



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Oficio N° 189-13-PD-OSITRAN

Lima, 19 de diciembre de 2013

Señor
LEONIDAS HUAYAMA NEIRA
Presidente de la Comisión de de Transportes y Comunicaciones
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Lima.-

RECIBIDO
LA RECEPCIÓN NO ES
SEÑAL DE CONFORMIDAD

2013 DIC 20 PM 12 09

CARGO



031321

Asunto : Proyecto de Ley N° 2968-2013-CR, que modifica la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo

Referencia : Oficio N° 426-2013-2014-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 opinión al OSITRAN sobre el Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 2968-2013-CR Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente el Informe N° 055-13-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, para su conocimiento y fines pertinentes.

Hago propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi especial consideración y estima.

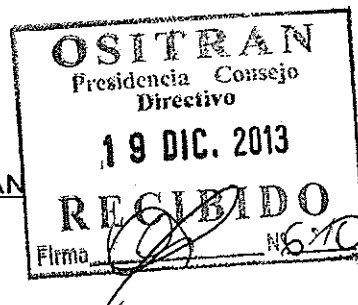
Atentamente,

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente Ejecutiva

Reg. Sal. 37773
HR: 35047



INFORME N° 055-2013-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN



A : **PATRICIA BENAVENTE DONAYRE**
 Presidente del Consejo Directivo

Asunto : Proyecto de Ley N° 2968/2013-CR, que modifica la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo

Fecha : 19 de diciembre de 2013

I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe es analizar los alcances del Proyecto de Ley N° 2968/2013-CR que modifica la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (en adelante el Proyecto de Ley). El referido Proyecto de Ley propone la ampliación del ámbito de competencia de OSITRAN.

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Oficio N° 426-2013-2014-CTC/CR de fecha 29 de noviembre de 2013, el Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República solicita opinión a OSITRAN sobre el Proyecto de Ley N° 2968/2013-CR que modifica la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, ampliando las funciones de OSITRAN.

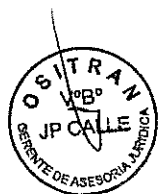
III. DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY 2968/2013-CR

3. El mencionado Proyecto de Ley propone modificar los literales a) del artículo 5° y los literales a), b) inciso ii, f) y j) del artículo 7° de la Ley N° 26917, de la siguiente manera:

Texto Vigente	Proyecto de Ley
<p>"Artículo 5.- Objetivos OSITRAN tiene los siguientes objetivos:</p> <p>a) <i>Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.</i> (...)"</p>	<p>"Artículo 5.- Objetivos OSITRAN tiene los siguientes objetivos:</p> <p>a) <i>Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte. Emitiendo opinión técnica vinculante en el caso de las concesiones referidas a la infraestructura pública de transporte de competencia de los Gobiernos regionales y las Municipalidades Provinciales y, o</i></p>



	<p>cuando estas hayan sido delegadas por convenio interinstitucional.</p> <p>(...)"</p>
<p>"Artículo 7.- Funciones</p> <p>7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:</p> <p>a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.</p> <p>b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites: (...)</p> <p>ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene. (...)</p> <p>f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.</p>	<p>"Artículo 7.- Funciones</p> <p>7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:</p> <p>a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito. En el caso de los contratos de concesión celebrados por los Gobiernos Regionales y las Municipalidades Provinciales actuará como ente fiscalizador y supervisor.</p> <p>b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites: (...)</p> <p>ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene. Así como emitir opinión técnica sobre las tarifas y reajuste de peaje derivados de los contratos de concesión suscritos por los Gobiernos Regionales y las Municipalidades Provinciales (...)</p> <p>f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción o a los Gobiernos Regionales y</p>




<p>j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera. (...)</p>	<p>Municipalidades Provinciales, según corresponda. (...)</p> <p>j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera o cuando lo solicite alguno de los Gobiernos Regionales o las Municipalidades Provinciales en materia de transporte. (...)</p>
--	--

4. Adicionalmente, el Proyecto de Ley propone incorporar la siguiente Disposición Complementaria Única:

"La facultad de fiscalización y supervisión de OSITRAN para el caso de los contratos de concesión celebrados por los Gobiernos Regionales y Municipalidades Provinciales será inmediata, incluso para aquellos que se viene ejecutando a la fecha."



IV.

ANÁLISIS

5. A continuación se procederá a analizar las modificaciones propuestas mediante el Proyecto de Ley, conforme al marco legal vigente sobre la materia. Dicho análisis incluirá, además, un análisis organizacional de este Regulador a fin de evaluar la viabilidad de la propuesta legislativa.



i) **El Proyecto de Ley**

6. De una lectura integral de la propuesta normativa y de la Exposición de Motivos se puede observar que la intención del Proyecto de Ley es ampliar el ámbito de competencia de OSITRAN, otorgándole la facultad para que éste emita opinión técnica vinculante respecto a los proyectos de contrato de concesión de la infraestructura pública nacional de transporte de competencia regional y local. Asimismo, propone otorgar función supervisora y fiscalizadora al OSITRAN en dichas concesiones; y, ejercer función reguladora (fijación y revisión tarifaria) para concesiones regionales y locales.

7. En la Exposición de Motivos se señala que la justificación de la propuesta normativa es que existe la necesidad de que ente especializado y técnico como OSITRAN emita opinión sobre las concesiones de infraestructura de transportes de orden regional y local. Esto, con el fin de evitar que se otorguen concesiones que generen malestar a la ciudadanía, como el caso de la concesión de la Av. Faucett a la empresa CONVIAL, la misma que finalmente terminó llevando a un arbitraje internacional al Estado peruano.



8. Al respecto, se considera que si bien OSITRAN es un ente técnico y especializado en cuanto a la regulación económica de los mercados derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público; y, en lo relativo a la supervisión de contratos de concesión, se

debe tener en cuenta que ello per sé, no es razón suficiente para decidir atribuirle una nueva facultad legal, dado que previamente se requiere analizar si esta nueva facultad colisiona o no con las normas legales y hasta constitucionales que regulan las competencias exclusivas de los Gobiernos Regionales y Locales, análisis que no se observa en el proyecto de Ley bajo comentario. A ello se aúna el hecho de que en la Exposición de Motivos no se evidencia claramente cuáles serían las razones que justifican una propuesta como la planteada desde un análisis costo beneficio.

9. A continuación se procederá a realizar el respectivo análisis legal, a fin de verificar si el Proyecto de Ley colisiona con la normativa vigente que regula las competencias de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales.

ii) **Marco legal a evaluar:**

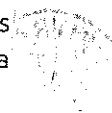
- a. Constitución Política del Perú
- b. Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General
- c. Ley N° 26917 – Ley de Creación de OSITRAN (1998)
- d. Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores (2000)
- e. Ley N° 27783 – Ley de Bases de la Descentralización (2002)
- f. Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (2002)
- g. Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades (2003)
- h. Ley N° 28059 - Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (2003)
- i. Decreto Supremo N° 015-2004-PCM – Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (2004)
- j. Decreto Supremo N° 042-2005-PCM - Reglamento de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por la Ley N° 28337 (2005)
- k. Decreto Supremo N° 044-2006-PCM – Reglamento de la Ley de Creación de OSITRAN - REGO (2006)¹
- l. Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (2007)

iii) **Ámbito de Competencia de OSITRAN**

10. Mediante la Ley N° 26917 se creó el OSITRAN, como un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros con personería jurídica de derecho público interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.
11. OSITRAN tiene como misión el regular el comportamiento de los mercados en los que actúen las Entidades Prestadoras², así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando de forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

¹ Recientemente modificado mediante Decreto Supremo N° 117-2013-PCM

² Entidades Prestadoras son aquellas empresas o grupo de empresas, públicas o privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.



12. Para ello, conforme a lo señalado en el artículo 6° de la Ley N° 26917, en concordancia a lo establecido en la Ley Marco de los Organismos Reguladores – Ley N° 27332, OSITRAN ejerce atribuciones regulatorias, normativas, supervisoras, fiscalizadoras y de resolución de controversias.
13. Respecto al ámbito de competencia de OSITRAN, el artículo 4 ° de la Ley N° 26917 establece que esta entidad ejerce su competencia sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público.
14. Al respecto, debemos señalar que el literal b) del artículo 3° de la referida Ley define a la "Infraestructura nacional de transporte de uso público" como aquella infraestructura aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional y regional y otras infraestructuras públicas de transporte.
15. Asimismo, es necesario indicar que dicha Ley en su Primera Disposición Complementaria,³ Transitoria y Final⁴ establece con claridad aquellas infraestructuras que no se encuentran comprendidas en el ámbito de competencia de OSITRAN. Dichas infraestructuras son las siguientes:

- Áreas portuarias y aeroportuarias que competen a las Fuerzas Armadas y Policía nacional del Perú, en materia de defensa nacional y orden interno.
- **Infraestructura vial urbana.**
- **Infraestructura de transporte de uso público que sea de competencia municipal de acuerdo a lo dispuesto en su Ley Orgánica.**

16. Tal como se puede observar, conforme al marco legal vigente, desde el año 2000 hasta la fecha, el OSITRAN es competente para ejercer su facultad regulatoria, normativa, supervisora y fiscalizadora y de resolución de controversias y reclamos sobre aquellas Entidades Prestadoras que explotan infraestructura de alcance nacional de transportes de uso público, tales como infraestructuras aeroportuarias, portuarias, férrea y red vial nacional que incluye también la red vial regional, no resultando competente respecto de la infraestructura vial urbana o, en general, respecto de la infraestructura de transporte de uso público que sea de competencia municipal.

iv) Proceso de Descentralización y Distribución de Competencias

³ Concordancia con el REGO DE OSITRAN (D.S. 044-2006-PCM)

m) **INFRAESTRUCTURA:** Es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los USUARIOS y por los cuales se cobre una prestación.

La INFRAESTRUCTURA puede ser aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional de carreteras y otras de transporte de uso público, de carácter nacional o regional.

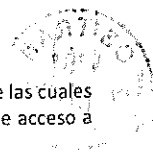
Están excluidas dentro del concepto de INFRAESTRUCTURA para efectos de la presente norma:

1. Las áreas portuarias o aeroportuarias que se encuentren bajo la administración de las Fuerzas Armadas o Policiales, en tanto dicha utilización corresponda a la ejecución de actividades de defensa nacional y orden interno y no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica.

2. La INFRAESTRUCTURA vial urbana ni otra forma de INFRAESTRUCTURA que sea de competencia municipal, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Municipalidades.

3. Aquella de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efectos de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. En consecuencia, no es infraestructura portuaria de uso privado, aquella a que se refiere el Artículo 20 del D.S N° 003-2004-MTC...."

⁴ En concordancia con el literal m) del artículo 1 del REGO, referido a la definición de "infraestructura".



17. Durante los años 2002 y 2003 se promulgaron la Ley N° 27783 – Ley de Bases de la Descentralización -, la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -, la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades - y la Ley N° 28059 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada. Todas ellas en el marco del proceso de descentralización que empezó a implementar el gobierno peruano, desarrollando así el Capítulo de la Constitución Política sobre la Descentralización, que regula la estructura y organización del Estado en forma democrática, descentralizada y desconcentrada, estableciendo así tres niveles de gobierno, tales como el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales. Mediante dichas normas se regula la descentralización administrativa, económica, productiva, financiera, tributaria y fiscal.

18. Cabe señalar que dicho marco legal, dentro de sus principios establece que el proceso de descentralización es irreversible, garantizando así la subsidiariedad⁵ de las actividades de gobierno en sus tres niveles alcancen mayor eficiencia, efectividad y control de la población, ya que la subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del estado a la comunidad. Dicho principio prevé, además, que el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que puedan ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose así duplicidad y superposición de funciones.



19. Así, se establece que el gobierno nacional tiene jurisdicción en todo el territorio de la República y los gobiernos regionales y locales la tienen en su respectiva circunscripción territorial, quedando prohibida cualquier afectación o restricción a las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales.⁶

Por lo antes expuesto, se establece que las funciones y atribuciones se distribuyen y precisan a través de las leyes Orgánicas del Poder Ejecutivo, de Gobiernos Regionales y de Municipalidades, respectivamente, distinguiendo las funciones de normatividad, regulación, planeamiento, administración, ejecución, supervisión y control, y promoción de inversiones.⁷



20. Como se puede advertir, un aspecto básico de la Modernización del Estado es la descentralización, la cual implica el establecimiento de Gobiernos Regionales y Locales. Esta descentralización ha buscado la distribución de funciones y asignación de recursos en sus distintos niveles: nacional, regional y local, además de buscar evitar los conflictos de competencia y superposición de los mismos.



21. Al respecto, es importante señalar que la distribución de funciones y asignación de recursos, debe ir acompañada necesariamente de actividades para el fortalecimiento de capacidades de los distintos estamentos del gobierno nacional, regional y local. En ese sentido, con respecto a los gobiernos regionales y locales, sería conveniente que el Congreso elabore un proyecto de Ley de desarrollo de la promoción de la inversión privada

⁵ Artículo 4 de la Ley N° 27783, artículo 8 de la Ley N° 27867, - Principio de subsidiariedad

⁶ Artículo 10 de la Ley N° 27783.

⁷ Artículo 15 de la ley 27783 – Distribución de competencias

descentralizada, que atienda el problema de fondo, que es fortalecimiento de capacidades de dichos gobiernos.

22. Cabe señalar, además, que la agencia encargada de la inversión privada – PROINVERSIÓN, es la entidad que cuenta con la experiencia necesaria para la entrega en concesión de la infraestructura de uso público. Asimismo, con relación al desarrollo de capacidades para la supervisión de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión, los gobiernos regionales y locales pueden celebrar con OSITRAN convenios de cooperación interinstitucional, considerando para tal efecto los recursos presupuestarios en el correspondiente convenio.
23. Conforme a lo antes señalado, a continuación se procederá a analizar la distribución de competencias establecidas mediante las respectivas Leyes Orgánicas de los tres niveles de gobierno.
24. La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aprobada mediante Ley N° 29158 (2007), en adelante, la LOPE, tiene como objeto principal establecer los principios y las normas básicas de organización, competencias y funciones del Poder Ejecutivo, como parte del Gobierno Nacional; las funciones, atribuciones y facultades legales del Presidente de la República y del Consejo de Ministros; las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales y Locales; la naturaleza y requisitos de creación de Entidades Públicas y los Sistemas Administrativos que orientan la función pública, en el marco de la Constitución Política del Perú y la Ley de Bases de la Descentralización – estableciendo también una serie de principios, criterios y disposiciones para la organización de las entidades públicas, señalando el alcance y competencias de estas.
25. En el caso concreto de OSITRAN, el Título IV de la LOPE⁸ le atribuye la calidad de Organismo Público Especializado, teniendo por tanto independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de Creación. Conforme a la LOPE, los Organismos Públicos Especializados pueden ser de dos tipos, a saber: los Organismos Reguladores y los Organismos Técnicos Especializados; estando los Organismos Reguladores, adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, el cual, a su vez, es parte integrante del Poder Ejecutivo.
26. Asimismo, el artículo 4 de la LOPE establece las competencias exclusivas del Poder Ejecutivo de la siguiente manera:

*"Artículo 4.- Competencias exclusivas del Poder Ejecutivo
El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas
(...)*

h. Regulación de los Servicios Públicos de su responsabilidad;

i. Regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional;

(...)"

[Lo subrayado es nuestro]

27. Respecto a la competencia establecida en el literal h) de la norma antes señalada, referida a la competencia exclusiva de la Regulación de los Servicios Públicos, debemos señalar que OSITRAN, en el marco de la Ley N° 29754, es la entidad competente para supervisar el

⁸ Aprobada mediante Ley N° 29158, en diciembre de 2007

servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima y Callao. Sobre dicho servicio, OSITRAN ejerce sus funciones conferidas por su Ley de creación, salvo la de regulación, toda vez que en este caso es el MTC quien realiza la fijación y revisión de tarifas.

28. Cabe señalar que, previamente a la emisión de la Ley N° 29754, mediante Ley N° 28253, se declaró de necesidad pública la continuación de la ejecución del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao; y posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 035-2010-MTC, se precisó que la vía del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, tiene para todos sus efectos, la naturaleza de vía férrea nacional; con lo cual se puede observar que incluso en el presente caso, OSITRAN ejerce su función supervisora y fiscalizadora sobre un proyecto de alcance nacional.
29. Sobre la competencia exclusiva de regular la infraestructura pública, la norma es clara en establecer que dicha infraestructura está referida a una de carácter y alcance nacional, tal y como lo establece la Ley de Creación de OSITRAN, por lo cual no correspondería que OSITRAN ejerza dicha función respecto de una infraestructura con carácter y alcance netamente Regional o Local, como propone la modificación del Proyecto de Ley.
30. Cabe anotar que lo anterior guarda perfecta concordancia con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, al disponer este último que la regulación de los mercados de servicios públicos corresponde al Gobierno Nacional a través de los Organismos Reguladores.
31. Asimismo, la Ley de Bases de Descentralización - Ley N° 27783 define de manera expresa la competencia exclusiva del gobierno nacional en cuanto a la regulación de los servicios públicos de su responsabilidad:

Artículo 26.- Competencias exclusivas

26.1. Son competencias exclusivas del gobierno nacional:

(...)

j) Regulación de los servicios públicos de su responsabilidad.

[El subrayado es nuestro]

32. Por otra parte, debemos señalar que la misma LOPE en su Título Preliminar establece una serie de principios tales como el principio de legalidad⁹, según el cual las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico, desarrollando sus funciones dentro de las facultades que le estén conferidas.
33. Asimismo, de acuerdo con el Principio de Competencia, el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno, debiendo el Poder ejecutivo ejercer sus competencias exclusivas sin delegar ni transferir las funciones inherentes a ellas.

⁹ En concordancia con lo establecido en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General
Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.



34. De lo expuesto anteriormente, se puede concluir entonces que OSITRAN es un Organismo Público Especializado y, además, un Organismo Regulador, con competencia y alcance nacional. Por ello, no resulta sustentable legalmente otorgarle otro tipo de competencia como la regional o municipal, pues de lo contrario se desnaturalizaría el objetivo de los organismo reguladores y, con ello, se estaría colisionando no solamente con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo sino también con las disposiciones vigentes en cuanto a la competencia regional y municipal.

35. En efecto, el artículo 34 de la Ley Orgánica de **Gobiernos Regionales** establece que los Gobiernos Regionales, en el marco de sus competencias, otorgan concesiones y celebran cualquier modalidad contractual, siempre que se contribuya al desarrollo sostenible local y regional; ejerciendo para ello funciones normativas y reguladoras, elaborando y aprobando normas de alcance regional y supervisado los servicios de su competencia.¹⁰ Asimismo, estos gobiernos supervisan y fiscalizan la gestión de actividades de infraestructura de transporte vial de alcance regional.

36. Por su parte, dicha Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, concordante con el artículo 192° de la Constitución Política del Perú, establece como una de las funciones de los gobiernos regionales la función reguladora; pero dentro del ámbito de la competencia regional.

37. Para cumplir con dichas funciones, ciertamente los gobiernos regionales y locales podrán solicitar asesoría técnica y financiera especializada, ello en concordancia con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, los artículos 33 y 65 de la ley Orgánica de Municipalidades y los artículos 17 y 18 de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, que establecen la relación entre los Gobiernos Regionales con el Gobierno Nacional. Así, por ejemplo, se dispone, en cuanto al diseño y conducción de los procesos de promoción de la inversión privada, que PROINVERSIÓN brindará asistencia técnica a los Gobiernos Regionales y Locales que lo soliciten.

38. A mayor abundamiento, debe tenerse presente lo dispuesto en el literal c) del inciso 2 del Art. 10 de la citada Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, en concordancia con lo establecido por el Art. 36 de la Ley de Bases de Descentralización, que dispone:

Artículo 10.- Competencias exclusivas y compartidas establecidas en la Constitución Política del Perú y la Ley de Bases de la Descentralización

Los gobiernos regionales ejercen las competencias exclusivas y compartidas que les asignan la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización y la presente Ley, así como las competencias delegadas que acuerden entre ambos niveles de gobierno.

1. Competencias Exclusivas

Son Competencias Exclusivas, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N° 27783, las siguientes:

(...)

d) Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades.

¹⁰ Artículo 45 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.



(...)

2. Competencias Compartidas

Son Competencias Compartidas, de acuerdo al artículo 36 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N° 27783, las siguientes:

(...)

c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente.

(...)

[El subrayado es nuestro]

39. Asimismo, el artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades establece como una de las funciones específicas municipales provinciales, el promover, apoyar y ejecutar proyectos de inversión y servicios públicos municipales, que presenten, objetivamente, externalidades o economías de escala de ámbito provincial; para cuyo efecto, suscriben los convenios pertinentes con las respectivas municipalidades distritales.
40. Se dispone, además, que las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del Título V de la referida Ley, con carácter exclusivo o compartido.
41. Al respecto, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece dentro de las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales, el ejecutar directamente o concesionar la ejecución de las obras de infraestructura urbana o rural de carácter multidistrital que sean indispensables para la producción, el comercio, el transporte y la comunicación de la provincia, tales como corredores viales, vías troncales, puentes, parques, parques industriales, embarcaderos, terminales terrestres, y otras similares, en coordinación con las municipalidades distritales o provinciales contiguas, según sea el caso; de conformidad con el Plan de Desarrollo Municipal y el Plan de Desarrollo Regional.
42. Dicho artículo también establece que son funciones exclusivas de las municipalidades distritales, el autorizar y fiscalizar la ejecución del plan de obras de servicios públicos o privados que afecten o utilicen la vía pública o zonas aéreas, así como sus modificaciones; previo cumplimiento de las normas sobre impacto ambiental.
43. Es importante agregar que el artículo 75 de la referida Ley, referido al ejercicio de las competencias y funciones municipales, establece que ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva, ya que su ejercicio constituye usurpación de funciones. En concordancia con ello, se dispone que sólo por ley expresa y con las mismas formalidades exigidas para la aprobación de la presente ley (Ley Orgánica), se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades, para lo cual el régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado.
44. No obstante lo anterior, el artículo 76 de la Ley Orgánica de Municipalidades permita a éstas la posibilidad de delegar, entre ellas o a otras entidades del Estado, las competencias y funciones específicas exclusivas establecidas en dicha Ley Orgánica, en los casos en que



se justifique la necesidad de brindar a los vecinos un servicio oportuno y eficiente, o por economías de escala. Dicha delegación se realizará mediante convenios que establecen la modalidad y el tiempo de la delegación, así como las condiciones y causales para su revocación; sin perjuicio de que la responsabilidad es indelegable.

45. Consecuentemente, atendiendo a lo dispuesto por la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobierno Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades, **la propuesta del proyecto de Ley colisiona con normas jurídicas de mayor rango legal**, y por tanto no resulta pertinente la propuesta legal bajo comentario, que busca atribuir a OSITRAN, mediante una Ley, competencias exclusivas de un Gobierno Regional o Local, en cuanto a la supervisión de concesiones de infraestructura de transporte de uso público de alcance local y regional. La única excepción a lo anterior, es la infraestructura vial regional que forme parte de la infraestructura que el Estado haya calificado como de alcance nacional, de acuerdo al marco regulatorio de OSITRAN, concordado con la normativa posterior de mayor rango legal, a que se alude en el presente numeral.
46. Inclusive, ninguno de los aspectos abordados por dichos dispositivos legales han sido analizados debidamente en el Proyecto de Ley, por lo que resulta cuestionable que se pretenda otorgar a OSITRAN la facultad de supervisar los contratos de concesión vinculados a la infraestructura de transporte de uso público, local o regional, en los términos expuestos en dicho Proyecto, sin tener en consideración el marco normativo que justifica la actuación de este Regulador respecto de la infraestructura de alcance nacional y tampoco las disposiciones que regulan la actuación de los gobiernos locales y regionales.
47. Siendo ello así, no resulta viable la propuesta normativa que pretende modificar la Ley de Creación de OSITRAN, dado que la misma colisiona con la normatividad que regula las competencias de los gobiernos locales y regionales.
48. Sin perjuicio de ello, se reitera la necesidad que, a través de un Proyecto de Ley de Desarrollo de la Ley de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada, se atienda el problema de fondo consistente en implementar medidas con el objeto de fortalecer las capacidades de los gobiernos regionales y locales, a fin de que éstos cuenten con las herramientas necesarias para proponer y llevar a cabo proyectos, en el ámbito de sus competencias, de manera eficiente y eficaz.
49. En efecto, como se ha explicado anteriormente, los gobiernos regionales y locales tienen competencias exclusivas respecto a la supervisión y ejecución de proyectos en infraestructura pública en el ámbito de su competencia, contando para ello con la respectiva asignación de recursos para la implementación de las medidas necesarias para llevar a cabo tales funciones. Sin embargo, la realidad ha demostrado que en muchas oportunidades, dichas entidades no cuentan con la suficiente experiencia o conocimiento para proponer proyectos que finalmente puedan beneficiar a la población que tiene bajo su responsabilidad.
50. No obstante, los gobiernos regionales y locales tienen la facultad de solicitar asesoría técnica y financiera especializada a entidades del Gobierno Nacional²¹, por lo que ciertamente en ese ámbito PROINVERSIÓN pueda realizar una labor importante,



²¹ Ello en concordancia con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, los artículos 33 y 65 de la Ley Orgánica de Municipalidades y los artículos 17 y 18 de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, que establecen la relación entre los Gobiernos Regionales con el Gobierno Nacional.

coadyuvando al desarrollo de capacidades de dichos gobiernos. Esto, sin perjuicio de que los gobiernos regionales y locales pueden celebrar con OSITRAN convenios de cooperación interinstitucional, considerando para tal efecto los recursos presupuestarios en el correspondiente convenio, al amparo de la normatividad vigente.

v) Respecto a la inclusión de la Única Disposición Complementaria Transitoria

51. La referida Disposición Complementaria dispone que la facultad de fiscalización y supervisión de OSITRAN para el caso de contratos de concesión celebrados por los Gobiernos regionales y Municipalidades Provinciales será inmediata, incluso para aquellos que se viene ejecutando a la fecha.
52. Sin perjuicio de lo señalado en los anteriores acápite del presente informe, debemos señalar que el artículo 62° de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

"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. 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."

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."

[Lo subrayado es nuestro]

53. Conforme a lo antes señalado, mediante norma o disposición de cualquier clase no se pueden modificar los términos contractuales existentes, por lo cual lo dispuesto en el Proyecto de Ley resulta cuestionable, debido a que los contratos de concesión ya suscritos se encuentran enteramente bajo la competencia de los gobiernos locales y regionales, quienes son los que se encargan de la labor de verificar el cumplimiento de los términos contractuales.

54. Ahora bien, con relación a la función supervisora, cabe aclarar que el artículo 21° del Reglamento General de OSITRAN¹², señala que comprende la supervisión del cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras o demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia procurando que esta brinden servicios adecuados a los Usuarios.

55. Como se puede apreciar, la función supervisora y fiscalizadora de los contratos de concesión de la infraestructura pública nacional de transporte de competencia regional y local que el Proyecto de Ley materia de opinión busca otorgar al OSITRAN, se desarrolla durante toda la vigencia de la concesión, por lo que no se agota en el solo hecho de emitir

¹² Aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y modificado mediante los Decretos Supremos N° 057-2006-PCM, 046-2007-PCM y 114-2013-PCM.



opinión sobre los contratos de concesión. Precisamente la supervisión de contratos de este tipo supone una actividad altamente especializada y compleja que involucra, además, la utilización de ingentes recursos y humanos. Ello, sumado al hecho de que los contratos de concesión son de largo plazo¹³, podría comprometer la viabilidad institucional de OSITRAN, si no se considera el financiamiento y sustento presupuestal correspondiente, puesto que el presupuesto institucional se encuentra totalmente comprometido en atender las responsabilidades con las que actualmente cuenta.

56. Precisamente el Proyecto de Ley atenta contra la viabilidad financiera de OSITRAN, ya propone que la supervisión sea de aplicación inmediata a los contratos de concesión de alcance regional o local existentes, sin considerar ni sustentar el financiamiento y sustento presupuestal de la propuesta legislativa.

V. CONCLUSIONES

57. El Proyecto de Ley colisiona con el marco normativo que regula las competencias de los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales,¹⁴ pudiendo incluso llegar a ser declarado inconstitucional, debido a que el marco normativo antes indicado, ha desarrollado el Capítulo de la Constitución Política sobre la Descentralización, que regula la estructura y organización del Estado en forma democrática, descentralizada y desconcentrada, estableciendo así tres niveles de gobierno, tales como el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales.
58. Conforme al marco normativo vigente, OSITRAN no puede ejercer las funciones específicas que son de competencia exclusiva del Gobierno Regional o Municipal, ya que su ejercicio constituiría usurpación de funciones. Sólo por ley expresa y con las mismas formalidades exigidas para la aprobación de dichas normas (Leyes Orgánicas), se pueden establecer regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de otros niveles de gobierno; debiendo tener un plazo determinado el referido régimen especial transitorio.
59. Sin perjuicio de ello, las Municipalidades están facultadas a delegar, entre ellas o a otras entidades del Estado, las competencias y funciones específicas exclusivas establecidas en dicha Ley Orgánica, en los casos en que se justifique la necesidad de brindar a los vecinos un servicio oportuno y eficiente, o por economías de escala. Dicha delegación se realizará mediante convenios que establecen la modalidad y el tiempo de la delegación, así como las condiciones y causales para su revocación; sin perjuicio de que la responsabilidad es indelegable.
60. Resulta necesario que, a través de un Proyecto de Ley de Desarrollo de la Ley de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada, se implementen medidas con el objeto de fortalecer las capacidades de los gobiernos regionales y locales, a fin de que éstos cuenten con las herramientas necesarias para proponer y llevar a cabo proyectos, en el ámbito de sus competencias, de manera eficiente y eficaz.



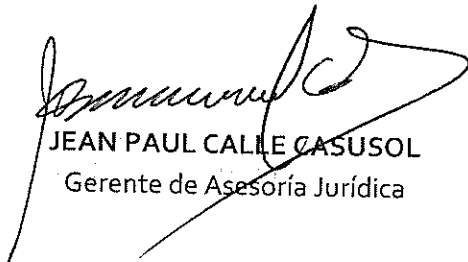
¹³ En el caso de las concesiones que actualmente se encuentran bajo el ámbito de OSITRAN, el plazo es general mente de 30 años.

¹⁴ Ley N° 27783 – Ley de Bases de la Descentralización -, la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -, la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades - y la Ley N° 28059 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada

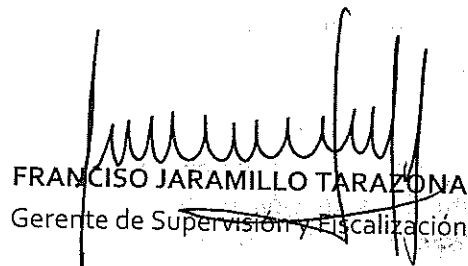
61. La Única Disposición Complementaria Transitoria colisiona con lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, que prohíbe las modificaciones contractuales vía Ley.

VI. RECOMENDACIÓN:

Remitir la opinión contenida en el presente Informe, el Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República.


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


FRANCISO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

CSánchez/mg
Reg. Sal. No. 37760-13

