

INFORME N° 001-06-GS-GRE-GAL-OSITRAN

A : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente General (e)

De : Lincoln Flor Rojas
Gerente de Regulación (e)

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Asunto : Opinión Técnica a la Versión Final del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú

Fecha : 24 de febrero de 2006

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 14 de febrero de 2005, PROINVERSION aprobó las Bases Consolidadas del Concurso de Proyectos Integrales para Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.
2. Mediante Oficio N° 1/2006/CPI-ARE/PROINVERSION de fecha 10 de enero de 2006, PROINVERSIÓN remite a OSITRAN la “Sexta Versión” del proyecto de contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia del Perú (en adelante “el proyecto”).
3. Con fecha 05 de enero de 2006, el Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos, aprobó la Circular N° 032, mediante la cual se establece que la versión final del contrato de concesión se entregará a los postores con fecha 28 de febrero de 2006.
4. Con fecha 06 de febrero último, el Presidente del Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos, remitió a OSITRAN la “Séptima Versión” del proyecto, mediante Oficio N° 13/2006/CPI-ARE/PROINVERSION.
5. Con fecha 13 de febrero de 2006 se puso a consideración del Consejo Directivo el informe N° 007-06-GRE-GAL-OSITRAN que contiene la opinión técnica a la “Séptima Versión” del proyecto de contrato de concesión.

6. Con fecha 16 de febrero de 2006 se llevó a cabo una sesión extraordinaria de Consejo Directivo en la cual se acordó solicitar la ampliación del Informe N° 007-06-GRE-GAL-OSITRAN.
7. Con fecha 20 de febrero del año en curso se llevó a cabo una reunión entre el Presidente del Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos y funcionarios de dicha agencia, con representantes de OSITRAN, con la finalidad de tratar los alcances de las cláusulas del proyecto de contrato.
8. Con fecha 21 de febrero último, el Presidente del Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos, remitió a OSITRAN el Oficio N° 20/2006/CPI-ARE/PROINVERSION, mediante el cual solicita la revisión y aprobación de la “Versión Final” del proyecto, por parte del Consejo Directivo de OSITRAN.

BASE LEGAL:

9. El Artículo 2° de la Ley N° 27701, “Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria”:

“Artículo 2.- Opinión del organismo regulador

Las disposiciones que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de privatización y concesiones -sujetos al Decreto Legislativo N° 674 y al Decreto Supremo N° 059-96-PCM- de las empresas cuya regulación está a cargo de los organismos reguladores precisados en la Ley N° 27332, deberán contar con la opinión del respectivo Consejo Directivo de éstos como requisito previo a su aprobación por parte de la COPRI.”

10. El Artículo 34° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante D.S. N° 010-2001-PCM:

“Artículo 34.- Opinión Previa y Supervisión de los contratos.

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la INFRAESTRUCTURA, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN. (...)”

II. OBJETIVO:

11. El objetivo del presente informe es emitir opinión sobre la Versión Final del proyecto de contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia del Perú.

III. ANALISIS DE LA VERSIÓN FINAL DEL PROYECTO:

12. Para fines expositivos, la opinión seguirá el orden de las cláusulas propuestas en el proyecto, sin dejar de enfatizar la relación que puede haber entre dos o más cláusulas, respecto a su vinculación con la aplicación del marco regulatorio relativo a las materias de competencia de OSITRAN.

CLÁUSULA PRIMERA (Definiciones)

Numeral 1.31 (Definición de crecimiento vegetativo)

13. Se sugiere aclarar y mejorar dicha definición:

“es la tasa de crecimiento tendencial del tráfico de pasajeros y carga en los aeropuertos bajo un escenario sin concesión”.

CLÁUSULA TERCERA (Declaraciones y garantías del Concesionario y del concedente)

Numeral 3.3.1 acápite a) (Constatación de fecha de cierre)

14. El contrato establece que el postor debe contar con un capital mínimo suscrito de US \$2'000,000, de los cuales un 25% tiene que ser pagado al momento de constituir la sociedad concesionaria. Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el objetivo del capital mínimo es que la concesión cuente con un capital de trabajo suficiente para garantizar las operaciones hasta que reciba el primer pago por PAMO incluidos los ingresos derivados de la explotación.

CLÁUSULA CUARTA (De los plazos)

Numeral 4.3.1 y 4.3.2 (Prórroga del plazo de la concesión)

15. Se sugiere que la prórroga de la concesión no sea de tipo automática, sino sujeta al cumplimiento del contrato por parte del concesionario. El concesionario podrá presentar dicha solicitud a partir del año 10 y en adelante cada cinco años. De esta forma, la posibilidad de anticipar la prórroga favorece al buen desempeño del concesionario.

El proyecto de contrato establece que la prórroga se solicitará en el vigésimo segundo año de vigencia de la concesión. Sin embargo, el plazo restante de la concesión con la prórroga de 5 años, podría ser insuficiente para generar incentivos para la ejecución de inversiones cuya recuperación considere un plazo mayor. En consecuencia, es necesario contar con incentivos para un adecuado cumplimiento de las obligaciones para introducir mayor cobertura y calidad de servicios

CLÁUSULA SEXTA (Del mantenimiento de los bienes de concesión)

Numerales 6.8.2 y 6.8.3. y 8.8.2

16. Los contratos de concesión de la infraestructura bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, deberían establecer en principio, las penalidades aplicables al concesionario en caso de incumplimiento de determinadas prestaciones contractuales a favor del Estado, cuando éste último actúa en su rol de parte contratante, acreedora de determinadas prestaciones que debe cumplir la empresa concesionaria (que en tal caso es deudora del Estado).

Asimismo, las penalidades contractuales surten un efecto disuasivo, que busca incentivar el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario.

17. En ese sentido, el establecer que las penalidades previstas en el Anexo 9 del contrato de concesión, sólo serán aplicables al concesionario si éste no subsana el incumplimiento en el plazo establecido, en la práctica significa eliminar el incentivo de adecuado y oportuno cumplimiento que constituyen las penalidades, e implica que a los plazos originales de cumplimiento le serán incorporados los plazos de subsanación.

18. En consecuencia, OSITRAN considera que la regla más eficiente desde el punto de vista del diseño del contrato y de una adecuada supervisión del contrato de concesión por parte de OSITRAN, es que las penalidades se aplican independientemente de que el concesionario cumpla con realizar la subsanación.

19. En ese orden de ideas, es necesario corregir los siguiente Numerales del contrato de concesión:

*“6.8.2 OSITRAN informará del incumplimiento al CONCESIONARIO, otorgándole un plazo de subsanación. **Si vencido dicho plazo de subsanación el CONCESIONARIO no ha cumplido, OSITRAN aplicará la penalidad correspondiente.***

*6.8.3 **La subsanación del incumplimiento notificado no anula la aplicación de las penalidades correspondientes derivadas del incumplimiento”.***

[el subrayado es nuestro]

20. De los precitados numerales, no queda claro si la penalidad se aplicará independientemente de que el concesionario subsane o sólo en el caso que no lo haga, por lo que dichas estipulaciones crean un serio problema de aplicación.

21. Por lo tanto, en la línea de lo mencionado al inicio de esta sección, se sugiere modificar los Numerales 6.8.2. y 6.8.3. en el sentido siguiente:

“6.8.2 OSITRAN informará del incumplimiento al CONCESIONARIO, otorgándole un plazo de subsanación acorde con la naturaleza de la obligación a juicio de OSITRAN.

*6.8.3 **La subsanación del incumplimiento notificado no anula la aplicación de las penalidades correspondientes derivadas del incumplimiento”.***

22. Esta misma consideración debe tenerse en cuenta en los casos de los siguientes numerales del contrato de concesión:

- Numeral 5.14;
- Numeral 6.8.2 y 6.8.3;
- Numeral 7.10;
- Numeral 8.8;
- Numeral 12.8;

CLÁUSULA NOVENA (Del co-financiamiento)

23. En esta cláusula sólo se consigna el monto de co-financiamiento cuando el PAMO es superior al ingreso regulado y al ingreso no regulado base. Se sugiere incorporar el segundo caso, que es la ecuación (17.2) del anexo 17.

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA (Competencias administrativas)

Numeral 14.1.1 (Facilitar el ejercicio de las funciones de OSITRAN)

24. Es necesario evitar la posibilidad de que, tanto en el caso del Concedente como de OSITRAN, se genere alguna controversia con la empresa concesionaria con relación a que el ejercicio de determinada función a cargo de cada uno de ellos, sea considerado por la empresa concesionaria como “un entorpecimiento o dificultad en la prestación de los servicios a su cargo”. Tanto en el caso de OSITRAN como del Concedente, es el marco legal el que establece los límites del ejercicio de las funciones que compete a cada uno de dichos organismos.

En consecuencia, solicitamos que se elimine la referencia a que OSITRAN sólo puede ejercer sus funciones si “no entorpece” con el fin de evitarle a OSITRAN futuras controversias con el concesionario con relación a este tema.

Numeral 14.1.8 (Respeto al marco institucional y a las competencias exclusivas de OSITRAN)

25. El Estado ha establecido un diseño institucional y un marco normativo homogéneo para la regulación económica de ciertas actividades asociadas a la presencia de monopolios naturales. Ello ocurre en el ámbito de las telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos, servicios de saneamiento e infraestructura de transportes de uso público, a través de la existencia de OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, respectivamente.

26. Uno de los pilares conceptuales de dicho diseño institucional, es constituir agencias reguladoras, que sean independientes de los Ministerios, con el fin de blindarlas de una intervención política en la toma de sus decisiones, la misma que debe ser esencialmente técnica. Del mismo modo, se requiere que dichas agencias puedan realizar sus funciones de manera independiente a los conflictos de interés privados presentes en las actividades reguladas.

27. Ello, se debe a que la regulación económica es una técnica de intervención del Estado en la economía, que supone una intervención en la actividad de los particulares, legitimada por la presencia de monopolios naturales, la misma que

requiere contar con salvaguardas que garanticen una intervención económica de la Administración, técnicamente idónea e imparcial. En ese sentido, la Ley Marco de los Organismos reguladores y normas complementarias y modificatorias, precisamente contienen diferentes mecanismos para afianzar la independencia de estos organismos, con los cuales no cuentan otros entes de la Administración Pública.

28. Este diseño institucional, postula la independencia y tecnicismo en el ejercicio de las funciones de supervisión del cumplimiento de los contratos de concesión que suscribe el Estado, a través de agencias reguladoras, que de acuerdo al arreglo institucional, blindadas respecto de las directrices del Gobierno, con el fin de “despolitizar” la actividad de los reguladores. Lo que se pretende por tanto, no es privar al Gobierno de sus poderes, sino objetivarlos, neutralizarlos políticamente, evitar que este caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos ajenos al servicio, sacrificando los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política.

En igual medida, también deben ser autónomos respecto del poder económico de las empresas que actúan en el sector y de los muchos intereses económicos que se ponen en juego. La independencia del regulador es la del árbitro que tiene que estar alejado por igual, tanto del interés a corto plazo de la empresa, como del político.

29. De este modo, en materia de infraestructura de transportes de uso público, existe un diseño institucional que diferencia las funciones y roles de los actores públicos. En este escenario, compete a los organismos sectoriales, es decir, a los Ministerios, establecer las políticas sectoriales, planes nacionales de desarrollo de las actividades productivas y emitir la normativa técnica sectorial a su cargo. Asimismo, tanto la regulación económica de los monopolios naturales vinculados a la infraestructura de transporte de uso público, como la supervisión del cumplimiento de los contratos de concesión; compete a la agencia reguladora independiente, en este caso a OSITRAN.
30. En ese orden de ideas, es necesario reiterar la necesidad de que la Cláusula Décimo Tercera señale claramente que el único ente a quien corresponde velar, fiscalizar el cumplimiento del contrato de concesión es OSITRAN, no se trata de una función compartida con el ente Concedente.
31. Se requiere que la Cláusula Décimo Cuarta y en especial el Numeral 14.1.8. del contrato de concesión, establezca a cabalidad el rol de OSITRAN y lo diferencie claramente del rol que corresponde al Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC) como ente que representa al Estado concedente.

Al respecto, se debe señalar que la redacción de la Cláusula Décimo Cuarta, equipara a OSITRAN y al ente concedente en lo relativo a la supervisión del cumplimiento del contrato de concesión (tal es el caso del **Numeral 14.1.8.**, según el cual, tanto OSITRAN como el MTC vigilan el cumplimiento del contrato de concesión), en un mismo ámbito de competencia, **lo cual es incorrecto.**

Numeral 14.4.1. y 14.4.3. (Supervisión de Obras)

32. Este artículo señala que las funciones del Supervisor de Obras son aquellas que la asigne OSITRAN así como el Contrato de Concesión. Teniendo en cuenta que las labores de supervisión son efectuadas por OSITRAN de manera directa o indirecta

a través de terceros (Supervisores de Obra), sugerimos eliminar la frase “...y las establecidas en el Contrato de Concesión”. En la misma línea, consideramos que el artículo 14.4.3. en el cual se establecen las funciones del Supervisor de Obras debería modificarse, dado que estas serán determinadas contractualmente entre OSITRAN y el Supervisor de Obras. En tal sentido, se sugiere que el artículo quede redactado de la siguiente manera: 14.4.3. OSITRAN designará a un Supervisor de Obras, el mismo que tendrá las funciones que éste le designe. Como alternativa para evitar que se repita lo señalado en la Cláusula 14.4.1., se sugiere eliminar el artículo 14.4.3.

ANEXO 1 (Descripción general de los aeropuertos del primer grupo)

33. **Aeropuerto de Trujillo:** la pista de aterrizaje figura con una longitud de 2405 metros. Sin embargo, el año pasado se extendió dicha pista a 3000 metros. Dado que esta obra aun no ha sido entregada oficialmente a CORPAC (por lo que los 3000 metros no han sido reconocidos aun por las AIP) existiría una divergencia entre los bienes registrados oficialmente y los físicamente existentes. Es necesaria una aclaración en el sentido de actualizar el inventario y evitar posibles divergencias entre los bienes que se entregarían formalmente en concesión, y los existentes físicamente.

ANEXO 7 (Esquema tarifario)

Literal f)

34. Retirar la frase que indica: “*para aquellos aeropuertos con tráfico anual mayor a 1’000,000 de WLU*”.

Incluir esta frase en la práctica implicaría desregular el acceso a almacenamiento y despacho de combustibles en todos los aeropuertos. Tratándose de una facilidad esencial, operada en condiciones monopólicas, consideramos que no existe justificación económica ni regulatoria para desregular las condiciones de acceso a dicha infraestructura.

Literal h)

35. El título del inciso h) debería cambiarse a “Tarifa por el uso de las instalaciones de carga del Aeropuerto”, en la medida en que se refiere al precio que paga el generador de la carga al CONCESIONARIO por la utilización de la infraestructura aeroportuaria, con el objetivo de trasladar esta última desde fuera del aeropuerto hasta la plataforma y viceversa.

Este servicio se encuentra regulado por OSITRAN y corresponde a una tarifa, y no un cargo de acceso. La actividad que no se encuentra sujeta a regulación tarifaria (pero sí a regulación de acceso) es la de “carga y descarga” de mercancías de las aeronaves, que es realizada por los operadores de rampa. Si bien es cierto que esta última actividad forma parte de la misma cadena logística del servicio de transporte de mercancías, utiliza otra facilidad esencial (plataforma). En concordancia con lo anterior, se sugiere que el segundo párrafo del inciso h) sea eliminado.

36. El inciso i) no se entiende. Si se refiere al alquiler de los locales comerciales del aeropuerto, estos no deberían denominarse tarifas.

En el proyecto de contrato se dice:

a. CONCESIONARIO Locales y servicios para otros usuarios y actividades diversas prestadas directamente por el CONCESIONARIO

Las tarifas por la prestación de estos servicios no estarán sujetas a un régimen tarifario. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo

Se sugiere cambiar por:

b. Alquiler de locales y servicios comerciales: precio cobrado por el concesionario por el uso de locales comerciales y servicios del aeropuerto

Los cobros por la prestación de estos servicios no estarán sujetas a un régimen tarifario. Al arrendatario seleccionado no le será permitido el subarriendo.

37. El cuadro de Rampa y el Cuadro de Combustible deben trasladarse a la sección cargo de acceso.(página 271) , en la medida en que, como se ha explicado anteriormente, son cargos de acceso.
38. En la sección “tarifas finales”, pagina 268, se debe precisar la cota superior e inferior de los rangos de la tabla de clasificación de los aeropuertos. De la manera presentada en la actual versión del Contrato, no se podría precisar a qué grupo pertenecerían los aeropuertos que obtengan 500,00, 250,000 y 100,000 pasajeros. Tal como esta en la sección de “Cargos de acceso”, se sugiere modificar la tabla de la siguiente manera:

	Pasajeros Anuales
Grupo I	Más de 500,000
Grupo II	Más de 250,000 a 500,000
Grupo III	Más de 100,000 a 250,000
Grupo IV	Hasta 100,000

39. Con relación al ámbito de aplicación de la TUUA se debe considerar que, de acuerdo a la legislación vigente, están prohibidas las exenciones al pago de los servicios aeroportuarios a favor de los usuarios, lo que puede constituir una conducta discriminatoria. Además, el contrato de concesión señala expresamente que la aplicación de TUUA se trata de un pago único y que ni el Concesionario ni terceros, podrán duplicar los cobros por concepto de los sub-servicios incluidos. Este comentario debe precisarse en el texto del contrato.

ANEXO 9 (Tabla de penalidades)

40. Por otra parte, los montos de las penalidades que se detallan en la tabla parecen excesivos teniendo en cuenta el nivel de ventas y utilidad esperadas y patrimonio del concesionario (US\$2 millones y penalidades de US\$500 mil). En tal sentido, debería existir una correspondencia entre estos elementos.

ANEXO 17: ESQUEMA DE PAGO DEL COFINANCIAMIENTO

Sección 1 (Definiciones)

Inciso d)

41. En este inciso, en las definiciones de “ingresos por el servicio de movimiento de carga” y “ingresos por el servicio de rampa”, se sugiere eliminar los siguiente párrafos, respectivamente:

“(...) Si el CONCESIONARIO decide otorgar directamente este servicio el ingreso regulado a ser considerado será equivalente al cargo de acceso que el CONCESIONARIO cobraría a un tercero (en caso de haber tercerizado el servicio) multiplicado por el número de kilogramos de carga atendidos.”

“(...) Si el CONCESIONARIO decide otorgar directamente este servicio el ingreso regulado a ser considerado será equivalente al cargo de acceso que el CONCESIONARIO cobraría a un tercero multiplicado por el número de servicios efectuados.”

Tal como ha sido definido contraviene el marco regulatorio.

Inciso m)

42. **Cuenta recaudadora.** De acuerdo a lo estipulado en el proyecto de contrato, esta cuenta se constituirá con base a los montos relativos a la Retribución que el concesionario del AIJCH paga al Estado peruano. Al respecto, se debe considerar que de acuerdo al contrato de concesión del AIJCH, el MTC debe destinar los montos necesarios para la inversión, mantenimiento y operación de los aeropuertos administrados por CORPAC, así como **el financiamiento de la expropiación de los terrenos necesarios para la ampliación del AIJCH.**

Por lo tanto, la “Cuenta recaudadora” no puede, en modo alguno, constituirse **sobre la totalidad de la retribución de LAP.**

Asimismo, se debe considerar que CORPAC continuará recibiendo por parte de LAP, el 20% de lo recaudado en el AIJCh por concepto de TUUA, y el 50% de lo recaudado por concepto de tarifa de Aterrizaje y Despegue, de conformidad con lo que establece el Anexo N° 5 del contrato de concesión del AIJCh, y de acuerdo al procedimiento de pago establecido en el Contrato de Colaboración Empresarial y atribución de obligaciones y responsabilidades, (suscrito entre CORPAC S.A. y la LAP).

En ese sentido, siendo que hasta 12 aeropuertos de provincia saldrían de la administración de CORPAC en virtud de la concesión del primer grupo de aeropuertos de provincia, CORPAC incurrirá en menores desembolsos por inversiones y gastos por mantenimiento y operación de dichos aeropuertos, con lo cual se liberarían recursos.

Al respecto, OSITRAN considera que ese excedente que seguirá recibiendo CORPAC S.A., debiera destinarse también a cubrir parte de las obligaciones a cargo del Estado peruano de PAMO y/o PAO, y debería ser considerado y regulado en el Contrato de Fideicomiso relativo a la concesión del Primer grupo de aeropuertos regionales.

De otro lado, se debe considerar que con el fin de otorgar credibilidad al sistema de concesiones del primer grupo de aeropuertos regionales, en prioritario que el Estado representado por el MTC, tome todas las provisiones necesarias para hacer frente al cumplimiento oportuno y adecuado de la obligación de entregar al concesionario del AIJCH, los terrenos necesarios para la ampliación del Aeropuerto. Asimismo, se debe considerar que el incumplimiento de esta obligación por parte del Estado, acarrea la resolución del contrato de concesión del AIJCH, por causal imputable al Estado. Evidentemente, una eventualidad como esa no sólo puede generar la resolución del contrato de concesión del AIJCH, sino la falta de credibilidad del Estado como ente licitante y promotor de la inversión privada.

En ese orden de ideas, en el marco del procedimiento para la toma de decisión por parte de PROINVERSION y del MTC con relación a la parte de la Retribución de LAP que se destinará al Fideicomiso del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, es fundamental que se considere el marco legal vigente, así como las obligaciones asumidas por el Estado con el concesionario del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.

De acuerdo a lo anterior, la redacción alternativa que se plantea es la siguiente:

“Cuenta Recaudadora: Es la cuenta del Fideicomiso en que se depositará la parte de las transferencias trimestrales efectuadas por el Concesionario del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, a cuenta de la retribución que éste paga al Estado peruano. Este monto será determinado por el Estado Peruano, tomando en cuenta las disposiciones establecidas en las “Leyes Aplicables” y sus obligaciones asumidas en el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”. El importe que se transferirá a esta cuenta, se especificará en el Contrato de Fideicomiso y se revisará quinquenalmente de acuerdo con el nivel de inversiones (que afecta el PAO a pagar) a efectuar.”

Sección 2.3.1 (Ingreso regulado base ajustado)

43. En la ecuación (17.5), el termino $\frac{T_t}{T_0}$ se está contabilizando doblemente, por lo que se sugiere la modificación de esta expresión, de la siguiente manera:

$$IBA_t = IBA_o * \left(\frac{T_t}{T_o} + \left(\frac{PBI_{t-1}}{PBI_o} * f_3 \right) \right)$$

Sección 3.5 (Determinación del PAO)

44. Se sugiere que el valor presente de las inversiones a realizarse dentro del período inicial de la concesión sea parte del factor de competencia de la concesión. Es decir, los postores deberían incluir dentro de su oferta económica, en adición al PAMO, los montos de inversión en términos de valor presente, correspondientes a:

- Obras de rápido impacto y equipamiento del período inicial,
- Obras civiles de seguridad y nivel de servicio y mantenimiento periódico del período inicial (esto es, inversiones incluidas dentro de la variable ITA, ecuación 17.11)

Se sugiere se modifique las bases del concurso.

ANEXO 28 (Reglamento para la ejecución y contratación de obras)

Literal E (Tratamiento de los Proyectos de Inversión Pública)

45. En este literal se señala que las obras que el concesionario deba realizar necesariamente tendrán que cumplir con todos los requisitos establecidos en las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). Por su mismo carácter, sería recomendable que aquellas obras que actualmente no hayan sido aprobadas por el SNIP no sean incluidas como "obligatorias" dentro del proyecto de contrato de concesión.

Literal G. (Dirimencia de Controversias)

46. En este numeral se establece que en caso el Concesionario considere que las observaciones presentadas por OSITRAN a los costos presentados para determinados proyectos no estuvieran debidamente fundamentadas o discrepase de los criterios que fundamentan dichas observaciones podrá solicitar la realización "*de un procedimiento de dirimencia*".

47. Al respecto, se debe considerar en primer lugar, que la normativa regulatoria ha otorgado expresamente a OSITRAN la facultad de emitir *Actos Administrativos*, que constituyen una manifestación de su poder público y que por tanto, conllevan fuerza vinculante por imperio del Derecho. En tal virtud, el acto adquiere su condición de "administrativo" no porque lo emita OSITRAN, sino porque éste lo emitirá en ejercicio de una potestad pública, expresamente otorgada por el ordenamiento legal.

Tales actos administrativos producen efectos jurídicos externos, concretos y de alcance individual, ya sea actuales o futuros, sobre los derechos, intereses u obligaciones de las Entidades Prestadoras, sobre los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público, así como sobre las actividades económicas bajo la competencia de OSITRAN.

48. En ese sentido, los pronunciamientos de OSITRAN con relación a los costos presentado por la empresa concesionaria respecto de los proyectos, son propiamente *actos administrativos* con relación a los cuales no OSITRAN, ni menos aún la empresa concesionaria tiene facultad de libre disposición, por lo que no cabe someter las discrepancias que pudiera producirse a un "*procedimiento de dirimencia*".

49. El marco legal establece que si la empresa concesionaria no está de acuerdo con un pronunciamiento de OSITRAN, puede interponer un recurso de Reconsideración, en el marco del cual puede presentar todos los medios probatorios que contempla la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), incluyendo la prueba pericial.

50. Por tal razón, es necesario que el Literal G del Anexo 28 se adecue a lo establecido en la LPAG, y estipule que en caso que el concesionario no esté de acuerdo con los pronunciamientos de OSITRAN, con relación a los costos del proyecto, podrá interponer un recurso de reconsideración, fundamentando su

impugnación con base a todos los medios probatorios de los que dispone, de acuerdo a las “Leyes Aplicables”.

51. Sobre el particular, cabe mencionar que el marco regulatorio establece que las decisiones que adopte OSITRAN en uso de sus facultades, tienen sus propios mecanismos de revisión, en vía administrativa y una vez finalizada ésta en la vía judicial. El establecimiento de mecanismos ad hoc para la resolución de discrepancias entre regulador y concesionario, no sólo es contrario al marco regulatorio vigente sino que lo debilita y afecta negativamente su eficacia.

En efecto, los organismos reguladores han sido concebidos como entidades autónomas en sus decisiones, precisamente para otorgar garantías a los administrados (usuarios y Entidades Prestadoras) de una gestión imparcial y objetiva. En tal sentido, carece de sentido mediatizar las decisiones del ente regulador estableciendo mecanismos de dirimencia. OSITRAN considera que la introducción de este tipo de mecanismos de dirimencia por la vía de un contrato de concesión, resulta inaceptable.

52. Por las razones expuestas, se presenta la siguiente redacción alternativa:

<<G. DIRIMENCIA DE CONTROVERSIAS

En caso que el CONCESIONARIO considerase que los pronunciamientos de OSITRAN, sobre los costos que hubiere presentado con relación a determinados proyectos, no estuvieran debidamente fundamentadas o discrepase de los criterios que los fundamentan dichos pronunciamientos, podrá presentar el recurso de reconsideración correspondiente, fundamentando su impugnación en todos los medios probatorios contemplados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, incluyendo el peritaje.

La evaluación de los costos de los proyectos por parte de OSITRAN, se realizará en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la sustentación respectiva. En caso que OSITRAN requiera información adicional vinculada al desagregado de costos correspondiente a la ejecución de los proyectos, deberá solicitarla, hasta en una sola oportunidad, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la información original. En tal caso, y por una sola vez, el referido plazo de aprobación de treinta (30) días hábiles comenzará nuevamente a computarse desde la fecha de presentación de la información adicional solicitada. En el caso que OSITRAN no se pronuncie en el plazo al que se ha hecho referencia, se entenderá que los costos de los proyectos no han sido aprobados.>>

Literal H (Mecanismos de contratación)

53. En este literal se sugiere precisar la intervención de OSITRAN en el proceso de adquisiciones. Al respecto, sería conveniente que en el proyecto de contrato de concesión se incorporará un acápite, en el cual se establezca que OSITRAN podrá suspender u observar un proceso de contratación, cuando no se cumpla con las reglas y procedimientos establecidos en el contrato.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- Someter la presente Opinión Técnica, que contiene las observaciones identificadas por la Gerencia de Regulación, Gerencia de Supervisión y de Asesoría Legal de OSITRAN; a la aprobación del Consejo Directivo de OSITRAN, para efectos de que éste órgano colegiado determine la posición institucional, con relación a la Versión Final del proyecto de contrato de concesión del Primer Grupo de los Aeropuertos Regionales.

Atentamente,

LINCOLN FLOR ROJAS
Gerente de Regulación (e)

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

VICTOR CARLOS ESTRELLA
Gerente de Supervisión