



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

## RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 26 de septiembre de 2011

Nº 039-2011-CD-OSITRAN

### VISTOS:

El Informe Nº 013-11-GRE-GAL-OSITRAN, que eleva el proyecto de Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión y la modificación e interpretación de los contratos suscritos;

### CONSIDERANDO:

Que, OSITRAN tiene la misión de regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, para lo cual, ejerce las funciones y atribuciones establecidas en la Ley;

Que, la Ley Nº 26917, Ley de Creación de OSITRAN, establece como funciones principales de este Organismo Regulador, interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación y emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión;

Que, la Ley Nº 27701, Ley de concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, establece que las disposiciones que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de privatización y concesiones, deberán contar con la opinión del respectivo Consejo Directivo de éstos como requisito previo a su aprobación por parte de PROINVERSIÓN;

Que, acorde con lo anterior, el Decreto Legislativo Nº 1012, Ley Marco de APP, establece que el Diseño Final del Contrato de APP a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada; requerirá la opinión favorable del Organismo Regulador correspondiente. Asimismo, establece que cuando se trate de Iniciativas Privadas presentadas ante dicha agencia, que se financien con tarifas de servicio público, también se requerirá la opinión favorable del Regulador;

Que, asimismo, el Reglamento de la Ley Marco de APP, aprobado por Decreto Supremo Nº 146-2008-EF, establece que para efectos de tramitar cualquier solicitud de modificación a un Contrato de APP, se requerirá la opinión previa del Organismo Regulador;

Que, resulta oportuno y necesario comprender en un solo instrumento los Lineamientos para la Interpretación de Propuestas de Modificación de Contratos de Concesión<sup>1</sup>, y los Lineamientos para la Emisión de Opinión Técnica sobre Proyectos de Contratos de Concesión<sup>2</sup>, incorporando la experiencia adquirida por el Regulador en la administración de los Contratos de Concesión, así como los principios, criterios, y cambios normativos correspondientes;

<sup>1</sup> Aprobados por acuerdo del Consejo Directivo de OSITRAN Nº 557-154-04-CD-OSITRAN.

<sup>2</sup> Aprobados por Acuerdo del Consejo Directivo Nº 1043-267-08-CD-OSITRAN.



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

Página 1 de 2





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, considerando que los Lineamientos contienen principios y criterios de interés general, cuyo contenido proporcionará información relevante y de interés para los usuarios de los servicios que presta OSITRAN, se publicarán en el Diario Oficial El Peruano, a fin de recibir comentarios y sugerencias de los interesados;

Que, por las razones expuestas, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 398, de fecha 26 de setiembre del 2011; en virtud a las facultades y funciones otorgadas por Ley al Consejo Directivo de este Organismo Regulador y, sobre la base del Informe del Vistos;

**SE RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** AUTORIZAR la publicación en el Diario Oficial "El Peruano", del documento denominado: LINEAMIENTOS PARA LA EMISIÓN DE OPINIÓN DE LOS PROYECTOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS, y su correspondiente exposición de motivos.

**Artículo Segundo.-** OTORGAR un plazo de quince (15) días calendario, contados a partir de la publicación a que se refiere el artículo precedente, para que los legítimos interesados remitan por escrito a OSITRAN, en su sede, ubicada en: Av. República de Panamá 3659, San Isidro- Lima, o por medio electrónico a [info@ositran.gob.pe](mailto:info@ositran.gob.pe), sus comentarios o sugerencias, los que serán acopiados, procesados y analizados por la Gerencia de Regulación de OSITRAN.

**Artículo Tercero.-** AUTORIZAR la difusión de la presente Resolución, así como del documento a que hace referencia el Artículo Primero, en la página web institucional: [www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe).

**Artículo Cuarto.-** DISPONER que la Oficina de Relaciones Institucionales realice las acciones necesarias conforme a ley, para la publicación dispuesta a través de la presente Resolución

Regístrese, comuníquese y publíquese.

  
**JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE**  
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal PD N° 21087-11



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

Página 2 de 2



**LINEAMIENTOS PARA LA EMISIÓN DE OPINIÓN DE  
LOS PROYECTOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y  
LA MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS  
CONTRATOS SUSCRITOS**

Septiembre 2011

# 1. Introducción

El OSITRAN, en su calidad de organismo regulador de la Infraestructura de transporte de uso público, participa en el diseño de los contratos de concesión mediante las opiniones previas a los proyectos de contrato, así como en el perfeccionamiento de los contratos suscritos, a través de las opiniones a las modificaciones planteadas y en su aclaración mediante la interpretación de sus cláusulas.

La facultad de emitir opinión a la versión final y a las propuestas de adenda, así como la facultad de interpretación que el OSITRAN ejerce, tienen su justificación en el marco legal vigente.

En primer lugar, la facultad del OSITRAN<sup>1</sup> de opinar sobre los contratos de concesión, previamente a su aprobación por parte de la agencia de promoción de la inversión privada, proviene de la Ley N° 27701<sup>2</sup>. En concordancia con el Reglamento General del OSITRAN, la mencionada ley establece que dicha opinión comprende las 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, así como a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos y a las demás materias de competencia del OSITRAN. Sin embargo, mediante el Decreto de Urgencia N° 001-2011, se realizó una modificatoria al Decreto Legislativo N° 1012, estableciéndose que para que los proyectos priorizados en dicho Decreto de Urgencia continúen su trámite, el OSITRAN no debe tener objeciones únicamente sobre temas tarifarios, de acceso y de calidad de servicio.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la facultad del OSITRAN<sup>3</sup> de opinar sobre las modificaciones de los contratos de concesión, hay que especificar que, de acuerdo al Decreto Supremo N° 059-98-PCM<sup>4</sup>, el Estado podrá modificar los contratos de concesión cuando ello resulte conveniente. La modificación ~~deberá~~ hacerse respetando en lo posible la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas convenidas y el equilibrio financiero de las partes.

Con la creación del OSITRAN, mediante Ley N° 26917, se estableció explícitamente que emitir opinión técnica sobre la procedencia de la modificación o revisión de los contratos de concesión es una de las funciones del OSITRAN. El Reglamento General del OSITRAN<sup>5</sup> precisó que, además de pronunciarse sobre su procedencia, analizará los efectos de la modificación propuesta y sugerirá los términos de la misma. El marco normativo detalló ulteriormente el procedimiento y causales de renegociación en el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, que aprobó el Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, modificado mediante Decreto Supremo N° 144-2009-EF, lo que respecta al procedimiento y causales de renegociación de los contratos. En

<sup>1</sup> Ver Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

<sup>2</sup> Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria.

<sup>3</sup> Ver Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Decreto Supremo N° 044-2008-PCM.



este se establecen determinados límites, entre ellos, la imposibilidad de realizar adendas a los contratos durante los tres primeros años, salvo por determinadas causas contempladas en la ley, como por ejemplo, la corrección de errores materiales, requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato, o precisar aspectos operativos del mismo. En todo caso, la modificación siempre tratará de respetar la naturaleza del contrato. De acuerdo al marco legal especificado en este párrafo, la evaluación técnica del OSITRAN referente a la propuesta de modificación deberá analizar y ponderar los efectos que tal modificación tiene sobre los distintos actores involucrados en la concesión.

En tercer lugar, por lo que se refiere a la facultad del OSITRAN de interpretar los contratos de concesión, esta también es una prerrogativa establecida en la Ley de Creación del OSITRAN<sup>6</sup> y en su Reglamento General. En el ejercicio de esta facultad, el OSITRAN, al momento de ejercer la función de interpretación de los contratos de concesión, actuará conforme a: (i) la Constitución Política del Perú<sup>7</sup>, del cual se infiere que la interpretación de contratos no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el contrato de concesión; (ii) los criterios de interpretación establecidos tanto en el Código Civil<sup>8</sup>, como en el propio contrato de concesión; (iii) la estricta observancia del marco legal; y, (iv) el supuesto de que las partes han actuado con buena fe.

Los presentes lineamientos señalan a los agentes involucrados los principios técnicos que aplicará el OSITRAN con relación a la emisión de opiniones referidas a: contratos de concesión, propuestas de iniciativas público privadas, propuestas de modificación de contratos de concesión y, finalmente, interpretación de los mismos, dentro del marco legal vigente.

## 2. Alcance

Los presentes lineamientos guían la acción de los órganos funcionales y directivos del OSITRAN en materia de opiniones previas a los proyectos de contrato y opiniones a las propuestas de adenda (en adelante, opinión), así como en materia de interpretación de contratos de concesión (en adelante, interpretación).

Los lineamientos buscan mejorar la predictibilidad, consistencia y transparencia de las opiniones e interpretaciones del OSITRAN. Lo anterior permite que las instancias gubernamentales y partes involucradas en los procesos de opinión e interpretación (concedente, concesionario y usuarios) cuenten con una orientación -desde una perspectiva regulatoria- para adoptar las decisiones que consideren convenientes.

Así, los presentes lineamientos tienen por objeto establecer los criterios que aplicará el OSITRAN con relación a la emisión de opiniones técnicas sobre:

- El diseño final de los proyectos de contratos de asociación público-privada en infraestructura de transporte de uso público.
- Las propuestas de iniciativas privadas bajo el ámbito de competencia del OSITRAN.

<sup>6</sup> Ley N° 28917.

<sup>7</sup> Ver su Artículo 62°.

<sup>8</sup> Ver Artículos 168° a 170°.



- Las propuestas de modificación de contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público ya suscritos.
- La interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado Peruano y las empresas concesionarias.

Los presentes lineamientos sustituyen a los anteriores Lineamientos para la Interpretación de Propuestas de Modificación de Contratos de Concesión, aprobados por acuerdo del Consejo Directivo del OSITRAN N° 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, así como a los Lineamientos para la Emisión de Opinión Técnica sobre Proyectos de Contratos de Concesión, aprobados mediante Acuerdo del Consejo Directivo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN de fecha 12 de marzo de 2008.

### 3. Principios generales

El OSITRAN aplicará los principios que se definen en este apartado en las opiniones e interpretaciones que emita.

Todos los principios mencionados son deseables. Sin embargo, en la práctica regulatoria, no se puede pretender aplicar todos ellos en igual medida, existiendo situaciones en las que se pueden presentar conflictos entre los principios. Por tanto, el Regulador tiene la tarea de hacer prevalecer unos sobre otros, de acuerdo a los casos que se presenten, con la finalidad de alcanzar el mayor bienestar posible para la sociedad.

Los principios generales que el OSITRAN aplicará son:

1. **Principio de asignación de riesgo.** El OSITRAN considerará una adecuada distribución de riesgos entre el concedente, el concesionario y los usuarios, de forma que los asuma quien se encuentre en mejor capacidad para administrarlos, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto.
2. **Principio de equilibrio.** El OSITRAN considerará que todo contrato de concesión refleja un equilibrio entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes al momento de su suscripción. Cualquier propuesta de cambio deberá dejar a las partes en una situación equivalente a la existente en el contrato antes de su modificación.

Las modificaciones que las partes propongan deberán mantener el equilibrio económico de ambas partes, sin ofrecer lucros adicionales, ni que se produzca un traslado de riesgos entre ellas o terceros.

3. **Principio de no discriminación.** La actuación de OSITRAN en el ejercicio de la función reguladora deberá orientarse a evitar que las Entidades Prestadoras otorguen injustificadamente a los usuarios finales e intermedios, un trato diferenciado frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que se coloque a unos en ventaja competitiva frente a otros.



4. **Principio de costo-beneficio.** El OSITRAN realizará una evaluación costo-beneficio. En este sentido, los beneficios y costos que se tendrán en consideración, cuando sea pertinente, son aquellos relacionados a la eficiencia del mercado de explotación de infraestructura, así como los efectos que la modificación pueda tener sobre el concesionario, los usuarios y el Estado.
5. **Principio de transparencia.** Las solicitudes de opinión e interpretación deberán ser difundidas a efectos que los interesados puedan tomar conocimiento y, de ser el caso, opinar respecto de las mismas.
6. **Principio de preservación del bienestar de los usuarios.** Tras las modificaciones de contratos e interpretaciones, el nivel de bienestar de los usuarios no deberá disminuir. De producirse una variación en las condiciones de servicio (precio, calidad, riesgo u oportunidad), deberán aplicarse las medidas compensatorias que mantengan inalterado o, en su defecto, incrementen el bienestar de usuarios y terceros.
7. **Principio de protección del interés público.** En la opinión sobre las propuestas y en las interpretaciones, el OSITRAN considerará que se respete el interés público que motivó la concesión.
8. **Principio de libre acceso.** La actuación del OSITRAN deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de servicios y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.
9. **Principio de neutralidad.** La entidad prestadora que a la vez brinde, directa o indirectamente, otros servicios utilizando la infraestructura, o que tenga a su vez el derecho de explotar otra infraestructura, no utilizará dichas situaciones para colocar en desventaja a otros usuarios. En tal sentido, el OSITRAN deberá vigilar las acciones de la entidad prestadora, garantizando que el trato que dé la entidad prestadora a los operadores de servicios en competencia sea neutral respecto a sus propias filiales que proveen servicios competitivos sobre la misma infraestructura y cuidando que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, precios o innovación.
10. **Principio de equilibrio entre la libre competencia y promoción de la inversión privada.** El OSITRAN evaluará y resolverá de manera que se establezca un equilibrio entre la incorporación de más competencia y la creación de incentivos para la inversión en el incremento de cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura.
11. **Principio de predictibilidad.** El OSITRAN deberá utilizar criterios de decisión similares ante situaciones o circunstancias parecidas.
12. **Principio de autonomía.** En la opinión sobre las propuestas y en las interpretaciones, el OSITRAN no estará sujeto a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado en los temas de su competencia. Su accionar se basa en las normas legales aplicables y en estudios técnicos debidamente sustentados.
13. **Principio de eficiencia.** La actuación del OSITRAN en la opinión sobre las propuestas y en las interpretaciones, se guiará por la búsqueda de la eficiencia productiva y asignativa.



Por el principio de eficiencia productiva, el OSITRAN procurará que se minimicen los costos de la producción de los servicios regulados dado un nivel de producción y de cobertura.

Por el principio de eficiencia asignativa, el OSITRAN procurará que las tarifas de cada servicio reflejen los costos económicos de su producción.

14. **Principio de celeridad.** Toda la actuación administrativa del OSITRAN en los procesos de opinión e interpretación se efectuará de manera oportuna y en el menor tiempo posible.
15. **Principio de contraprestación.** En la opinión sobre las propuestas y en las interpretaciones, el OSITRAN considerará que el pago de la tarifa o cargo por parte de los usuarios se realice en contraprestación al servicio recibido o a la disponibilidad del mismo, teniendo en consideración el tipo de Infraestructura, la naturaleza de la Concesión y del servicio.
16. **Principio de salvaguardia de la naturaleza de la concesión.** En la opinión sobre las propuestas y en las interpretaciones, el OSITRAN considerará respetar y salvaguardar, en la medida de lo posible, la naturaleza de la concesión.
17. **Principio de equidad.** Las tarifas deberán permitir que los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público sean accesibles a la mayor cantidad posible de usuarios. En el caso de infraestructuras deficitarias, OSITRAN buscará hacer transparentes las fuentes de financiamiento, distinguiendo aquellas fuentes distintas a las tarifas.



## 4. Lineamientos para la Opinión de Nuevos Contratos

### 4.1. Criterios sobre las materias de opinión

Los presentes criterios aplicables por el OSITRAN para emitir su opinión sobre nuevos contratos se referirán a los aspectos en los que ésta es legalmente vinculante<sup>9</sup>: temas tarifarios, de acceso y de calidad del servicio. Lo anterior no restringe a que el OSITRAN pueda emitir opinión, de manera no vinculante, sobre otros aspectos que considere relevantes.

#### 4.1.1. Criterios para aspectos tarifarios

Muchos de los servicios que los concesionarios de Infraestructuras de transporte brindan, tienen características de monopolio natural, por lo que en ausencia de regulación tarifaria, se prestarían en condiciones que no disciplinan el comportamiento del operador.

La regulación tarifaria pretende simular el resultado que se obtendría si el servicio se prestara bajo condiciones adecuadas de competencia. De esta forma, las tarifas deben

<sup>9</sup> Ver Artículo N.º 4 del Decreto de Urgencia N.º 001-2011.



ser suficientes para que el operador de la infraestructura recupere los costos económicos de su actividad, lo que le proporciona incentivos a invertir. No obstante, la tarifa máxima regulada deberá ser lo más cercana posible al costo mínimo eficiente. De esta manera, los usuarios no pagan más de lo que pagarían si el mercado funcionase de manera competitiva.

En aquellos servicios en cuyos mercados existan características que disciplinen el comportamiento del operador, la regulación tarifaria no debería existir, o debería ser dejada sin efecto, mientras estén presentes dichas características.

Los criterios que el OSITRAN tomará en cuenta al emitir su opinión sobre los aspectos tarifarios de los contratos son:

1. **El OSITRAN fijará tarifas, conforme al alcance del contrato y normas vigentes, cuando no existan condiciones de competencia.** Las condiciones de competencia en los mercados contemplados en la concesión deben ser evaluadas cuando se establece el régimen de tarifas en el contrato. El OSITRAN evitará que se incluyan bajo regulación tarifaria, servicios en que la misma es innecesaria. Del mismo modo, cuando exista competencia en el mercado, el OSITRAN debe limitarse a velar por su libre funcionamiento dado su rol subsidiario.
2. **El sistema tarifario debe estar basado en esquemas compatibles por incentivos.** El esquema tarifario propuesto en el contrato deberá estar orientado, en la medida de lo posible, a producir incentivos para que el Concesionario genere ganancias de eficiencia productiva, que lo beneficien a él y que puedan ser trasladadas posteriormente a los usuarios de la infraestructura.
3. **Las facultades en materia de tarifas no se circunscriben a determinar el monto que se cobra.** La tarifa, como monto que se cobra por un servicio y el sistema tarifario en general, solo tienen sentido en un contexto determinado, entre otros factores, por la definición del servicio, la calidad con la que se presta, las inversiones necesarias para que se brinde, el impacto de las incertidumbres del proyecto, etc.
4. **La opinión en materia de tarifas aborda varios aspectos.** El sistema tarifario comprende los siguientes elementos: estructura tarifaria (forma cómo se han organizado las prestaciones), unidad de cobro (variable asociada a la prestación que brindará el concesionario), el nivel tarifario (moneda y valor monetario asociado a la prestación de los servicios) y otras que tengan impacto en el sistema tarifario.
5. **El nivel de la tarifa debe responder a un esquema regulatorio.** El monto de la tarifa debe ser calculado conforme un esquema regulatorio definido, mas no deben ser un mero elemento variable que permita el equilibrio financiero de la concesión.
6. **El nivel de la tarifa debe ser consistente con estimaciones de demanda razonables y estimaciones de costos eficientes para abastecer dichos niveles de demanda.** Una tarifa por debajo del nivel de equilibrio competitivo conducirá a un exceso de demanda que se traducirá en congestión y elevación del costo medio, poniendo en peligro la sostenibilidad de la concesión; mientras que, una tarifa por encima del nivel de equilibrio competitivo producirá ineficiencias y podría conducir a rentas excesivas.

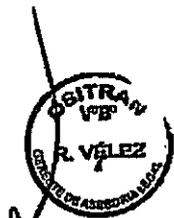


7. **El contrato debe considerar la revisión periódica del nivel tarifario por parte del OSITRAN.** Para concesionarios de Infraestructuras reguladas por mecanismos cuya revisión tarifaria es exógena –como el RPI-X–, el tiempo que debe fijarse para las revisiones tarifarias debe determinarse de acuerdo a la naturaleza de la infraestructura, tomando en cuenta la ocurrencia de los cambios tecnológicos que ésta enfrenta o la acumulación razonable de productividad. Para infraestructuras reguladas por mecanismos cuya revisión tarifaria es endógena –como Costo de Servicio (CoS)–, ésta deberá realizarse considerando el impacto de los cambios exógenos en el mercado o de la necesidad objetiva de nuevas inversiones sobre el cálculo de la tarifa vigente.
8. **El contrato debe considerar que los incrementos tarifarios preestablecidos respondan a mejoras en la prestación de los servicios para los usuarios.** Los incrementos tarifarios que se establezcan, al margen de los mecanismos de revisión y reajustes tarifarios habituales considerados en el contrato, deben darse al término efectivo de las obras de mejora en la infraestructura y que éstas supongan un aumento en la calidad para los usuarios de la infraestructura sujetos al pago de la tarifa.
9. **El contrato debe tratar de forma transparente los subsidios tarifarios.** En caso de que la estructura tarifaria propuesta en el contrato de concesión considere el uso de subsidios para conseguir ciertos objetivos de política, deberá hacerse explícito: el objetivo regulatorio que se pretende lograr, los motivos por los que el esquema de subsidios propuesto es el más adecuado para lograrlos, los servicios cuyas tarifas están subsidiadas y el mecanismo por el cual se recaudan y asignan.



10. **Adicionalmente a los principios antes descritos, en el caso de concesiones viales el contrato deberá tomar en cuenta los siguientes criterios:**

- a. **El Concesionario es quien debe administrar las estaciones de peaje.** Una vez entregado en concesión un tramo de la carretera, el Concesionario deberá asumir directamente el cobro de los peajes, durante todo el periodo de vigencia de la concesión, incluyendo la etapa de construcción, salvo que la intervención de un tercero genere ganancias de eficiencia.
- b. **Como regla general el Concesionario es quien debe soportar los riesgos financieros.** Como se sostiene en la teoría general de las concesiones, los riesgos deben ser trasladados a quien está en mejor capacidad para su administración; bajo esa perspectiva, los riesgos financieros deberían trasladarse a quien toma la deuda sobre la inversión en la etapa constructiva. En tal sentido, los mecanismos de ajuste compensatorios sobre las tasas de interés deberían evaluarse, analizando sus costos y beneficios, así como el efecto en los usuarios. En el caso, que su financiamiento provenga de la venta los Certificados de reconocimiento de Pago Anual de Obra (CRPAO) por adelantado, o de otros instrumentos similares, dicho mecanismo de ajuste podría no ser necesario.
- c. **El Concedente proporcionará un mecanismo de garantía tarifaria a favor del Concesionario en contratos cofinanciados.** De acuerdo a este mecanismo de garantía pactado en los contratos de concesión cofinanciados, el Estado podrá solicitar la reducción de la tarifa y, en



ese caso, el Concesionario deberá aplicarla; pero, el Estado compensará al Concesionario por dicha disminución en los ingresos, sin que ello altere el monto del Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO). En los casos en que el contrato contemple alguna intervención tarifaria por parte del Concedente, se debe equilibrar el riesgo al Concesionario proporcionando las garantías adecuadas. En estos casos corresponde al Concedente asumir este riesgo. Debido al riesgo de politización de las tarifas, la regulación contractual debe limitar esta facultad del Concedente, pues de lo contrario se pueden introducir incentivos para no cobrar peaje, lo que afecta el nivel de cofinanciamiento, así como la cultura de pago de los usuarios.

En materia tarifaria, el contrato debe remitir al Reglamento de Tarifas del OSITRAN (RETA), norma que recoge la práctica regulatoria sobre tarifas del OSITRAN.

#### 4.1.2. Criterios para aspectos relativos al acceso a las facilidades esenciales

Algunas de las instalaciones que componen la infraestructura de transporte son facilidades esenciales para los operadores que compiten en la prestación de servicios. Debido a que la facilidad esencial es controlada por uno o pocos operadores y no es eficiente que sea replicada, el acceso a la misma debe ser regulado.

La regulación de acceso (en el mercado *upstream*) tiene por objetivo que se permita la competencia eficiente en el mercado final (o mercado *downstream*) donde esta es posible.

Los criterios que seguirá el OSITRAN para sus opiniones sobre acceso a facilidades esenciales son:

1. **Las reglas de acceso deben beneficiar, en última instancia, a los usuarios finales.** Las reglas de acceso de los contratos deben estar orientadas a generar bienestar a los usuarios finales por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtengan resultados similares a los de una situación competitiva.
2. **El contrato debe precisar los mercados que involucran facilidades esenciales.** El contrato debe especificar qué infraestructura es calificada como facilidad esencial, además de especificarse qué servicios se brindarán en tal instalación. No obstante, dicho listado de facilidades y servicios esenciales podrá ser modificado por el OSITRAN, de acuerdo a las condiciones de competencia en dichos mercados.
3. **Las reglas de acceso deben responder a los objetivos de la concesión.** Las reglas de acceso del contrato deben estar orientadas a alcanzar los objetivos de la concesión, y en mayor medida, si el mecanismo para disciplinar los precios al usuario final es el acceso competitivo.

Como regla general, el contrato debe remitir al Reglamento Marco de Acceso (REMA), norma que recoge la práctica regulatoria sobre acceso del OSITRAN. De establecerse excepcionalmente reglas de acceso específicas en el contrato, éstas deben ser claras; orientadas a permitir el acceso a las facilidades esenciales de una



infraestructura específica en igualdad de condiciones, evitando cualquier maniobra que impida, entorpezca o limite el acceso, sobre todo en caso de que el contrato permita que el usuario de la facilidad esencial esté económicamente vinculado al administrador de la infraestructura; dichas reglas deben de favorecer la implementación de mecanismos de negociación entre las partes.

#### 4.1.3. Criterios para temas de calidad del servicio

Las disposiciones tarifarias y de acceso, por sí solas, no tienen sentido: han de estar referidas a la prestación de servicios con una calidad específica que el Regulador deba estar en posición de supervisar efectivamente.

1. **El contrato debe remitir a características relevantes de calidad.** Las características exigidas en los contratos de concesión respecto de la calidad del servicio deberán responder a las necesidades de los usuarios, a fin de mejorar la eficiencia de las cadenas de transporte.
2. **El contrato debe remitir a indicadores objetivos de calidad.** Las características de los servicios que definen la calidad deben ser cuantificables de manera que permitan comparaciones a través del tiempo o con otras infraestructuras.
3. **El contrato debe tener indicadores reconocidos por el mercado.** Los indicadores de calidad, dependiendo del tipo de Infraestructura, deben estar alineados con las mejores prácticas internacionales o con los estándares existentes de organizaciones especializadas, en tanto estos existan.
4. **El contrato debe incorporar encuestas a los usuarios.** Los contratos deben contemplar un sistema, para obtener percepciones cualitativas sobre la calidad de los servicios por parte de los usuarios, mediante encuestas o similares.
5. **Los incumplimientos a los indicadores deben ser claramente observables.** Los posibles incumplimientos deben estar plenamente identificados como penalidades en el contrato, permitiendo al Regulador una aplicación transparente, predecible y eficaz de las medidas pertinentes.
6. **El contrato debe contemplar un pago para la supervisión y control de las actividades de la empresa contratada por el Regulador para la supervisión de obras.-** El pago antes señalado es necesario para la verificación de los estándares de calidad en la construcción y mantenimiento de la Infraestructura establecidos en el contrato.



#### 5. Lineamientos para la Modificación de Contratos

El marco legal vigente faculta al Concedente y al Concesionario a solicitar modificaciones a su Contrato de Concesión, siendo obligación del Regulador, emitir opinión sobre dicha solicitud. Aunque las partes que firman el contrato están de acuerdo en realizar la modificación, el Regulador debe asegurar que dicha modificación preserve el equilibrio entre los Usuarios, el Estado y los inversionistas, cautelando de manera imparcial y objetiva los intereses de estos actores.



## 5.1. Criterios generales sobre modificación de contratos

Las modificaciones se definen como un cambio en el texto original del Contrato de Concesión, las cuales pueden dividirse en dos tipos, a saber, sustanciales y no sustanciales.

Así, se define que una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos que afectan significativamente el equilibrio económico del contrato.

Una modificación es no sustancial cuando su objeto es corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del Contrato de Concesión, que no comprometen el equilibrio económico-financiero del mismo. Este tipo de solicitudes sólo requieren que se acredite el o los elementos no sustanciales que deben ser modificados con el objeto de que el contrato goce de mayor claridad.

De otro lado, debe señalarse que el Regulador sólo opinará sobre modificaciones que hayan sido acordadas entre concedente y concesionario, a fin de agilizar dicho proceso, evitando adicionalmente que cualquiera de las partes haga un uso interesado de este.

Asimismo, como regla general salvo excepciones debidamente justificadas, el Regulador emitirá opinión negativa sobre aquellas modificaciones que tengan por objeto alterar los resultados del concurso mediante el cual el concesionario obtuvo la buena pro de la concesión, esto es, aquellas que pretendan modificar los resultados del factor de competencia. Por ejemplo, modificaciones del pago por mantenimiento y operación, pago por obras, monto de Inversiones, tarifas, retribución o garantías.

## 5.2. Criterios sobre situaciones contractuales frecuentes objeto de adendas

Pueden propiciar las modificaciones de contratos, entre otras, las siguientes situaciones:

- Necesidad de adelanto de inversiones
- Posibilidad de extensión del plazo de la concesión
- Cambios en las condiciones del mercado o por innovación tecnológica
- Condiciones para la obtención de la estructuración financiera
- Otorgar operatividad al contrato de concesión y corrección de errores materiales.
- Cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable

A continuación, se exponen los criterios para cada una de las circunstancias mencionadas.

### 5.2.1. Criterios para adendas sobre adelanto de inversiones

En las concesiones autosostenibles, existen casos en los cuales el concesionario tiene la obligación de ejecutar una obra en un plazo determinado, establecido en el contrato, y el concedente tiene la necesidad de que esa obra se ejecute antes del plazo previsto. En dicho supuesto, es probable que ello implique el reconocimiento de determinada compensación a favor del concesionario.



1. La solicitud debe justificar y sustentar técnica y económicamente la necesidad del adelanto de la ejecución de las inversiones, proporcionando la información necesaria para que el Regulador pueda evaluar su conveniencia.
2. Si dicho adelanto significa una compensación a favor del Concesionario, el monto de la compensación debe ser tal que se mantenga el equilibrio económico financiero del Contrato. Para tal efecto, se deberá comparar la situación de la concesión en los distintos escenarios, esto es, el valor actual neto de la situación primigenia versus el valor actual neto del escenario con adelanto de inversiones.

### 5.2.2. Criterios para adendas que extiendan el plazo de la concesión

Los contratos de concesión contemplan la posibilidad de ampliar el plazo de la concesión. El Regulador aplicará los siguientes criterios generales para evaluar y opinar sobre las solicitudes de adenda que busquen ampliar el plazo de la concesión:

1. El Regulador evaluará las solicitudes considerando si el Concesionario ha logrado cumplir con los objetivos de la concesión de acuerdo al plazo transcurrido de la misma. Para evaluar dicho cumplimiento, es necesario medir los resultados de la concesión, para lo cual se requiere la formulación de determinados indicadores acordes a cada negocio.
2. La solicitud de extensión de plazo de la concesión debe incorporar los siguientes indicadores:

- a. Indicadores financieros y económicos, los cuales deben dar cuenta del uso eficiente de los recursos como consecuencia de la gestión de la concesión.
- b. Indicadores operativos, los cuales deben demostrar que la contribución del concesionario a la mejora de la eficiencia de la cadena logística supera las obligaciones contractuales. Dichos indicadores deben de incluir los aspectos de seguridad.
- c. Indicadores respecto de la calidad, que deben incluir encuestas de satisfacción a los usuarios, la revisión de reclamos presentados y los resultados de las controversias presentadas.
- d. Indicadores respecto del acceso, que deberán medir los resultados con relación al acceso a las facilidades esenciales, lo que incluye pero no se limita a: número de competidores, cargos de acceso y condiciones de acceso.
- e. Indicadores sobre la conducta del concesionario, que deberán medir la conducta del concesionario con respecto al cumplimiento del contrato incluyendo tanto aspectos positivos (mejoras y/o entrega de prestaciones adicionales a los compromisos contractuales, entre otros) como aquellos aspectos potencialmente negativos (historial de infracciones, multas, penalidades, conductas anticompetitivas con relación a las normas vigentes, entre otros).



### 5.2.3. Criterios para adendas debido a cambios en las condiciones del mercado o por innovaciones tecnológicas

Dado que los contratos de concesión tienen una duración de más de 20 años y dada la naturaleza dinámica de las concesiones, es posible que cambios en las condiciones de los mercados donde operan los concesionarios (que incluya aspectos relacionados al área de la concesión, oportunidad para la provisión de servicios complementarios) y/o la innovación tecnológica fuercen a que el contrato original deba adaptarse a las nuevas circunstancias. Ante tales situaciones, el Regulador aplicará el siguiente criterio:

1. **La solicitud debe comprobar cuantitativamente que existe una relación de causalidad entre los cambios exógenos y el impacto en el desarrollo de la concesión. El Regulador evaluará la magnitud de los cambios y sus efectos en la concesión; además se deberá descartar que la posible afectación de la concesión se deba a otras razones, tales como una gestión ineficiente.**

### 5.2.4. Criterios para adendas debido a la obtención de la estructuración financiera

El diseño inicial del contrato de concesión supone la obtención de la estructuración financiera sobre la base de determinadas condiciones del mercado y bajo ciertos requisitos preñados los cuales por causas no atribuibles al concesionario o a su oferta económica podrían resultar un obstáculo insalvable a la banca de inversión o entidad calificada como acreedor permitido vinculada al cierre financiero.

1. **La solicitud debe estar fundamentada en: (i) la imposibilidad de realizar el cierre financiero bajo las condiciones existentes; (ii) el modelo matemático de la Concesión debe incorporar los posibles cambios en los plazos para la estructuración, las garantías, fideicomisos u otros que estén estipulados en el Contrato de forma tal que se señale claramente su efecto y la imposibilidad de financiamiento; (iii) el acreedor permitido del cual depende el cierre financiero, debe respaldar la solicitud, incluidos los puntos anteriores, explicando las razones por las cuales su institución requiere los cambios al contrato; (iv) si no existe todavía acreedor permitido, el concesionario debe demostrar que por lo menos dos entidades, que cumplan con los requisitos establecidos en el contrato para ser acreedores permitidos, son de igual opinión. Dicha opinión debe pronunciarse sobre los puntos (i) y (ii).**
2. **En ningún caso, las variables a modificar para alcanzar el cierre financiero deben haber formado parte del factor de competencia, es decir no pueden ser las presentadas por el Concesionario en la subasta.**

### 5.2.5. Otorgar operatividad al contrato y corrección de errores.

Quando se determine que existan fallas, contradicciones o imposibilidades materiales en el contrato de concesión tales que dificulten o imposibiliten su ejecución, produzcan distorsiones o ineficiencias en el funcionamiento de los mercados de infraestructura de transporte de uso público, se podrán realizar adendas para subsanar tales



situaciones, en tanto se traten de modificaciones no sustanciales al contrato de concesión.

1. El Regulador evaluará y verificará que los cambios propuestos viabilicen la ejecución de la concesión, permitiendo el cumplimiento de obligaciones para el concesionario o concedente que de otra manera no se hubiera logrado. Ello supone que las modificaciones propuestas solo afectarán variables exógenas a las partes, cuestión que será revisada por el Regulador a fin de evitar comportamientos estratégicos de alguna de las partes.
2. Las adendas para otorgar operatividad al contrato o corregir errores no deben de modificar el equilibrio de la concesión, ni producir impactos económicos.

### 5.2.6. Cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable

El equilibrio económico financiero consiste en la equivalencia o ecuación que se ha establecido a través del contrato de concesión, es decir, una equivalencia entre las obligaciones, derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las partes involucradas en la concesión. Los contratos de concesión, ante el supuesto de cambios en la normatividad aplicable, contemplan cláusulas que restauran el equilibrio económico financiero. Ante solicitudes de adendas por cambios en la normatividad aplicable, se deberá recibir toda la información necesaria para calcular el impacto de dichos cambios, así como el resultado económico y financiero del mismo. En tales solicitudes, el Regulador considerará los siguientes criterios.

1. Como norma general, un cambio normativo no implica necesariamente una modificación contractual.
2. El impacto de los cambios normativos están previstos en las cláusulas de equilibrio económico financiero de los contratos de concesión. El Regulador se pronunciará: primero, si se ha producido una ruptura del equilibrio económico financiero; y, segundo, si las propuestas de las partes restablecen el equilibrio inicial del contrato.

## 6. Lineamientos para la Interpretación de Contratos

La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión apreciando la voluntad manifiesta y declarada de las partes, dando claridad al texto, estableciendo sus alcances y permitiendo su aplicación, a fin de entregar una acepción unívoca.

El marco legal vigente establece la facultad del Regulador de interpretar los contratos de concesión. La interpretación puede originarse de oficio, a pedido del Concesionario, del Concedente o de los terceros legítimamente interesados, en cuyo caso, requieren acreditar fehacientemente tal condición, en relación a la interpretación que solicita.



## 6.1. Criterios para la admisibilidad de solicitudes de interpretación de contratos

Los criterios que el OSITRAN tomará en cuenta para admitir solicitudes de interpretación de un contrato de concesión son, entre otros:

1. La existencia de un vacío contractual que no permita identificar con exactitud las obligaciones de alguna de las partes.
2. La existencia de un vacío contractual que no permita conocer las consecuencias o sanciones que acarrea el incumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión.
3. La existencia de un vacío contractual generado por la inexistencia de procedimientos y/o indicadores necesarios para la verificación del cumplimiento de las obligaciones señaladas en el contrato de concesión.
4. La existencia de un vacío contractual generado por la existencia de contradicción entre las distintas cláusulas del contrato de concesión.

## 6.2. Métodos para la Interpretación

En el derecho se han establecido diversos métodos para la Interpretación de contratos; el OSITRAN considerará la aplicación de los siguientes métodos interpretativos de contratos de concesión, así como aquellos que la jurisprudencia haya previsto.

Los métodos que el OSITRAN empleará serán, entre otros:



**Método literal:** Consiste en averiguar lo que la disposición contractual denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se haya producido la cláusula, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso se requiere dilucidar cuál de los dos significados es el pertinente.

2. **Método sistemático por comparación:** Consiste en atribuir a la disposición contractual bajo interpretación, los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras cláusulas, considerando que el contrato es un sistema armónico de cláusulas que forman un todo, en el cual, sus partes deben ser concordantes. Sin embargo, no puede compararse una disposición contractual de carácter general con una especial, produciéndose la única salvedad, cuando la disposición de carácter especial no haga excepción a los principios que subyacen a la cláusula general. Asimismo, tampoco es aplicable este método a las cláusulas prohibitivas así como aquellas que establezcan sanciones.



3. **Método histórico:** Consiste en averiguar el contenido de una disposición contractual, recurriendo al contenido que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a las cláusulas contractuales de que se trate, así como de normas directamente vinculadas.

4. **Método lógico:** Utiliza las reglas de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma, para lo cual se aplican cuatro reglas: (I) el que puede lo más puede lo menos, (II) quien no puede lo menos tampoco puede lo más;



(iii) la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás; y (iv) la inclusión de un caso supone también la de un caso similar.

### 6.3. Criterios para la Interpretación de contratos de concesión

Los métodos enunciados en el punto anterior se aplicarán en primer lugar al contrato de concesión y a los anexos que forman parte del mismo; de ser necesario, también se considerarán las Bases de Licitación y las Circulares emitidas en el marco del proceso de concesión, siempre que no contradigan a los establecido en el contrato.

De conformidad a los principios extrapolables señalados en el Código Civil para la interpretación del acto jurídico, el Regulador aplicará los siguientes criterios para la interpretación de los contratos de concesión:

1. **El Regulador empleará el principio jurídico de la buena fe objetiva, dará al texto el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso, asumiendo la buena fe de las partes. La interpretación busca descubrir qué quisieron las partes en común y no qué quiso cada uno en su fuero interno. Por tanto, para que las cláusulas tengan un efecto primará el "principio de conservación del acto jurídico", según el cual entre dos posibles interpretaciones, una que mantiene los efectos del contrato y otra que lo deja sin efecto, deberá preferirse aquella que favorezca su vigencia.**
2. **El Regulador interpretará el contrato de manera sistemática, considerará el contrato como unidad y teniendo en cuenta que las cláusulas se interrelacionan entre sí, a fin de tener un todo consistente.**
3. **El Regulador interpretará el contrato de manera finalista, considerará que la finalidad que los sujetos persiguen cuando contratan es la obtención de algún resultado práctico, algún fin económico o social, requiriéndose de la recíproca lealtad entre las partes para alcanzarlo. En tal sentido, si alguna cláusula presenta varios sentidos (expresiones ambiguas), en la duda, deberá entenderse aquella que se encuentre más conforme a la naturaleza y objeto del acto, así como a la finalidad perseguida por el agente o agentes.**



## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

El ordenamiento jurídico establece que es función de los Organismos Reguladores emitir opinión respecto al diseño final de los proyectos de contrato de asociación público-privada, iniciativas privadas que se financien con tarifas de servicio público, propuestas de renegociación y revisión de los contratos de asociación público privada ya suscritos. Asimismo, es función principal de OSITRAN, Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

La Ley Marco de Asociaciones Público- Privadas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1012, -en adelante Ley de APP- y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, -en adelante Reglamento de la Ley de APP- establecieron los principios, procesos y atribuciones del Sector Público para la evaluación, implementación y operación de Infraestructura Pública o la prestación de servicios públicos, con la participación del sector privado; así como el marco general aplicable a las iniciativas privadas.

Con el fin de establecer los criterios y principios que el regulador tomará para la emisión de sus opiniones técnicas e interpretaciones, OSITRAN publicó los Lineamientos para la Interpretación de Propuestas de Modificación de Contratos de Concesión, aprobados por acuerdo del Consejo Directivo del OSITRAN N° 567-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, así como a los Lineamientos para la Emisión de Opinión Técnica sobre Proyectos de Contratos de Concesión, aprobados mediante Acuerdo del Consejo Directivo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN de fecha 12 de marzo de 2008. Sin embargo, dadas las nuevas lecciones aprendidas y los cambios normativos producidos, resulta pertinente comprender en un solo instrumento ambos Lineamientos, incorporando la experiencia adquirida por el Regulador en la administración de los contratos de concesión, así como los principios, criterios, y cambios normativos correspondientes.



## **II. ASPECTOS PRINCIPALES DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA EMISIÓN DE OPINIÓN DE LOS PROYECTOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y LA MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS**

Entre los principios generales que el OSITRAN aplicará, se encuentran::

- Principio de asignación de riesgo
- Principio de equilibrio
- Principio de no discriminación
- Principio de costo-beneficio
- Principio de transparencia
- Principio de preservación del bienestar de los usuarios
- Principio de protección del interés público
- Principio de libre acceso
- Principio de neutralidad
- Principio de equilibrio entre la libre competencia y promoción de la inversión privada
- Principio de predictibilidad
- Principio de autonomía
- Principio de eficiencia
- Principio de celeridad
- Principio de contraprestación
- Principio de salvaguardia de la naturaleza de la concesión
- Principio de equidad

Sin embargo, en la práctica regulatoria, no se puede pretender aplicar todos ellos en igual medida, existiendo situaciones en las que se pueden presentar conflictos entre los principios. Por tanto, en esos casos el Regulador tiene la tarea de hacer prevalecer unos sobre otros con la finalidad de alcanzar el mayor bienestar posible para la sociedad.



## **II.1. Lineamientos generales para la Opinión de Nuevos Contratos**

OSITRAN para emitir su opinión sobre nuevos contratos se referirán a los aspectos en los que ésta es legalmente vinculante: temas tarifarios, de acceso y de calidad del servicio. Lo anterior no restringe a que el OSITRAN pueda emitir opinión, de manera no vinculante, sobre otros aspectos que considere relevantes.

### **II.1.1. Criterios generales para aspectos tarifarios**

Muchos de los servicios que los concesionarios de infraestructuras de transporte brindan, tienen características de monopolio natural, por lo que en ausencia de regulación tarifaria, se prestarían en condiciones que no disciplinan el comportamiento del operador.

La regulación tarifaria pretende simular el resultado que se obtendría si el servicio se prestara bajo condiciones adecuadas de competencia. De esta forma, las tarifas deben ser suficientes para que el operador de la infraestructura recupere los costos económicos de su actividad, lo que le proporciona incentivos a invertir. No obstante, la tarifa máxima regulada deberá ser lo más cercana posible al costo mínimo eficiente. De esta manera, los usuarios no pagan más de lo que pagarían si el mercado funcionase de manera competitiva.

En aquellos servicios en cuyos mercados existan características que disciplinan el comportamiento del operador, la regulación tarifaria no debería existir, o debería ser dejada sin efecto, mientras estén presentes dichas características.

### **II.1.2. Criterios generales para aspectos relativos al acceso a las facilidades esenciales**

Algunas de las instalaciones que componen la infraestructura de transporte son facilidades esenciales para los operadores que compiten en la prestación de servicios. Debido a que la facilidad esencial es controlada por uno o pocos



operadores y no es eficiente que sea replicada, el acceso a la misma debe ser regulado.

La regulación de acceso (en el mercado upstream) tiene por objetivo que se permita la competencia eficiente en el mercado final (o mercado downstream) donde esta es posible.

### **II.1.3. Criterios generales para temas de calidad del servicio**

Las disposiciones tarifarias y de acceso, por sí solas, no tienen sentido: han de estar referidas a la prestación de servicios con una calidad específica que el Regulador debe estar en posición de supervisar efectivamente.

## **II.2. Lineamientos para la Modificación de Contratos**

El marco legal vigente faculta al Concedente y al Concesionario a solicitar modificaciones a su Contrato de Concesión, siendo obligación del Regulador, emitir opinión sobre dicha solicitud. Aunque las partes que firman el contrato están de acuerdo en realizar la modificación, el Regulador debe asegurar que dicha modificación preserve el equilibrio entre los Usuarios, el Estado y los Inversionistas, cautelando de manera imparcial y objetiva los intereses de estos actores.

### **II.2.1. Criterios generales sobre modificación de contratos**

Las modificaciones se definen como un cambio en el texto original del Contrato de Concesión, las cuales pueden dividirse en dos tipos, a saber, sustanciales y no sustanciales.

Así, se define que una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos que afectan significativamente el equilibrio económico del contrato.

Una modificación es no sustancial cuando su objeto es corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de



contenidos del Contrato de Concesión, que no comprometen el equilibrio económico-financiero del mismo. Este tipo de solicitudes sólo requieren que se acredite el o los elementos no sustanciales que deben ser modificados con el objeto de que el contrato goce de mayor claridad.

De otro lado, debe señalarse que el Regulador sólo opinará sobre modificaciones que hayan sido acordadas entre concedente y concesionario, a fin de agilizar dicho proceso, evitando adicionalmente que cualquiera de las partes haga un uso interesado de este.

Asimismo, como regla general salvo excepciones debidamente justificadas, el Regulador emitirá opinión negativa sobre aquellas modificaciones que tengan por objeto alterar los resultados del concurso mediante el cual el concesionario obtuvo la buena pro de la concesión, esto es, aquellas que pretendan modificar los resultados del factor de competencia. Por ejemplo, modificaciones del pago por mantenimiento y operación, pago por obras, monto de inversiones, tarifas, retribución o garantías.

### II.3. Lineamientos para la Interpretación de Contratos

La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión apreciando la voluntad manifiesta y declarada de las partes, dando claridad al texto, estableciendo sus alcances y permitiendo su aplicación, a fin de entregar una acepción unívoca.

El marco legal vigente establece la facultad del Regulador de interpretar los contratos de concesión. La interpretación puede originarse de oficio, a pedido del Concesionario, del Concedente o de los terceros legítimamente interesados, en cuyo caso, requieren acreditar fehacientemente tal condición, en relación a la interpretación que solicita.

