como es el RETA, especialmente teniendo en cuenta que este fue precisamente uno de los temas comentados por LAP en respuesta al proyecto de modificación del RETA del año 2006.

Sobre la discrecionalidad de la Administración ha escrito COSCULLUELA:

“La discrecionalidad supone un margen de libre elección por la Administración entre una pluralidad de posibilidades igualmente lícitas. Estas posibilidades pueden referirse a la conveniencia de actuar o no, al modo de actuar o al contenido de la actuación (... las potestades que contienen mayores elementos de discrecionalidad son la reglamentaria (particularmente en los reglamentos independientes) y la organizatoria ...”¹²

Siguiendo a este autor, la discrecionalidad de la Administración implica que ésta –siempre guiada por el principio de razonabilidad- puede dentro de los márgenes establecidos en las

¹¹ Como ya hemos señalado, en este caso es aplicable el IPC de los Estados Unidos de América.

¹² COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Décimoquinta edición. Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 334-335.

reglas contractuales y regulatorias, elegir entre varias alternativas disponibles, para lo que debe necesariamente primero interpretar precisamente cuáles son las alternativas que se encuentran dentro de su potestad regulatoria. En el caso que nos ocupa, y como ya hemos señalado, será el Contrato de Concesión el instrumento central que guiará al OSITRAN en su labor de regulación tarifaria de los servicios prestados por LAP, por lo que ninguna interpretación de alguna norma emitida por el OSITRAN podrá contravenir en modo alguno a lo ya dispuesto – explícita o implícitamente- por el Contrato de Concesión.

Es decir, aun cuando no existen reglas contractuales expresas y detalladas que vinculen al regulador a adoptar determinada regla, las decisiones que éste adopte al interior del proceso de regulación tarifaria no podrán atentar en modo alguno contra el objetivo central del Contrato de Concesión, que es de un lado asegurar la prestación del servicio público y garantizar el acceso a un mayor número de usuarios, así como garantizar un adecuado retorno a la inversión efectuada por el concesionario, permitiendo a éste el manejo comercial de la empresa y brindando un marco de seguridad jurídica y predictibilidad adecuados.

Como hemos señalado, un instrumento de nivel secundario y de aplicación supletoria respecto de lo establecido en el Contrato de Concesión será el RETA, aprobado en el año 2004 por el OSITRAN con anterioridad al inicio del primer procedimiento de revisión de las tarifas tope aplicables a los Servicios. Este reglamento fue modificado dos años después mediante Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD/OSITRAN. En el Anexo 2 del RETA, se estableció que sería OSITRAN el que aprobaría las canastas reguladas de servicios.

Para coadyuvar a la determinación de las canastas, y dado que al momento de aprobación del RETA el OSITRAN no tenía definida aún cuál debía ser la forma en que debería implementarse y aplicarse el sistema de tarifas tope, el OSITRAN decidió dejar para más adelante y para cada caso en particular la definición de algunos elementos relevantes del sistema, entre ellos, la determinación del número de canastas que se utilizarían. Así, el RETA estableció algunos criterios que debían ser tomados en consideración al momento de decidir si el factor se aplica a través de una sola canasta o mediante alguna de las otras 82 combinaciones posibles que se logran con los 5 servicios sujetos a tarifas máximas, como bien señala la Propuesta.

Los criterios establecidos en el RETA son los siguientes:

- (i) No podrán incorporarse a las canastas servicios que se brindan en condiciones de libre competencia.
- (ii) El número de canastas reguladas de servicios estará en función del tipo de usuario y la estructura del sistema tarifario.
- (iii) La naturaleza y complementariedad de los servicios regulados.
- (iv) En el caso que exista más de un factor de productividad, las canastas reguladas se determinarán según las características tecnológicas asociadas a los servicios, el tipo de usuario, la naturaleza de los servicios y la complementariedad de los servicios regulados.

Estos criterios, sin embargo, sólo pueden ser tomados como meramente orientativos en la medida que una aplicación literal y directa de los mismos podría atentar contra el espíritu del sistema de tarifas tope establecido en los Contratos de Concesión y generar resultados que no serían consistentes ni siquiera con los principios enunciados en el propio RETA. Entendemos que el establecimiento de tres canastas –como se establece en la Propuesta- podría generar dichos resultados.

Sin perjuicio de ello, es preciso en este extremo del análisis referirnos a la literalidad de la interpretación del RETA en cuanto establece los criterios mencionados en el párrafo precedente. En efecto, señala el RETA que OSITRAN deberá “tomar en consideración” los criterios, lo que no supone –en nuestra opinión- hacer una aplicación directa en modo alguno. La obligación que el OSITRAN estableció –de forma unilateral y para sí mismo- con la modificación del RETA fue únicamente la de tomar en consideración mas no la de aplicar (de forma directa y sin considerar otros elementos normativos y económicos) dichos criterios.

OSITRAN debía así realizar un análisis e interpretación de los criterios enunciados de manera general para luego de una debida evaluación sistemática, definir cuáles de los criterios por ser armónicos con el Contrato de Concesión y demás normas aplicables podían ser utilizados para determinar el número de canastas de servicios¹³.

Por otro lado, no hay que olvidar que el RETA fue aprobado por el propio OSITRAN, quien se abstuvo en un momento inicial de definir directamente el número de canastas y los elementos tarifarios que las componen, para enumerar una serie de criterios orientativos que como hemos señalado, deben ser interpretados de manera armónica con el Contrato de Concesión. En tal sentido, estos únicamente pueden servir de referencia para el cumplimiento de las funciones del regulador y en modo alguno pueden constreñir su actuación cuando existen fundamentos adecuados y fehacientemente demostrados que aconsejan una actuación distinta.

Otro elemento que nos lleva a sostener que los criterios enumerados son únicamente referenciales es que el propio RETA reconoce expresamente que las canastas de servicios suponen una pluralidad de servicios. En efecto, tanto la definición de “Canasta de Servicios”, como la de “Canasta Regulada de Servicios”, refieren a una agrupación de servicios¹⁴.

Esto implica necesariamente que no puede existir una canasta si ésta no comprende una pluralidad de servicios, como sucede en dos de las tres canastas contenidas en la Propuesta: la TUUA nacional e internacional, y la TUUA de carga. La ausencia de pluralidad se encuentra opuesta al concepto de canasta precisamente porque obliga al operador a aplicar el factor directamente a las tarifas de los servicios regulados e impide así el despliegue de su estrategia comercial, la que el mismo RETA se ha preocupado de preservar. Y esto no es distinto en el caso de las canastas reguladas de servicios, en las que aun cuando la libertad del operador no es absoluta, debe ser preservada en determinada medida en tanto que es parte de la aplicación del sistema de tarifas tope, el que se caracteriza, como hemos señalado, por su flexibilidad. Una interpretación sistemática de ambas reglas –la que establece los criterios y la que define a las canastas de servicios- nos debe llevar necesariamente a descartar el planteamiento de tres canastas contenidas en la Propuesta y acoger mas bien una agrupación que preserve la flexibilidad comercial del concesionario.

III.4.3.- La posición del OSITRAN

La Propuesta “Revisión de Tarifas Máximas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez” publicada en octubre de 2008 (en adelante, la “Propuesta”), en efecto contiene un análisis de los mencionados criterios a fin de determinar el número de canastas que se utilizarán para la aplicación del sistema de tarifas tope a partir del 1 de enero de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión. En principio, la Propuesta parte de reconocer expresamente en su numeral 416 lo siguiente:

¹³ Según el propio Diccionario de la Real Academia Española, la voz “Criterio” significa: “Norma para conocer la verdad. Juicio o discernimiento.” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima Edición, Tomo I. Madrid, Real Academia Española, 1984). En este sentido, la propia literalidad del RETA supone la necesidad de hacer un juicio o discernir entre los 4 enunciados propuestos por este reglamento a fin de determinar cuáles de estos deberán ser acogidos para determinar el número de canastas. Un criterio es por propia definición, flexible, por lo que no puede constituir en modo alguno una norma imperativa. Especialmente teniendo en cuenta que en este caso la interpretación literal conduce a un resultado que no es consistente con la esencia del sistema de tarifas tope establecido en el Contrato de Concesión, se hace necesario acudir a una interpretación sistemática. Como señala RUBIO CORREA, la sistemática es el aporte que a la interpretación jurídica realiza la característica del Derecho de ser un sistema estructural. Este autor desarrolla extensamente los diversos métodos de interpretación, señalando que mediante la sistemática una norma debe interpretarse teniendo en cuenta el conjunto, subconjunto y grupo normativo en el que la norma se halla incorporada (RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, Cuarta Edición. Lima: PUCP, 1988, pp.236-252). En este caso, y como hemos señalado, las diversas disposiciones contenidas en el RETA deben ser interpretadas de manera armónica entre sí y con lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

¹⁴ Ver artículo 3 del RETA.

“416. En concordancia con lo anterior, el RETA señala que el Regulador puede conformar canastas de servicios para establecer las condiciones de aplicación del precio tope.” (el subrayado es agregado).

El OSITRAN reconoce así la facultad que tiene para establecer y definir las canastas de servicios en las que se agruparán éstos para la aplicación del sistema de precios tope. Sin embargo, posteriormente y de forma contradictoria con lo anterior, opta por acoger la supuesta obligatoriedad de la observancia de los criterios ya anunciados en el RETA a que nos hemos referido en párrafos precedentes¹⁵ y define la implementación de tres canastas de servicios, argumentando la necesidad de que todos los usuarios compartan la evolución de productividad de la empresa, es decir, un objetivo supuestamente redistributivo: “... la primera ventaja de las condiciones de aplicación basadas en tres canastas, radica en que permite que todos los grupos de usuarios “participen” de la evolución de la productividad de la Empresa Concesionaria...”¹⁶.

Sin embargo, antes de considerar fines redistributivos es importante tomar en cuenta el principio de equidad recogido en el propio RETA. Bajo este principio, y si bien una primera impresión nos podría llevar a considerar que el acceso a la mayor cantidad posible de usuarios se consigue mediante reducciones tarifarias uniformes y directamente aplicadas a todos los usuarios, un análisis más profundo nos lleva a concluir que ello no necesariamente es así.

En efecto, como hemos señalado en los párrafos precedentes, el criterio que debe orientar la decisión del regulador respecto del número de canastas es el beneficio que se obtiene en términos sociales. Y el principio de equidad no es sino otra expresión de este mismo aspecto. No hay que olvidar que la TUUA, por ejemplo, es una tarifa que se paga por un servicio cuya utilización no depende directamente del nivel en que esté establecida, sino de la posibilidad de acceder al servicio de transporte aéreo. Un usuario final debe utilizar los servicios del aeropuerto sólo cuando previamente ha adquirido los servicios de transporte de alguna aerolínea (demanda derivada). Y en este supuesto, además, no tiene otra elección: su demanda respecto de la TUUA es inelástica respecto del nivel tarifario. En consecuencia, una disminución de la TUUA no será apta para alcanzar directamente el respeto al principio de equidad, pues muy difícilmente conseguirá que un mayor número de usuarios acceda a servicios de transporte aéreo y por tanto, demande los servicios prestados por LAP. De hecho, lo que parecería generar un beneficio inmediato, en el mediano o largo plazo podría causar un perjuicio mayor al usuario final, al disminuir el abanico de opciones disponibles al no ser el aeropuerto atractivo para el desarrollo de operaciones por más aerolíneas.

El principio de equidad más bien implica que, por ejemplo, mediante una ampliación de la oferta de aerolíneas –que se podría conseguir mediante una estructura tarifaria que incentive la utilización de la infraestructura concesionada por nuevas aerolíneas o un mayor número de frecuencias-, los servicios de transporte aéreo –y por ende, los servicios prestados por LAP- sean accesibles a un mayor número de usuarios. El principio de equidad entonces implica que el acceso al mayor número de usuarios no pasa necesariamente por la reducción directa de las tarifas a usuarios finales –que se conseguiría con la implementación de tres canastas de servicios- sino con la implementación de una estrategia comercial y regulatoria que permita el incremento efectivo de usuarios que acceden a estos servicios, lo que se podría lograr con una estructura tarifaria eficiente que incentive una mayor utilización del aeropuerto, situación que en última instancia sí podría generar un beneficio concreto para un mayor número de usuarios finales.

Para el logro de este fin debe ser el regulado quien se encuentre en posibilidad de dirigir la gestión comercial de la concesión, pues un mayor número de usuarios de la infraestructura no sólo beneficiará a éste con mayores ingresos, sino que beneficiará a la sociedad en su conjunto, no sólo por la ampliación de usuarios sino también por las ganancias en productividad que se trasladarán a la sociedad en el siguiente período de aplicación del sistema de tarifas tope.

¹⁵ Ver numeral 421 de la Propuesta.

¹⁶ Ver numeral 434 de la Propuesta.

A este principio mal se pueden oponer consideraciones redistributivas, pues éstas no forman parte del principio de equidad tal como ha sido desarrollado por el RETA, no se encuentran contempladas en norma alguna, y finalmente su impacto social sería inmaterial –especialmente teniendo en consideración el tipo de usuario que utiliza los servicios aeroportuarios-, impidiendo en última instancia a los propios usuarios que se pretendería proteger a tener acceso a una mayor oferta de servicios.

Tampoco resulta pertinente aludir al poder de negociación como elemento diferenciador de los grupos de usuarios para establecer una suerte de protección especial a favor de los usuarios finales. En efecto, la Propuesta señala por un lado que el segundo de los criterios enunciados en el RETA refleja "... algunos usuarios poseen un mayor poder de negociación que otros. Si no se tiene en cuenta el criterio de formación de canastas según los tipos de usuarios, aquellos con menor poder de negociación (más cautivos) sufrirán incrementos en el precio relativo de los servicios que demandan (por ejemplo, pasajeros), mientras que aquellos con mayor poder de negociación acapararán todas las ventajas del mecanismo (por ejemplo, aerolíneas)..."¹⁷.

Este razonamiento contenido en la Propuesta se contradice abiertamente con el numeral 107 de la misma Propuesta que señala que "... el poder de negociación de éstas [las aerolíneas] sin embargo, es mitigado por la nula competencia inter-aeroportuaria en Lima...". Sin entrar a discutir sobre la supuesta inexistencia de competencia inter-aeroportuaria, debemos notar que el OSITRAN adopta una postura poco consistente al interior de la Propuesta, lo que genera serias dudas acerca de la rigurosidad del argumento relativo al poder de negociación, el que en nuestra opinión debe ser de plano descartado.

Si desde una perspectiva de bienestar de la sociedad y acceso a un mayor número de usuarios podría no parecer conveniente la implementación de tres canastas de servicios y sería más bien aconsejable la formación de una única canasta que permita al operador de la infraestructura maximizar ingresos o alguna otra solución distinta a la contenida en la Propuesta, se puede afirmar que resulta razonable y armónico con la predictibilidad de las decisiones administrativas que el OSITRAN examine las reglas contenidas en el RETA e interpretándolas desde una perspectiva funcional, decida la implementación de una única canasta. No se puede perder de vista que el sistema de tarifas tope busca precisamente incentivar al operador a maximizar sus beneficios, lo que se traducirá en ganancias de productividad que serán trasladadas a los usuarios luego de transcurrido el período de rezago regulatorio, que para este caso ha sido establecido en 5 años.

Si se pretendiera sostener que el objetivo de los criterios enunciados en el RETA era precisamente el establecimiento de tres canastas de servicios, se puede cuestionar porqué no se establecieron con anterioridad dichas canastas en lugar de dejar esta decisión para el propio procedimiento de revisión tarifaria, hecho que origina la necesidad de una evaluación razonable, ponderada, con criterios de eficiencia y antes que nada respetando lo establecido en los contratos de concesión de cada operador en particular. Asumir que el RETA sólo puede conducir a la implementación de tres canastas de servicios vacía de contenido las facultades del OSITRAN –Institución que además al haber emitido la norma es la mejor llamada a interpretarla- y hace que cualquier evaluación en torno a este tema puntual sea inútil e ineficiente.

ARIÑO ORTIZ señala a este respecto, que las reglas legales deben servir de apoyo al proceso regulatorio pero que no deben ser trabas para el desarrollo de la regulación moderna:

"La regulación se asienta sobre el Derecho, sin embargo no es sólo Derecho. Las normas jurídicas delimitarán lo que se puede hacer y lo que no, lo que es un derecho subjetivo (acceso a redes – eléctricas, gasistas, de telecomunicaciones, etcétera) y lo que es una obligación (de dar, hacer o soportar); sin embargo, no convertirán la regulación en "cosa de abogados" ni su metodología será la dialéctica seguida tradicionalmente ante los tribunales de Justicia

¹⁷ Ver numeral 427 de la Propuesta.

*(...) La regulación tiene que aportar claridad y previsibilidad a estos sectores, tiene que facilitar la realización de planes de negocio y promover la inversión en ellos, tiene que definir el “tablero de juego” para el futuro de una manera clara y estable, en la que los operadores puedan confiar.*¹⁸ (el subrayado es agregado).

La interpretación de las normas en el proceso regulatorio no puede impedir el cumplimiento de las funciones de los organismos reguladores, sino que debe llevar a la búsqueda de soluciones óptimas y adecuadas a los fines que debe perseguir la regulación. De otro modo se estará atentando contra la eficacia de ésta, con la pérdida de bienestar social que ello conlleva.

A modo de síntesis, la aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos nos debe llevar necesariamente a adoptar aquellas interpretaciones que sean más favorables a una adecuada consecución de los fines y objetivos del Contrato de Concesión. Si la concesión de la infraestructura aeroportuaria obedeció a un objetivo de eficiencia y acceso a un mayor número de usuarios, la acometida de tal propósito pasa necesariamente por un desarrollo y expansión de los servicios brindados por LAP. Para esto resulta indispensable que el mecanismo de regulación tarifaria brinde la flexibilidad y el espacio suficiente a la iniciativa comercial – expresión de la libertad de empresa consagrada incluso a nivel constitucional- a fin de que sea la concesionaria quien dentro del cumplimiento de las normas contractuales y regulatorias, decida la escala de precios para cada servicio. Esto no es posible de aplicarse el régimen de tres canastas consagrado en la Propuesta.

Por ello, consideramos que los criterios contenidos en el RETA constituyen una lista meramente enunciativa y que es el OSITRAN el llamado a evaluar a la luz de los elementos característicos del sistema de tarifas tope establecido en el Contrato de Concesión y los principios generales y particulares que deben orientar su actuación en el presente procedimiento, la cantidad de canastas que se deben implementar para la aplicación del sistema de precios tope. Por lo anterior, consideramos que el OSITRAN se encuentra habilitado a determinar la implementación de una única canasta de servicios, no sólo sin enfrentar ningún tipo de impedimento legal sino, fundamentalmente, en la medida que resulte consecuente con los fines buscados por la concesión y los principios legales destacados a lo largo del presente documento.

IV. Conclusiones

1. El procedimiento de revisión tarifaria bajo el sistema de RPI-X tiene una base contractual y debe desarrollarse bajo las reglas y principios que rigen la interpretación y ejecución de los contratos, de manera especial el principio de buena fe.
2. El esquema de tarifas tope es un mecanismo que regula el nivel de precios y no su estructura. El OSITRAN debe aplicar dicho sistema en concordancia con su propia naturaleza, respetando sus elementos y características esenciales, de manera especial, la flexibilidad de la concesionaria para determinar la estructura de las tarifas.
3. El procedimiento de revisión tarifaria tiene naturaleza administrativa, siendo aplicables los principios de razonabilidad y predictibilidad previstos en la LPAG, así como los principios de sostenibilidad de la oferta, costo-beneficio, consistencia, y especialmente el de equidad (previstos en el REGO y en el RETA).
4. Por lo expuesto, el regulador está obligado a:
 - Respetar los elementos esenciales del sistema de tarifas tope y sin realizar –expresa o implícitamente- modificaciones respecto de lo establecido en el Contrato de Concesión que afecten negativamente la eficiencia en la gestión aeroportuaria y/o el recupero de las inversiones efectuadas por el operador (principios de razonabilidad y predictibilidad).

¹⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Logros y Fracasos de la Regulación. En: THEMIS N° 52. Lima: PUCP, 2006, pp. 45-47.

- Mantener la consistencia y predictibilidad en sus decisiones regulatorias (principios de consistencia y predictibilidad).
- Estimular, mediante el sistema del price cap, el desarrollo de la oferta y la promoción del acceso a un mayor número de usuarios (principios de sostenibilidad de la oferta y equidad).

La contravención de cualquiera de dichos principios implicaría contravenir, a su vez, la normativa que rige con carácter vinculante la conducta del regulador.

5. Los criterios establecidos en el Anexo 2 del RETA para la determinación del número de canastas de servicios son meramente orientativos, no se agotan en su literalidad y requieren ser interpretados de manera sistemática con el Contrato de Concesión y la propia definición que hace el RETA de lo que se entiende por Canastas de Servicios.
6. La eventual implementación de una canasta de servicios en el caso de LAP implicaría:
 - Respetar la naturaleza de la metodología del RPI-X recogida en el Contrato de Concesión, al otorgar flexibilidad al operador aeroportuario para el manejo de su política comercial, en beneficio final de los usuarios (mayores posibilidades de consumo y mayor acceso a los servicios).
 - Respetar los términos del RETA, al permitir que las canastas contengan una agrupación de servicios (y que no exista, como pretende OSITRAN con la carga y la TUUA, “canastas” de un solo servicio).

Por el contrario, el establecimiento de tres canastas de servicios importaría contravenir los principios y reglas -tanto legales como contractuales- aludidas en el presente informe y los argumentos económicos que entendemos sustentan la propuesta del concesionario.

Dejamos así absuelta la consulta que se sirvieron formularnos y quedamos a su disposición para cualquier aclaración o ampliación que deseen solicitar con relación al contenido del presente informe.