

INFORME N° 021-03-GRE-OSITRAN

Para : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Roberto Urrunaga Pasco Font
Gerente de Regulación

Christy García – Godos Naveda
Analista de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Javier Rizo – Patrón Larrabure
Asesor Legal

Asunto : Solicitud de modificación al Contrato de Concesión del
Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

Fecha : 14 de mayo de 2003

I. ANTECEDENTES

1. Mediante carta N° 011-GL-2003/FETRANS de fecha 20 de enero de 2003, la empresa Ferrocarril Transandino S.A.¹ solicitó a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del Ministerio de Transportes y Comunicaciones² la modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, por considerar que el equilibrio económico financiero entre el Concesionario y el Concedente se ha quebrantado.
2. Mediante Oficio N° 396-2003-MTC/14 de fecha 27 de marzo de 2003, la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC solicitó opinión a OSITRAN, en virtud de lo establecido en la cláusula 23.3 del Contrato de Concesión.

II. OBJETO

El presente Informe tiene por objetivo evaluar las modificaciones al Contrato de Concesión propuestas por la empresa Concesionaria.

III. MARCO LEGAL

1. Cláusula 23.3 del Contrato de Concesión

¹ En adelante FETRANSA.

² En adelante MTC.

23.3 Modificación del Contrato. El Contrato de Concesión puede ser modificado por acuerdo entre las Partes, previa opinión favorable de OSITRAN, lo que deberá realizarse mediante la misma forma con la que se ha documentado este Contrato, con excepción de las actualizaciones del Anexo No.2 o de la devolución de los Bienes de la Concesión incluidos en el numeral 2.5. del Anexo No.2 o en el Anexo No.3. Las modificaciones al Contrato, salvo las excepciones antes señaladas, solamente entrarán en vigencia en el momento en que las Partes suscriban la Escritura Pública correspondiente. Los gastos de formalización de la modificación de este Contrato, son de cargo de la Parte que la solicitó.

2. Decreto Supremo N° 059-96-PCM

Texto Único Ordenado 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.

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.**

IV. ANÁLISIS

La empresa Concesionaria ha solicitado la modificación de tres temas del Contrato de Concesión:

1. Otorgar a los montos pagados por concepto del Impuesto Predial el mismo tratamiento que reciben las inversiones de conformidad con la Cláusula 10.1.1 (mecanismo de liberación del pago de la Retribución Principal o Especial), pero por todo el plazo de duración de la concesión.
2. Eliminar la obligación del Concesionario de asegurar a los pasajeros y a la carga conforme lo señala la Cláusula vigésima y el anexo N° 10, así como modificar el Decreto Supremo N° 027-99-MTC.
3. Exonerar del Derecho de Acceso a la Vía a los vagones vacíos.

4.1 Impuesto Predial

El Contrato de Concesión establece:

CLÁUSULA OCTAVA: DECLARACIONES Y GARANTIAS DEL CONCESIONARIO

8.16 Efectos de las declaraciones. Las Partes convienen que todas y cada una de las declaraciones y garantías efectuadas por ellas en este Contrato o durante la Licitación deben considerarse como obligaciones contractuales comprendidas bajo el ámbito de este Contrato, por lo que todas y cada una de ellas son y serán exigibles de acuerdo a los procedimientos convenidos en el presente Contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA: INCENTIVOS A LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO

10.1. Liberación del pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial. El Concesionario podrá dejar de pagar la Retribución Principal y la Retribución Especial en mérito a sus Inversiones, de acuerdo a las siguientes reglas:

10.1.1. Durante los cinco primeros Años de Concesión, hasta la totalidad de los pagos que correspondan por la Retribución Principal y la Retribución Especial podrán ser dejados de pagar por el Concesionario en la medida que realice Inversiones. El Concesionario quedará liberado de su obligación de pagar cada S/.1.00 (Un Nuevo Sol) que corresponda por la Retribución Principal y la Retribución Especial a favor del Concedente por cada S/.1.00 (Un Nuevo Sol) que el Concesionario efectivamente acredite que invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Las Inversiones del Concesionario se considerarán efectuadas en el momento en que efectivamente se instalen bienes o se reciban servicios en la Línea Férrea.

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

12.5 Tributos. El Concesionario no será responsable del pago de deudas tributarias vinculadas con las actividades de Enafer, o con los Bienes de la Concesión originadas antes de la Fecha de Cierre, las que son de cargo exclusivo de Enafer.

El Concedente declara que de conformidad con lo previsto en el artículo decimoséptimo, inciso a. del Decreto Legislativo No 776, Ley de Tributación Municipal, están inafectos del pago del Impuesto predial los predios de su propiedad que forman parte de la Infraestructura Vial Ferroviaria. En caso sea necesario, el Concedente podrá cooperar con las gestiones que realice el Concesionario para que los Municipios que tengan competencia sobre dichos predios reconozcan y respeten dicha inafectación.

Serán de cargo del Concesionario todos los tributos ya sean nacionales, regionales o municipales, a los que se encuentre afecto.

La empresa concesionaria solicita que los pagos que viene realizando por concepto de Impuesto Predial reciban un tratamiento similar al de las inversiones en la rehabilitación y mantenimiento de la línea férrea (Cláusula 10.1) por todo el tiempo de vigencia de la Concesión.

La empresa sustenta su pedido en que:

- a) Al momento de suscripción del Contrato de Concesión se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 776, el que fue modificado (posteriormente a la suscripción del contrato) por la Ley 27305. Esta norma modificó el Artículo 9° del Decreto Legislativo 776, en el sentido de incluir dentro de los sujetos pasivos del Impuesto Predial a los titulares de concesiones otorgadas al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado 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, sus normas modificatorias, ampliatorias y reglamentarias, respecto de los predios que se les hubiesen entregado en concesión durante el tiempo de vigencia del contrato.

- b) El monto por este concepto para el año 2001 asciende a S/. 680 335,51, habiéndose pagado casi el 90%³; para el año 2002 el pago asciende a un monto similar.
- c) Los gastos que ocasiona el pago del Impuesto Predial no fueron presupuestados como costos por la empresa al momento de participar en la licitación, rompiéndose así el principio de equilibrio financiero contenido en la bases de la licitación, además de ocasionar un serio perjuicio económico.

Como se desprende de la lectura del segundo párrafo de la cláusula 12.5 del Contrato de Concesión, el Gobierno a través del Concedente reconoció que al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, los predios que formaban parte de la concesión no estaban afectos al impuesto predial. Este reconocimiento explícito no implica necesariamente la voluntad o posibilidad de mantener dicha inafectación de forma ilimitada o durante el tiempo de vigencia de la Concesión, dado que la potestad tributaria del Estado se rige por el principio de legalidad y no es susceptible de ser limitada a través de un Contrato de Concesión, salvo que paralelamente a su suscripción, se haya suscrito un convenio de estabilidad tributaria cumpliendo con los requerimientos legales previstos para tal efecto.

Como consecuencia de ello, la declaración efectuada por el Estado en su calidad de Concedente, es entendida dentro de los límites antes señalados y por lo tanto, dicha declaración de inafectación, y el compromiso de colaboración derivado de la referida declaración, debe aplicarse en la medida que la inafectación se mantenga durante la vigencia de la Concesión. No se trata de un compromiso de estabilidad tributaria que mantenga la situación de inafectación durante la vigencia del Contrato.

Es en este sentido que se interpreta la declaración efectuada por el Estado en su calidad de Concedente, y que de acuerdo a lo previsto en el numeral 8.16 del Contrato de Concesión constituye una obligación contractual. Es decir, el Estado a través de la declaración efectuada en la cláusula 12.5 del Contrato se comprometió a garantizar que en la medida que la inafectación del Impuesto Predial se mantenga en el tiempo y no sea modificada por el propio Estado en ejercicio de la potestad tributaria, realizaría las acciones necesarias para colaborar con la propia empresa concesionaria para que los Municipios reconozcan y respeten la referida inafectación.

Sin embargo, a la fecha la inafectación existente al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, ha sido derogada por el propio Estado en ejercicio de su potestad tributaria, lo cual hace que la empresa concesionaria deba efectuar el pago del Impuesto Predial, sin que pueda oponerse a ello debido a que no existe un convenio de estabilidad jurídica o tributaria que le ampare.

En este contexto legal es que debe evaluarse la solicitud presentada por la empresa concesionaria, y determinar si efectivamente la modificación legislativa efectuada al Impuesto Predial ha determinado que se produzca una ruptura en el equilibrio económico – financiero de la concesión que obligue a que el mismo sea reestablecido por el Estado.

³ La empresa mediante Carta N° 80-GL-2003/FETRANS de fecha 23 de abril de 2003 presentó copia de algunos de los comprobantes de pago de los años 2001 y 2002 emitidos por las distintas Municipalidades, tanto Distritales como Provinciales.

Sobre este aspecto, debe considerarse además que los bienes inmuebles que forman parte de la Concesión (patios, estaciones, entre otros) tienen como objetivo fundamental facilitar el servicio y operación de las actividades ferroviarias, no sólo del concesionario en sus actividades rutinarias de mantenimiento y rehabilitación, sino también de los operadores ferroviarios u otros agentes económicos que puedan prestar algún tipo de servicio a los usuarios (restaurantes, locales comerciales, entre otros). En tal sentido, se entiende que la utilización de tales inmuebles se realiza a título oneroso, es decir, implica un pago por alquiler a favor del concesionario. Por lo tanto, el alquiler de estos predios debería incluir el pago correspondiente al Impuesto Predial, con lo que el concesionario no tendría que asumirlo, al menos totalmente.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, el monto pagado por la empresa concesionaria por concepto de Impuesto Predial durante los dos últimos años representa el 2% de los ingresos operativos de la concesión o el 2,1 % de los gastos operativos; asimismo, dicho monto corresponde al 5% del pago por concepto de retribución principal y especial.

Cuadro N° 1
Relación de ingresos, gastos, utilidades e impuestos prediales
(Montos en miles de nuevos soles)

Concepto	Con Impuesto Predial				Sin impuesto Predial			
	2001	%	2002	%	2001	%	2002	%
Ingresos operativos	43,026	114%	38,251	110.9%	43,026	116.5%	38,251	113.2%
<i>Acceso a la vía</i>	40,712	108.0%	36,317	105.3%	40,712	110.3%	36,317	107.4%
<i>Alquiler de mat trac y rodante</i>	2,314	6.1%	1,934	5.6%	2,314	6.3%	1,934	5.7%
Gastos operativos	(37,697.18)	100.0%	(34,498.60)	100.0%	(36,917.22)	100.0%	(33,802.74)	100.0%
<i>Impueso patrimonio predial (1)</i>	(779.95)	2.1%	(695.86)	2.0%	-	0.0%	-	0.0%
Utilidad Operativa	5,329	14.1%	3,753	10.9%	6,109	16.5%	4,448	13.2%
Otros ingresos	5,905	15.7%	7,619	22.1%	5,905	16.0%	7,619	22.5%
Otros gastos	(10,725.00)	28.5%	(13,276.65)	38.5%	(10,725.00)	29.1%	(13,276.65)	39.3%
Utilidad antes de impuestos	508.59	1.3%	(1,905.13)	5.5%	1,288.54	3.5%	(1,209.27)	3.6%

(1) En el 2001 incluye el total de impuestos municipales.

Por otra parte, debemos señalar que a diferencia de otros contratos de concesión, en el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, analizado en el presente informe, no se ha estipulado o definido lo que debe entenderse por Equilibrio Económico – Financiero. Así por ejemplo, tanto en el Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez como en el de la carretera Ancón – Huacho – Pativilca, se indica que se tomarán medidas correctivas por concepto de alteración del equilibrio económico cuando, a raíz de cambios en las Leyes Aplicables y/o por actos de gobierno, los ingresos o costos se reduzcan o incrementen en 15% ó 10%, respectivamente, o cuando el efecto combinado de estas situaciones sea equivalente a dichas variaciones porcentuales.

En el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente resultaría razonable considerar que existiría una ruptura del equilibrio económico – financiero, que obligue a una modificación del Contrato de Concesión, si como consecuencia del cambio legislativo sobre el Impuesto Predial, los gastos de FETRANSA se hubiesen incrementado de forma significativa; por ejemplo entre 10% y 15%.

En conclusión, dado que el concesionario como administrador de los bienes inmuebles se encuentra en capacidad de recuperar el pago del Impuesto Predial vía el alquiler que pueda cobrar, tanto al operador como a otros agentes económicos que ofrecen diversos servicios a los usuarios, y dado que el monto pagado por concepto de este impuesto representa únicamente un incremento del 2,1% de los gastos de la empresa, no habría una ruptura del equilibrio económico – financiero, razón por la cual la modificación del Contrato de Concesión no tendría lugar.

4.2 Pólizas de seguro

El Contrato de Concesión estipula lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: SEGUROS

21.1. Coberturas. Desde la Fecha de Cierre y durante la vigencia del presente Contrato, el Concesionario deberá contar obligatoriamente y al menos con los siguientes seguros:

21.1.1. Contra daños y perjuicios a pasajeros y carga, así como por daños a terceros, el que deberá incluir pero no limitarse a daños derivados por polución y contaminación. Las coberturas mínimas para cada supuesto aparecen detalladas en el Anexo No.10 de este Contrato las que, en todo caso, se reajustarán anualmente de acuerdo al índice de precios al consumidor del Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América.

21.1.2. Contra todo riesgo de destrucción parcial de la Infraestructura Vial Ferroviaria en el Area Matriz y de destrucción parcial o total de los Bienes de la Concesión incluidos en los Anexos Nos. 2 y 3 de este Contrato, el cual deberá incluir, pero no limitarse, a destrucción a causa de desastres naturales o terrorismo o sabotaje, hasta por un monto de US\$ 10'000,000.00 (Diez Millones de Dólares de los Estados Unidos de América) por evento o siniestro, excluyendo los deducibles, reajustado anualmente por el índice de precios al consumidor del Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América. La póliza que se emita para cubrir este riesgo deberá estipular expresamente que, en caso el monto de un siniestro supere los US\$ 20'000,000.00 (Veinte Millones de Dólares de los Estados Unidos de América), de acuerdo a lo fijado por el perito ajustador de la aseguradora, la indemnización deberá ser entregada directamente al Concedente.

ANEXO 10: COBERTURAS MÍNIMAS PARA EL SEGURO CONTRA DAÑOS Y PERJUICIOS A PASAJEROS Y CARGA, ASÍ COMO POR DAÑOS A TERCEROS.

10.1 SERVICIO DE PASAJEROS

RIESGO	COBERTURA
1.- Muerte	24 UIT
2.- Invalidez Permanente	24 UIT
3.- Gastos de atención médica, hospitalaria y quirúrgica	3.5 UIT
4.- Gastos de Sepelio	1 UIT
5.- Terrorismo	Según corresponda en los puntos 1, 2, 3 y 4

10.2 SERVICIO DE CARGA

El concesionario deberá coberturar la pérdida o deterioro de mercaderías que ocurran durante la prestación del servicio de transporte de carga, como parte de los servicios complementarios de carga y equipaje que preste, a través de una póliza de seguros que contemple por lo menos los denominados “Riesgos Ordinarios de Transporte” y/o “Libre de Avería Particular”, siendo optativo por parte del cliente manejar su propia póliza de seguro.

La empresa concesionaria ha solicitado la modificación de la cláusula vigésima y del Anexo 10 del Contrato de Concesión, en el sentido de:

- Eliminar la obligación del Concesionario de asegurar a los pasajeros y a la carga.
- Eliminar el doble aseguramiento de los bienes de la Concesión.

La empresa concesionaria sustenta su solicitud en lo siguiente:

- a) Mediante el Decreto Supremo N° 027-99-MTC (12.071999) se aprobó el “Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento de permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario” aplicable a Perú Rail S.A., empresa operadora y vinculada a FETRANSA.
- b) El Artículo N° 11 del Decreto Supremo N° 027-99-MTC, establece la obligación en materia de seguros del operador, independientemente de los seguros contratados por el concesionario.
- c) FETRANSA y Perú Rail S.A. se ven perjudicados por las normas vigentes, ya que duplican los seguros a cubrir por la misma materia.

En lo que se refiere a la contratación de seguros surgen dos tipos de obligaciones, una de carácter contractual y otra legal. La primera está relacionada a la obligación de la empresa concesionaria de contratar las pólizas de seguros estipuladas en el Contrato de Concesión, y la segunda está vinculada a la obligación del operador en virtud a lo establecido en el DS N° 027-99-MTC.

El Contrato de Concesión regula las obligaciones de la empresa Concesionaria con el Concedente; en tal sentido las obligaciones adicionales que puedan o tengan que hacer frente las empresas operadoras de conformidad a las normas legales vigentes no pueden ser suprimidas con modificaciones al Contrato de Concesión. En el presente caso, como bien señala la empresa Concesionaria, la posible duplicidad surgió a partir de la dación del DS N° 027-99-MTC, norma aplicable a las empresas operadoras más no a la empresa Concesionaria.

En el caso en particular, las obligaciones del operador en materia de seguros afectan a la empresa Concesionaria en la medida que son empresas vinculadas (cuentan con los mismos accionistas); si no fuera éste el caso, los costos por conceptos de estas pólizas serían asumidos de forma independiente por cada una de estas empresas, cualesquiera sea el precio de las mismas.

Dado el problema planteado por el Concesionario, la solución al mismo deberá tomar en consideración que las obligaciones en materia de seguros para las empresas operadoras no deberán constituirse en una barrera de acceso al mercado o en un sobre costo para el ingreso de un nuevo operador. La propuesta planteada

por la empresa Concesionaria, de que las pólizas y el monto por concepto de seguros que el grupo en su conjunto deba pagar sean divididos entre el Concesionario y el operador a razón de 50% cada uno, se basa en la existencia de un único operador. En caso surja un nuevo operador, éste probablemente tendría que cubrir al 100% todas las pólizas establecidas en el DS 027-99-MTC, lo que implicaría definitivamente un valor mayor al que asumiría el operador actual, o alternativamente podría recibir el mismo trato que el operador actual, pero si alguna de las partes (Concesionario y nuevo operador) incumpliese el pago de la proporción que le corresponde de las pólizas, no se estaría recibiendo la cobertura exigida.

Por otra parte, debemos señalar que en su solicitud de modificación del Contrato de Concesión, la empresa Concesionaria no ha presentado información sustentatoria que justifique fehacientemente la duplicidad en la contratación de pólizas, y no ha tenido en consideración la problemática que podría presentarse frente al ingreso de operadores no vinculados a ésta.

Sobre la base de lo señalado en los párrafos anteriores, se puede concluir que no se ha acreditado la necesidad de modificar el Contrato de Concesión y, en todo caso, en la eventualidad que efectivamente se acredite duplicidad en las pólizas, corresponderá evaluar una modificación al Decreto Supremo N° 027-99-MTC, por ser éste una norma que fue dictada considerando las pólizas existentes en el Contrato de Concesión, al haberse dado en fecha posterior al otorgamiento de la Buena Pro.

4.3 Exoneración de Acceso a la Vía a vagones vacíos

En el Contrato de Concesión se señala:

CLÁUSULA SÉPTIMA: CONDICIONES DEL SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO

7.1 Tarifa por uso de vía. El Concesionario deberá cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la Línea Férrea, cargada o descargada, la tarifa por uso de vía cuyo monto máximo y mecanismo de ajuste automático se detallan en el Anexo No.7 de este Contrato. Esta tarifa incluso será aplicable para las unidades de vagón, autovagón y/o coche incluidas en el Anexo No.3 o para aquellas de propiedad o de uso del Concesionario cuando circulen por la Línea Férrea como consecuencia de contratos entre el Concesionario y cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.

Si en un ferrocarril desarrolla actividades solamente un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, el Concesionario deberá cobrarle la suma máxima por tarifa por uso de vía. Tan pronto se produzca la pluralidad de Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario en dicho ferrocarril, el Concesionario podrá cobrarles la tarifa máxima o sumas inferiores a ella, cumpliendo con las obligaciones que le impone el numeral 7.6. y las disposiciones pertinentes de este Contrato y las Leyes Aplicables.

La tarifa por uso de vía es el único concepto que el Concesionario puede cobrar a los Operadores de Servicio de Transporte Ferroviario por su acceso a la Línea Férrea, por lo que no tiene derecho a solicitar el pago de derechos de llave, regalías o equivalentes por ese mismo concepto, sin perjuicio del

derecho del Concesionario de brindar a los Operadores otros derechos y/o servicios y de convenir con ellos la respectiva retribución.

La tarifa por uso de vía no será aplicable a las unidades que utilice el Concesionario destinadas exclusivamente a la vigilancia, reparación, mantenimiento y demás actividades necesarias para la operación de la Infraestructura Vial Ferroviaria.

La tarifa por uso de vía no será aplicable en el supuesto de pluralidad de interesados previsto en el cuarto párrafo del numeral 7.6. de este Contrato. En ese caso, sin embargo, el Concesionario también estará obligado a diferenciar la tarifa ofrecida por el ganador del concurso de cualquier otro concepto que cobre a dicho Operador y a proporcionar la información que OSITRAN pudiera solicitarle.

La tarifa por uso de vía puede ser modificada por acuerdo entre las partes, previa opinión favorable de OSITRAN. El Concesionario tendrá derecho a la modificación de la tarifa por uso de vía si logra alcanzar Estándares Técnicos superiores a los previstos para la Línea Férrea en el Anexo No.6, para lo que deberá presentar toda la documentación técnica y económica sustentatoria al Concedente y a OSITRAN a fin que, de mutuo acuerdo entre las Partes, se establezca la(s) nueva(s) tarifa(s) por uso de vía que resulte(n) aplicable(s), para lo que se deberá considerar que la tarifa por uso de vía establecida en el Anexo No.7 ha sido establecida considerando que se alcancen y se mantengan los Estándares Técnicos establecidos en el Anexo No.6, durante la vigencia de este Contrato.

Sin perjuicio de este derecho, el Concesionario deberá solicitar la modificación de la tarifa por uso de vía basándose en la mejora de los Estándares Técnicos exigidos por este Contrato, antes de realizar las inversiones necesarias para ello, en cuyo caso la nueva tarifa solamente podrá ser aplicada a partir del momento en que OSITRAN certifique que el Concesionario ha alcanzado el nuevo Estándar Técnico justificante de la nueva tarifa por uso de vía.

La empresa Concesionaria no ha presentado ninguna propuesta de modificación a la cláusula antes citada, en el sentido de liberar a los vagones vacíos de pago de la tarifa por uso de vía limitándose a presentar su solicitud de forma general.

La empresa concesionaria sustenta su solicitud en el hecho de que el transporte de carga mediante el uso del ferrocarril viene sufriendo la competencia desleal del transporte vía carreteras, debido a que gozan de una serie de beneficios, como por ejemplo el hecho de que algunos tramos recientemente inaugurados no cobran peajes, y la exoneración a las multas por incumplimiento a los límites para el peso de la carga transportada. Estos beneficios hacen que no sea competitiva la tarifa de transporte ferroviario, debido a lo cual el operador se ha visto en la necesidad de suprimir varios servicios para el año 2003.

Otra razón para dejar sin efecto el cobro del derecho de vía a los vagones vacíos, según el concesionario, es que tienen un peso reducido, por lo que no afectan ni deterioran la vía férrea.

En relación a esta solicitud de modificación, resulta conveniente señalar en primer lugar, que de acuerdo a la cláusula Séptima numeral uno, **la tarifa por uso de vía es el único concepto** que el concesionario puede cobrar a los operadores ferroviarios; por lo tanto, renunciar a ella, o excluir a algún tipo de vagones de esta

tarifa, implica un menor ingreso para la empresa concesionaria, lo cual en principio podría comprometer las labores operativas y de mantenimiento de ésta.

La importancia de los vagones vacíos puede apreciarse en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2
Importancia de vagones cargados y vacíos

Km-vagón	2000		2001		2002	
	Sur	Suroriente	Sur	Suroriente	Sur	Suroriente
Cargados	6,826,217	191,701	8,837,811	198,940	5,038,765	155,997
Vacíos	4,985,034	84,308	2,757,524	31,602	3,487,240	25,985
TOTAL	11,811,251	276,009	11,595,335	230,542	8,526,005	181,982

Porcentaje Km-vagón	2000		2001		2002	
	Sur	Suroriente	Sur	Suroriente	Sur	Suroriente
Cargados	57.79%	69.45%	76.22%	86.29%	59.10%	85.72%
Vacíos	42.21%	30.55%	23.78%	13.71%	40.90%	14.28%
TOTAL	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Como se puede observar, del total de kilómetros por vagón recorridos en el tramo Sur, los vagones vacíos han representado entre 24% y 42% durante el período 2000-2002, siendo el promedio para los tres años del 35%. Esto significa que de los ingresos del Concesionario por uso de vía, el 35% corresponde al transporte de vagones vacíos.

La propuesta de la empresa Concesionaria podría implicar, entonces, una importante reducción de sus ingresos⁴. Si se supone que los gastos operativos de la empresa se mantienen constantes⁵, las pérdidas serían considerables. Así, por ejemplo, tomando el nivel de tráfico, tarifas y gastos del año 2002, las pérdidas serían S/. 14,6 millones, lo que colocaría en una situación delicada a la empresa concesionaria, poniendo en riesgo el desarrollo y continuidad de la Concesión.

Adicionalmente, resulta razonable especular respecto al efecto que la propuesta modificatoria tendría en los resultados de la empresa operadora. Es de esperarse que ésta se beneficie directamente, ya que sus gastos por concepto de pago de derecho de uso de vía se reducirían de forma significativa (35%), y no necesariamente el íntegro de tal reducción se trasladará a menores fletes.

Ahora bien, pese a que la empresa operadora está directamente vinculada a la empresa concesionaria, sus actividades comerciales no se encuentran bajo la supervisión o regulación de OSITRAN. Por el contrario, dentro de un mercado en competencia, el operador ferroviario tiene por "rival comercial" a los transportistas de carga en camiones (camioneros), y por tanto es de esperarse que la competencia de estos generará una mayor eficiencia en el transporte de carga ferroviario.

⁴ Si bien la exoneración pedida podría motivar un mayor movimiento de vagones cargados, de tal manera de compensar al menos en parte la reducción de ingresos, ello no ha sido puesto en evidencia por el Concesionario en su solicitud.

⁵ La empresa Concesionaria en su solicitud de modificación del Contrato de Concesión ha señalado que el transporte de vagones vacíos no reporta mayor desgaste a la vía férrea.

La situación “beneficiosa” con que puedan contar los “camioneros” frente al transporte en ferrocarril, resulta ser un problema de orden sectorial, cuya solución deberá ser dada por la autoridad competente al interior del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La autoridad sectorial tiene por función brindar políticas claras del sector transporte, entre las que se podrían incluir, por ejemplo, el establecimiento de peajes o un efectivo control del pesaje de los camiones.

Por otro lado, debemos señalar que la tarifa de flete al igual que cualquier precio debe determinarse en función a los costos de brindar el servicio de carga de un punto a otro. Por tanto, en su conformación la empresa operadora deberá incorporar en su estructura de costos tanto el pago por derecho de uso de vía de los vagones cargados como de los vagones vacíos. Únicamente después de haber realizado este ejercicio la empresa operadora se encontrará en capacidad de tomar sus decisiones comerciales, es decir, decidir la oferta de rutas al mercado, definir los tipos de servicios adicionales a prestar, cerrar o abrir oficinas de despacho en las estaciones, entre otras. Cabe esperar que dichas decisiones sean tomadas considerando el uso eficiente de los recursos.

Finalmente, en el análisis no podemos dejar de tener en consideración los efectos de la propuesta sobre los pagos de la empresa concesionaria (retribución principal, tasa de regulación e impuestos). La reducción en los ingresos del Concesionario implicarían una reducción en la retribución al Estado, que si bien es cierto a la fecha viene siendo compensada en casi su totalidad por las inversiones en rehabilitación y mantenimiento de la vía férrea, de acuerdo al mecanismo establecido en la cláusula décima del Contrato, a partir del año seis sólo podrá deducirse el 50% de tales inversiones y a partir del año once ya no se aplicará deducción alguna.

Conforme a lo explicado en los párrafos anteriores, la solicitud planteada por la empresa Concesionaria, resulta negativa tanto para ella misma como para el Concedente, siendo el único beneficiario la empresa operadora, ya que esto le generaría un ahorro y posible incremento de sus utilidades.

Por todo lo anterior, consideramos que no es procedente la modificación del Contrato de Concesión solicitada por la empresa Concesionaria.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El Concesionario como administrador de los bienes inmuebles de la Concesión se encuentra en capacidad de recuperar, al menos parcialmente, el pago del Impuesto Predial vía el alquiler que cobra, tanto al operador como a otros agentes económicos que ofrecen diversos servicios a los usuarios.
2. El monto pagado por concepto de este impuesto representa únicamente un incremento del 2,1% de los gastos de la empresa, por lo que se considera que no habría una ruptura del equilibrio económico – financiero. Por ello, no se considera pertinente la modificación del Contrato de Concesión para otorgar al pago por concepto de Impuesto Predial el mismo tratamiento que a las inversiones en el mecanismo de liberación del pago de la retribución principal y especial para todo el tiempo de vigencia de la concesión.
3. Respecto a las pólizas de seguros (Cláusula 21.1 y Anexo 10) no existen razones suficientes para modificar el Contrato de Concesión y, en todo caso, en la medida

que se acredite duplicidad en las pólizas establecidas en el Contrato de Concesión con las establecidas en el Decreto Supremo N° 027-99-MTC, recomendamos la revisión de éste último, en atención de que el mismo fue dictado teniendo en consideración las pólizas establecidas en el Contrato de Concesión, al haberse dado en fecha posterior al otorgamiento de la Buena Pro.

4. Exonerar a los vagones vacíos del pago de la tarifa por uso de vía generaría efectos negativos tanto a la empresa Concesionaria como al Concedente, siendo el único beneficiario la empresa operadora, ya que esto le generaría un ahorro y posible incremento de sus utilidades. Por lo tanto, se considera improcedente la solicitud de modificación del contrato en lo referente a la exoneración del pago de la tarifa por uso de vía de los vagones vacíos.

Roberto Urrunaga Pasco Font
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Christy García – Godos Naveda
Analista de Regulación

Javier Rizo – Patrón Larrabure
Asesor Legal