



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

**Oficio N° 128-14-PD-OSITRAN**

Lima, 27 de octubre de 2014

**CARGO**

Señora  
**DORIS OSEDA SOTO**  
Presidenta de la Comisión de Transportes y Comunicaciones  
**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**  
Presente.-



Asunto : Proyecto de Ley N° 3481/2013, que modifica el artículo 2 de la Ley N° 29754 - Ley que dispuso que OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao

Referencia : Oficio N° 116-2014-2015-CTC/CR

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual su despacho solicita a OSITRAN remitir el sustento técnico y jurídico del Proyecto de Ley N° 3481/2013-CR, que modifica el artículo 2 de la Ley N° 29754 - Ley que dispuso que OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente el Informe N° 084-14-GSF-GAJ-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, para su conocimiento y fines pertinentes.

Asimismo, sirva la presente para agradecer, a través de usted, la colaboración y el apoyo que la Comisión de Transportes y Comunicaciones pueda brindar, con el fin de que se otorgue a OSITRAN los recursos que requiere, con el fin de poder ejercer la nueva función otorgada mediante Ley N° 29754.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi especial consideración y estima.

Atentamente,

**PATRICIA BENAVENTE DONAYRE**  
Presidenta Ejecutiva

Reg. Sal. 37710  
HT: 34786



**OSITRAN**  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN  
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



**INFORME N° 084-14-GSF-GAJ-OSITRAN**



Para : PATRICIA BENAVENTE DONAYRE  
Presidente del Consejo Directivo

De : DAVID VILLEGAS BALAREZO  
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JEAN PAUL CALLE CASUSOL  
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Proyecto de Ley N° 3481/2013-CR, que modifica el artículo de la Ley N° 29754

Referencia : Oficio N° 116-2014-2015-CTC/CR

Fecha : 24 de octubre de 2014

**I. OBJETIVO**

1. El objetivo del presente informe, es emitir la opinión técnica y jurídica solicitada por la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República, respecto al Proyecto de Ley N° 3481/2013-CR, a través del cual, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone modificar el artículo 2° de la Ley N° 29754 - Ley que dispuso que OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

**II. ANTECEDENTES**

2. Con fecha 11 de abril de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC o el Concedente), en representación del Estado Peruano, y la empresa GYM Ferrovías S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Con fecha 14 de julio de 2011, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 29754, Ley que dispone que el OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

Así, el artículo 1° de la referida Ley asignó a OSITRAN una nueva función legal, consistente en la supervisión de la prestación del servicio al pasajero en todas las líneas del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao. Adicionalmente, se estableció que corresponde al MTC la función de fijar las tarifas de los servicios de transporte.

Por otro lado, debido a que la Ley N° 29754 se aprobó con posterioridad a la firma del contrato de la Línea 1, mediante el artículo 2 de dicha Ley se facultó al MTC a negociar y acordar con el Concesionario la asunción del costo de la supervisión, en concordancia con el artículo 62° de la Constitución Política<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.



4. Con fecha 27 de noviembre de 2012, mediante Oficio N° 339-12-GG-OSITRAN, se remitió el Informe N° 2737-2012-GG-OSITRAN al Director General de Concesiones en Transporte del MTC, solicitando que el MTC incorpore, vía modificación contractual, el correspondiente porcentaje adicional de hasta el 1% de los ingresos percibidos por el Concesionario, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 29754, a fin de viabilizar la ejecución de las actividades de supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas a cargo del OSITRAN, en salvaguarda de los usuarios y el interés público que subyace de la actividad supervisora del Regulador. En el referido documento se detallaron las actividades que OSITRAN debía realizar para cumplir con la supervisión establecida en la Ley N° 29759 (Anexo 1 del referido informe).<sup>2</sup>
5. Con fecha 11 de abril de 2013, mediante Oficio N° 621-2013-MTC/25, la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC solicita la opinión técnica del Regulador respecto de la Propuesta de Primera Adenda al Contrato de Concesión, adjuntando el Informe N° 135-2013-MTC/25, con el sustento técnico, financiero y legal de la propuesta de modificación.
6. Mediante Oficios Circulares<sup>3</sup> de la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN, se notificó el Acuerdo N° 1565-456-13-CD-OSITRAN, a través del cual aprueba el Informe N° 022-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que contiene la opinión técnica del Regulador respecto de las modificaciones contempladas en la cláusula Tercera del Proyecto de Primera Adenda al Contrato de Concesión ("*Modificaciones al Contrato referidas a requerimientos para la obtención del Endeudamiento Garantizado Permitido*").

En dicho informe, se solicitó la incorporación del porcentaje adicional de hasta el 1% de los ingresos percibidos por el Concesionario, previsto en la Ley N° 29754,<sup>4</sup> sustentándose el porcentaje requerido. Asimismo, se precisó que a diferencia del Aporte por Regulación, que es un tributo, cuya obligación de pago corresponde al Concesionario en virtud a la Ley N° 26917, el pago del porcentaje adicional de hasta el 1% que se incorpore al Contrato de Concesión, no tiene naturaleza tributaria, toda vez que se incorporará como una obligación contractual, tal y como lo faculta el artículo 2° de la Ley N° 29754.<sup>5</sup>

Cabe señalar que, mediante el Oficio N° 102-2013-PD- OSITRAN, de fecha 12 de julio de 2013 este Regulador informó que había tomado conocimiento del Oficio N° 067-2013-MTC/33 de fecha 24 de junio de 2013, que dirige el Director Ejecutivo de la AATE al Sr. Congresista Luis Galarreta Velarde, informando, entre otros asuntos, sobre la supuesta incorporación de la cláusula adicional sobre la supervisión de servicios ferroviarios, indicándose que el monto que requeriría OSITRAN para cumplir con el mandato de la Ley N° 29754 ascendería solamente a S/. 7'101,608.81, sólo por los primeros cuatro años de vigencia de la concesión.

Al respecto, este Regulador manifestó su sorpresa respecto a los argumentos expuestos por la AATE, toda vez que dicha información no había sido previamente discutida con OSITRAN, a pesar de ser exclusivamente los únicos responsables de velar por una supervisión adecuada de la operación y niveles de servicio del Tren Eléctrico, conforme a la Ley N° 29754.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Posteriormente, este Regulador envió comunicaciones que reiteraban la solicitud referida en el numeral anterior, entre las cuales encontramos el Oficio N° 066-2013-GG-OSITRAN y el Oficio N° 107-2013-GG-OSITRAN.

<sup>3</sup> Oficio Circular N° 025-13-SCD-OSITRAN dirigido a GYM FERROVIAS SA, así como el Oficio Circular N° 025-13-SCD-OSITRAN, dirigido al Director General de Concesiones en Transportes del MTC, ambos de fecha 13 de mayo de 2013.

<sup>4</sup> Numerales 243 al 260 de Informe N° 022-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

<sup>5</sup> Mediante Oficio N° 074-2013-PD-OSITRAN de fecha 10 de junio de 2013 y Oficio N° 102-2013-PD- OSITRAN, de fecha 12 de julio de 2013, ambos dirigidos al MTC, este Regulador reiteró el requerimiento de la inclusión en la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, de una estipulación específica sobre el porcentaje adicional de hasta el 1% de los ingresos percibidos por el Concesionario, en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 29754.



Sin perjuicio de lo antes señalado, para un mejor análisis y entendimiento del cálculo que debía ser realizado, se adjuntó el Informe N° 1070-2013-GS-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, en el cual se indica el monto anual requerido por este Regulador para la supervisión por todo el plazo de vigencia de la concesión, como corresponde por mandato legal.

8. Mediante Acuerdo N° 1614-471-13-CD-OSITRAN, de fecha 23 de agosto de 2013, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Informe N° 031-13-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual este Regulador emitió opinión técnica sobre la información complementaria remitida por la CAF, respecto a la modificación del Apéndice 1 del Anexo 4 del Contrato de Concesión; y además se dispuso se reitera el requerimiento al MTC para que, en cumplimiento del mandato legal a que se refiere el artículo 2° de la Ley N° 29754, incluya en el texto de la adenda 1 al Contrato de Concesión, una estipulación expresa que determine la obligación del Concesionario o del Concedente de entregar al OSITRAN un porcentaje adicional de hasta el 1% de los ingresos del Concesionario, durante todo el plazo de vigencia de la Concesión. Dicho acuerdo fue notificado al Concesionario y al Concedente, mediante el Oficio Circular N° 049-13-SCD-OSITRAN.<sup>6</sup>
9. Con fecha 13 de noviembre de 2013, se aprobó la Resolución Ministerial N° 683-2013-MTC/01, que aprueba el texto de la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión y autoriza su suscripción; en virtud a lo cual, mediante Oficio N° 373-13-GG-OSITRAN, de fecha 19 de noviembre de 2013, el Regulador solicita al MTC la remisión de una copia del mencionado texto aprobado, así como de los informes que lo sustentan.
10. Mediante Oficio N° 2088-2013-MTC/25, recibido el 04 de diciembre de 2013, la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC remitió copia de la Adenda 1 del Contrato de Concesión, celebrada entre el Concedente y el Concesionario el 13 de noviembre de 2013, advirtiéndose del texto de la Adenda 1, que no se había incorporado el porcentaje adicional a favor del Regulador conforme a lo dispuesto por la Ley N° 29754.<sup>7</sup>



11. Con fecha 18 de diciembre de 2013, mediante Oficio N° 1181-2013-PCM/SC, la Secretaría de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros, remitió al Regulador copia del Oficio N° 2003-2013-MTC/25, que le fuera remitido por la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC; advirtiéndose que en el mismo, dicha Dirección afirma que lo establecido por la Ley N° 29754, "será cumplido por el Sector", siendo materia de la Adenda 1 al Contrato de Concesión.

12. Mediante Acuerdo N° 1663-490-13-CD-OSITRAN, de fecha 27 de diciembre de 2013, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Informe N° 056-13-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, mediante el cual se reitera el sustento de la necesidad de que el MTC incorporare vía adenda el porcentaje a que se refiere el artículo 2° de la Ley N° 29754.<sup>8</sup>

13. Posteriormente, en el presente año, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante el MTC) comunicó a OSITRAN que, producto de las reuniones sostenidas con el Concesionario, éste último manifestó su negativa a asumir el pago por supervisión del servicio. Asimismo, el MTC informó que la referida Ley prevé únicamente que el pago a favor del

<sup>6</sup> Mediante Oficio N° 029-2013-SCD-OSITRAN, de fecha 26 de agosto de 2013, se informó al Contralor General de la República, sobre el Acuerdo N° 1614-471-13-CD-OSITRAN.

<sup>7</sup> Mediante Oficio N° 410-13-GG-OSITRAN (06.12. 2013), la Gerencia General de OSITRAN solicitó al MTC que remita al Regulador sus informes de sustento (número 135, 392, 532, 639, 650, y 680-2013-MTC/25) de la Adenda N° 1, señalados en su Oficio N° 2088-2013-MTC/25. Con fecha 16 de diciembre de 2013, el MTC remitió al Regulador la información solicitada.

<sup>8</sup> Dicho Acuerdo y documentos adjuntos fueron notificados al MTC, al Jefe del Equipo especial de Seguimiento de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, a la Concesionaria, al Contralor General de la República, así como al Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República.



OSITRAN deba ser asumido necesariamente por el Concesionario y no por el Concedente, por lo cual se requiere la emisión de una norma (con rango de Ley) que prevea tal escenario.

14. Bajo dicho escenario, OSITRAN no ha recibido hasta la fecha el correspondiente porcentaje adicional ascendente al 1% de los ingresos recibidos por el Concesionario, a efectos de financiar las actividades de supervisión que debe realizar, por mandato legal, respecto de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte de la Línea 1.
15. Con fecha 13 de mayo de 2014, el Poder Ejecutivo, a iniciativa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, presentó el Proyecto de Ley N° 03481/2013-PE, ante el Congreso de la República. Dicho proyecto de ley propone modificar el artículo 2° de la Ley N° 29754 – Ley que dispuso que OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.
16. Con fecha 06 de octubre de 2014, la Presidenta de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República, solicitó la opinión de este Organismo Regulador respecto del Proyecto de Ley N° 3481/2013-CR.

### III. ANÁLISIS

17. El Proyecto de Ley N° 03481/2013-PE plantea la modificación del artículo 2 de la Ley N° 29754, a efectos de que se establezca que los costos y gastos de las actividades de supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros serán financiados con un porcentaje adicional de hasta el uno por ciento de los ingresos percibidos por la entidad prestadora del servicio público, el mismo que será determinado en sus respectivos contratos de concesión. Ello, con el fin de garantizar la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.
18. Asimismo, se propone establecer de manera clara e indubitable que, en el caso del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao – Línea 1, el pago de dicho porcentaje adicional será asumido directamente por el Concedente, siendo necesaria su incorporación como una obligación a su cargo en el Contrato de Concesión, debiendo establecerse de manera clara, que dicho pago se deberá realizar conforme al cronograma de pago que OSITRAN apruebe, y que el mismo se aplica sin perjuicio del aporte por regulación previsto en el artículo 14 de la Ley N° 26917.

#### Autonomía del Regulador

19. Un factor esencial para el normal funcionamiento del modelo económico instaurado por la Constitución Política del Perú<sup>9</sup>, es la autonomía de los organismos reguladores. Dicha autonomía se ha reconocido explícitamente en el artículo 2° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, en cuanto destaca que los reguladores son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía funcional, técnica, económica y financiera.
20. El atributo de la autonomía a que hace referencia el artículo 2 de la Ley N° 27332, el cual, en el

<sup>9</sup>Constitución Política

Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

caso concreto de OSITRAN, se reafirma en el artículo 2° de su Ley de Creación (Ley N° 26917) y el artículo 9° del Reglamento General de OSITRAN<sup>10</sup>, no es sino una expresión distintiva del marco institucional peruano, en el que se promueve la participación privada en los servicios públicos y proyectos de infraestructura, bajo el mecanismo de contratos de concesión y las modalidades de Asociaciones Público – Privadas, y en el cual, la actuación de los Organismos Reguladores es bastante relevante, en tanto su rol consiste en verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que asume tanto el Concedente como el Concesionario y, en esa medida, regular las condiciones que así se encuentran previstas expresamente en el contrato, generando con su actuación confianza en las partes y respeto por las reglas de juego pactadas y salvaguardando a su vez el interés de los usuarios.

21. Como destaca la literatura económica<sup>11</sup>, en el marco de las relaciones entre los inversionistas y el Estado, los primeros, a la hora de ejecutar sus proyectos de infraestructura, suelen enfrentar diversos riesgos, entre los cuales destaca el de tipo político que se presenta cuando los gobernantes tienden a comportarse de manera oportunista, alterando las reglas de juego, luego que el inversionista ha invertido en "activos específicos" y asumido costos hundidos asociados al desarrollo y explotación de la infraestructura y/o la prestación de servicios públicos. Claramente este riesgo de "oportunismo gubernamental", que usualmente se presenta en aquellas industrias en las que se prestan servicios esenciales para los consumidores, reduce los niveles de inversión y afecta la institucionalidad del proceso regulatorio.
22. La existencia de los Organismos Reguladores, como es el caso de OSITRAN, se justifica precisamente en la necesidad de garantizar el cumplimiento de las reglas de juego previstas en los contratos de concesión, a fin de que la inversión privada en proyectos de infraestructura, cuya finalidad es la provisión de servicios públicos de calidad, se de en los niveles previstos en los contratos para maximizar el bienestar social (compuesto por el interés de los usuarios, interés de los inversionistas y el interés del Estado). Esta credibilidad se logra encargando a organismos técnicos y altamente especializados, alejados funcionalmente de otros poderes públicos o políticos y grupos de interés económico, la misión de supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión, promovándose así la eficiencia económica en los mercados que están bajo su supervisión.
23. Cabe precisar que la autonomía de los Organismos Reguladores se presenta en una dimensión: administrativa, referida al ámbito administrativo de organización interna; técnica, relativa a los aspectos técnicos que corresponden a su ámbito de competencia; financiera, referida a la administración de sus recursos financieros; y económica; relacionada a la gestión, aplicación y recaudación de los recursos que le competen.
24. En suma, la independencia y autonomía de los Organismos Reguladores busca garantizar que éstos puedan desarrollar su autonomía organizacional, económica y financiera, de tal forma de obtener capacidad técnica suficiente y los recursos financieros necesarios para el ejercicio de sus funciones de manera adecuada.

#### Importancia de garantizar la sostenibilidad de la supervisión

25. Siendo clara la importancia de la autonomía del Regulador, es importante explicar porque a la fecha, la no incorporación del porcentaje adicional a favor del Regulador en el Contrato de

<sup>10</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM.

Gilardi, F (2002) "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis, *Journal of European Public Policy*, 9:6, pp. 875-876; Thatcher, M., Stone, A (2002) "Theory and Practice of Delegation to Non Majoritarian Institutions", *West European Politics*, 25:1, p. 3; Wonka, A., Rittberger, B (2010) "Credibility, Complexity and Uncertainty: Explaining the Institutional Independence of 29 EU Agencies, *West European Politics*, 33:4, 734.

Concesión de la Línea 1, viene afectando dicha autonomía.

26. Para tal efecto, conviene recordar que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29754, cuyo artículo 2 ahora se pretende modificar, la competencia y funciones de OSITRAN se circunscribía, exclusivamente, a la regulación económica de la Infraestructura de Transporte (aeropuertos, puertos, carreteras y vías férreas) de Uso Público (ITUP), conforme a lo establecido por la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Esto es así, pues dicha infraestructura está asociada a la noción de monopolio natural.
27. Esta situación se modificó con la vigencia de la Ley N° 29754, pues ésta atribuye a este Organismo Regulador la competencia y función de supervisar los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, con lo cual el alcance de la competencia y funciones de OSITRAN se ha visto ampliado de modo significativo por el artículo 1° de la mencionada norma legal, vigente a la fecha, establece:

**"Artículo 1. Supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao**

1.1 El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

1.2 Las competencias, funciones y disposiciones establecidas en las Leyes 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, y 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tienen alcance sobre los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, con excepción de la fijación y revisión de tarifas del referido servicio público, cuya competencia es del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con opinión previa del OSITRAN"

[Lo subrayado es nuestro]

28. Así, en el caso del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao,<sup>12</sup> en adelante el Sistema del Tren Eléctrico (conformado por la Línea 1, Línea 2, Línea 3, Línea 4, Línea 5 y Línea 6)<sup>13</sup>, la Ley N° 29754 asigna a OSITRAN la responsabilidad de supervisar la prestación del

<sup>12</sup> Al respecto, mediante Decreto Supremo N° 059-2010-MTC, se aprobó los trazos de la Red Básica del Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima y Callao. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 009-2013-MTC se incorporó la línea 6 a la referida Red. Posteriormente, el trazo de la Línea 2 fue modificado mediante la Resolución Ministerial N° 738-2012-MTC/02 y la Resolución Ministerial 686-2013-MTC-02, quedando definida la Red Básica del Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima y Callao de acuerdo a lo siguiente:

- Línea 1: Avenida Separadora Industrial, Avenida Pachacutec, Avenida Tomás Marsano, Avenida Aviación, Avenida Grau, Jirón Locumba, Avenida 9 de Octubre, Avenida Próceres de la Independencia, Avenida Fernando Wiese.
- Línea 2: Av. Víctor Raúl Haya de la Torre (Carretera Central), Av. Nicolás Ayllón, Av. 28 de Julio, Av. Paseo de la República, Av. 9 de Diciembre (Paseo Colón), Av. Arica, Av. Venezuela, Av. Germán Amézaga, Av. Oscar R. Benavides (Colonial), Av. Guardia Chalaca.
- Línea 3: Avenida Alfredo Benavides, Avenida Larco, Avenida Arequipa, Avenida Garcilazo de la Vega, Avenida Tacna, Avenida Pizarro, Avenida Túpac Amaru, Avenida Rosa de América, Avenida Universitaria.
- Línea 4: Avenida Elmer Faucett, Avenida La Marina, Avenida Sánchez Carrión, Avenida Salaverry, Avenida Canevaro, Avenida José Pardo de Zela, Avenida Canadá, Avenida Circunvalación, Avenida Javier Prado.
- Línea 5: Avenida Huaylas, Avenida Paseo de la República, Avenida República de Panamá, Avenida Miguel Grau.
- Línea 6: Av. Túpac Amaru, Avenida Los Alisos, Avenida Universitaria, Avenida Bertolotto, Avenida Pérez Aranibar (Ex Avenida del Ejército), Avenida Angamos y Avenida Primavera".

<sup>13</sup> A la fecha, se encuentran concesionadas la Línea 1 y la Línea 2, así como un ramal de la Línea 4.



servicio al pasajero en todas las Líneas, verificando la calidad y seguridad que diariamente debe brindar el Concesionario a los usuarios del referido medio de transporte, así como el destino de los recursos públicos comprometidos en el esquema de cofinanciamiento correspondiente<sup>14</sup>.

29. Precisamente por ello, y observando que OSITRAN no fue diseñado institucionalmente para supervisar el mercado del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema del Metro de Lima, el artículo 2° de la Ley N° 29754 dispone:

***"Artículo 2. Sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao***

*Para garantizar la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, con carácter excepcional, facúltase al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para negociar y acordar las modificaciones en el Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, línea uno, para incorporar que las actividades de supervisión de los servicios ferroviarios a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), sean financiadas con un porcentaje adicional de hasta el uno por ciento de los ingresos percibidos por la entidad prestadora del servicio público. Dicho porcentaje se aplica sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo."*

30. Conforme se advierte, el artículo 2° de la Ley N° 27954<sup>15</sup> establece la necesidad de garantizar la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros que deberá realizar OSITRAN, facultando, con carácter excepcional, a que el MTC negocie y acuerde incorporar en el contrato de concesión de Línea 1, que las actividades de supervisión serán financiadas con un porcentaje adicional de hasta el 1% de los ingresos recibidos por el Concesionario; ello sin perjuicio del pago de Aporte por Regulación (tributo) establecido en el artículo 14 de la Ley N° 26917.



31. Naturalmente, atendiendo a la finalidad de interés público que tiene la norma, esto es, garantizar la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, esta Ley constituye el título habilitante y suficiente que faculta al MTC establecer el pago del porcentaje adicional a favor del Regulador, durante el plazo de vigencia de la Concesión; entendiéndose que la discrecionalidad del Sector se circunscribe a consensuar en el instrumento contractual, la metodología de pago y la alícuota del porcentaje a favor del Regulador, dentro del margen porcentual (hasta el 1%) fijado en la Ley; más no, a decidir si lo incorpora o no en el contrato.



32. Esta facultad otorgada al MTC para suscribir la correspondiente adenda que incorpore la obligación de solventar los gastos que irroge la supervisión que llevará a cabo OSITRAN, obedeció a las siguientes consideraciones legales:

- i) Los términos de cualquier contrato, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, conforme lo establece el artículo 62 de la



<sup>14</sup> Cabe precisar que, la norma excluye del ámbito de OSITRAN la función de regulación de las Tarifas, la que es asignada al MTC.

<sup>15</sup> Titulado "Sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transportes Masivo de Lima y Callao".

Constitución Política del Perú, razón por la cual se requiere la suscripción de una adenda al Contrato de Concesión de la Línea 1, para incorporar el porcentaje adicional previsto a favor del Regulador en la Ley N° 29754 y, a su vez, definir cuál de las Partes contratantes es quien deberá asumir dicho pago.

- ii) Específicamente, los contratos de concesión como el de Línea 1, solamente pueden ser modificados<sup>16</sup> por el Estado (en su calidad de Concedente) previo acuerdo<sup>17</sup> con el Concesionario.
  - iii) Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de suscripción, el Sector no puede suscribir adendas a los contratos de Asociación Público Privada<sup>18</sup>.
  - iv) Al tratarse de una Concesión Cofinanciada, en caso las partes acuerden que la obligación de pago del porcentaje adicional sea asumida por el Concesionario, el Concedente tendría que reembolsar al Concesionario el costo derivado del porcentaje adicional.
33. Por consiguiente, desde el punto de vista legal, la facultad otorgada al Sector a través del artículo 2° de la Ley N° 27954, constituye una habilitación suficiente para que éste pueda negociar y acordar con el Concesionario, estipulaciones que regulen en el Contrato de Concesión de la Línea 1, el pago del porcentaje adicional a favor del Regulador previsto en la Ley N° 29754, durante el plazo de vigencia de la Concesión. Inclusive, para establecer en una adenda del contrato de concesión que el obligado a realizar dicho pago será el MTC en su calidad de Concedente. Ello, a fin de garantizar la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.



34. El MTC ha propuesto que se apruebe un Proyecto de Ley (modificando el artículo 2 de la Ley N° 29754), a fin de establecer expresamente que quien debe asumir el pago del porcentaje adicional de la supervisión, es el MTC, argumentando que la referida Ley prevé únicamente que el pago a favor del OSITRAN deba ser asumido necesariamente por el Concesionario y no por el Concedente, por lo cual se requiere la emisión de una norma (con rango de Ley) que prevea tal escenario.

<sup>16</sup> Sin perjuicio de las facultades exorbitantes que tiene el Estado.

<sup>17</sup> Al respecto, la Constitución Política del Perú, establece:

*"Libertad de contratar*

*Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)"*

En ese orden Constitucional, el TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, establece:

*"Artículo 32.- El Estado podrá:*

*(...)*

*d) modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente.*

*Artículo 33.- Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:*

*a) la naturaleza de la concesión;*

*b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,*

*c) el equilibrio financiero para ambas partes".*

Por su parte, el Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, precisa:

*"Artículo 30.- Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:*

*f) modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes"*

<sup>18</sup> Al respecto, el artículo 9° del derogado Reglamento de la Ley de APP, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, cuya vigencia cubrió los primeros tres años de la concesión de la Línea 1, establecía:

*"Artículo 9.- Procedimiento y causales de renegociación del contrato de Asociación Público - Privada.*

*(...)*

*9.2. Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, los sectores competentes no podrán suscribir adendas a los contratos de APP, salvo que se tratara de: a) la corrección de errores materiales; b) de requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o c) de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato o se sustentara la necesidad de adelantar el programa de inversiones y dicha modificación no implicase un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumentasen los pagos a cargo del Estado previstos en el contrato. En cualquier caso, las partes procurarán respetar en lo posible la naturaleza de la APP, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes".*



35. Con relación a lo anterior, es preciso indicar que, sin perjuicio de que se requiera o no una nueva ley con respecto al pago del porcentaje adicional a que se refiere la Ley N° 29754 por parte del MTC, lo cierto es que el Sector el que tiene la responsabilidad de garantizar la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos antes referidos; más aún si, respecto del Contrato de Concesión de la Línea 1, OSITRAN viene afrontando la supervisión de la prestación del servicio público, sin contar hasta la fecha con los recursos previstos en dicha norma para su financiamiento.
36. Debe tenerse presente que es necesario que finalmente el MTC incorpore en el Contrato de Concesión de Línea 1, el pago de dicho porcentaje adicional, como una obligación a su cargo, a fin de que dicho pago se realice conforme al cronograma de pago que OSITRAN apruebe, de tal forma que se cubran los costos derivados de las actividades de supervisión, y sin perjuicio del pago del aporte por regulación a cargo del concesionario conforme expresamente establece el marco legal. Esto con la finalidad de respetar la autonomía de este Organismo Regulador, cuya misión es cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, en el ámbito de su competencia.

#### IV. CONCLUSIONES

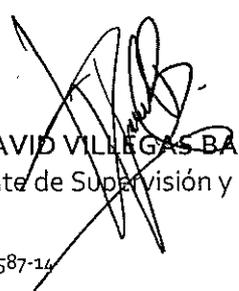
37. Es el MTC el que tiene la responsabilidad de garantizar la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.
38. Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 29754,<sup>39</sup> OSITRAN viene afrontando la supervisión de la prestación del servicio público en la Línea 1, sin contar hasta la fecha con los recursos previstos en la Ley del Tren Eléctrico para su financiamiento, lo cual afecta gravemente la autonomía de OSITRAN.
39. La aprobación del referido Proyecto de Ley resulta de vital importancia para este Regulador, toda vez que permitirá que OSITRAN pueda cumplir de manera adecuada la función asignada mediante la Ley N° 29754, garantizándose así la sostenibilidad de la supervisión de los servicios públicos antes referidos.

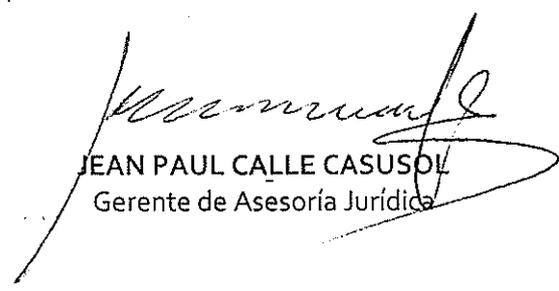
#### V. RECOMENDACIÓN

40. Remitir la opinión contenida en el presente Informe a la Presidenta de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República.

Atentamente,



  
DAVID VILLEGAS BALAREZO  
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

  
JEAN PAUL CALLE CASUSOL  
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal GAJ No. 37587-14

<sup>39</sup> Con fecha 14 de julio de 2011, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 29754.