

INFORME N° 00063-2020-IC-OSITRAN
(GRE-GAJ)

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/06/2020
10:11:18 -0500

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/06/2020
11:08:50 -0500

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente de General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Informe de justificación del “Procedimiento aplicable a las solicitudes de incremento de tarifas máximas formuladas por el Concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión”

Fecha : 05 de junio de 2020

I. OBJETO

1. Es materia del presente informe pronunciarse respecto de la necesidad de contar con un procedimiento aplicable a las solicitudes de incremento de tarifas máximas que formule el concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión.

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Oficio N° 1805-2020-MTC, recibido el 13 de mayo de 2020, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones hace de conocimiento de este Regulador, que la sociedad concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. ha solicitado el apoyo del Concedente en el marco de la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión, la cual indica que: *“Cuando ocurra cualquiera de los Eventos de Fuerza Mayor estipulados en la Cláusula 13.3.1 y se prevea que sus efectos continuarán por un período mayor de seis (6) meses, en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario, el Concedente de manera expeditiva optará por: i) Actuando a través de OSITRAN, permitir un incremento transitorio de las Tarifas Máximas; y/o, ii) Permitir una prórroga apropiada de la Vigencia de la Concesión; y/o iii) Permitir cualquier otra medida que el Concedente considere conveniente”.*
3. En dicho contexto, a través del citado oficio, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicita al Ositrán le comunique el procedimiento que se seguiría para activar e implementar el apoyo del Concedente al Concesionario a través de un incremento transitorio de las tarifas máximas conforme a lo dispuesto en la cláusula 13.3.1 del Contrato de Concesión.
4. Mediante Informe N° 0061-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), de fecha 29 de mayo de 2020, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica emitieron opinión con relación a la necesidad de aprobar el procedimiento aplicable a las solicitudes de incremento de tarifas máximas que formule el

Firmado por: ZAMORA BARBOZA
Martha Isabel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/06/2020 10:25:19 -0500

Firmado por: CALDAS CABRERA
Doris Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 05/06/2020 09:58:35 -0500

Concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión. En la sesión del Consejo Directivo de fecha 01 de junio de 2020, dicho colegiado tomó conocimiento del referido Informe, y luego del respectivo análisis solicitó que se realicen incorporaciones al mismo, las cuales se encuentran recogidas en el presente documento.

III. ANÁLISIS

III.1. Marco contractual y normativo

5. El Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y Lima Airport Partners S.R.L. establece en su cláusula 13.3 lo siguiente:

“13.3. Apoyo del Concedente. Cuando ocurra cualquiera de los Eventos de Fuerza Mayor estipulados en la Cláusula 13.1 y se prevea que sus efectos continuarán por un período mayor de seis (6) meses, en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario, el Concedente¹⁶ de manera expeditiva optará por:

13.3.1 Actuando a través de OSITRAN, permitir un incremento transitorio de las Tarifas Máximas; y/o

13.3.2 Permitir una prórroga apropiada de la Vigencia de la Concesión;
y/o

13.3.3 Permitir cualquier otra medida que el Concedente considere conveniente.”

[Nota a pie de página omitida]

6. La citada cláusula contempla como mecanismo de Apoyo del Concedente a Lima Airport Partners S.R.L. por un evento de Fuerza Mayor previsto en la cláusula 13.1 del Contrato de Concesión que, actuando a través del Ositrán, se permita un incremento transitorio de las tarifas máximas; sin embargo, la citada cláusula no desarrolla el procedimiento específico que debe seguirse para determinar dicho incremento de tarifa.
7. Cabe señalar también que, el literal 13.3. del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani firmado entre el Estado Peruano y Terminal Internacional del Sur S.A, establece lo siguiente:

“13.3. Apoyo del Concedente. Cuando ocurra un Evento Especial de Fuerza Mayor, y continúe por un período mayor de seis (6) meses, en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario, el Concedente optará por una o más de las siguientes alternativas:

(...)

13.3.2 OSITRAN podrá permitir un incremento apropiado de las Tarifas Máximas; y/o

(...)”

8. De igual forma, en la cláusula citada se prevé que, a opción del Concedente, como mecanismo de apoyo por fuerza mayor, Ositrán permita un incremento apropiado de las tarifas máximas; sin embargo, dicho contrato tampoco desarrolla un procedimiento específico que deba seguirse para determinar dicho incremento de tarifa.
9. Al respecto, de acuerdo con el literal c) del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y sus modificatorias, los Organismos Reguladores cuentan con función normativa, la

cual comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

10. Asimismo, de acuerdo con el literal b) de dicha Ley, los Organismos Reguladores ejercen función reguladora, la cual comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
11. Por su parte, la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, que dispone la creación del Ositrán, establece en su artículo 3, que este Organismo Regulador 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, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.
12. Adicionalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6.2 de la Ley N° 26917, las atribuciones reguladoras y normativas de Ositrán comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios. Asimismo, de conformidad con el artículo 7 de la citada Ley, Ositrán tiene entre sus principales funciones operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, fijando las tarifas y estableciendo reglas para su aplicación en el caso que no exista competencia en el mercado; velando por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias en el caso que exista un contrato de concesión; y, velando por el libre funcionamiento del mercado cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias en los contratos de concesión.
13. Para el ejercicio de su función reguladora, resulta de imperativo cumplimiento para el Ositrán lo dispuesto en la Ley N° 27838 - Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas. Dicha norma establece determinadas disposiciones orientadas a garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, y aplicando mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas.
14. Así, entre otros aspectos, la citada Ley N° 27838, establece la obligación del Ositrán de fijar un procedimiento para la determinación de las tarifas, en el cual se debe contemplar, entre otros aspectos, las unidades orgánicas que intervienen y sus atribuciones, los plazos perentorios de las actividades, una etapa de prepublicación de la propuesta tarifaria, fechas de las audiencias públicas, y la aplicación del recurso impugnatorio. Asimismo, la Ley N° 27838 ha determinado que en todo momento se garantice la transparencia de la información y de las resoluciones emitidas a través de su publicación en la página web y/o en el diario oficial El Peruano.
15. En aplicación de lo dispuesto en la Ley N° 27838, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN se aprobó el Reglamento General de Tarifas del Ositrán (en adelante, RETA), modificado mediante Resoluciones de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN y N° 003-2012-CD-OSITRAN. El RETA regula, entre otros, los procedimientos que llevará a cabo el Ositrán para la fijación, revisión y desregulación de las tarifas, sea a pedido de las Entidades Prestadoras o de oficio.

Dichos procedimientos, de acuerdo con los plazos previstos para cada etapa pueden durar entre nueve y doce meses.

16. Al respecto, como se ha indicado previamente, existen contratos de concesión que contienen un régimen de apoyo en casos de fuerza mayor, en los cuales, a opción del Concedente, el Ositrán permite el incremento de tarifas máximas. Sobre el particular, teniendo en cuenta el contexto en el cual se produciría dicho incremento de tarifas máximas -en el marco de un mecanismo de apoyo del Concedente ante un evento de fuerza mayor-, el procedimiento que se encuentra desarrollado en el RETA no resultaría idóneo debido a la extensión de los plazos previstos en dicha norma.
17. Siendo ello así, resulta necesario establecer un procedimiento célere para los casos específicos en los cuales, los contratos de concesión contemplen que, a opción del Concedente, Ositrán permita un incremento de tarifas máximas como mecanismo de apoyo del Concedente ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor. Asimismo, dicho procedimiento debe contemplar necesariamente las garantías mínimas establecidas en la Ley N° 27838, las cuales -como se ha indicado previamente- son de observancia obligatoria para la determinación de las tarifas que realice el Ositrán.

III.2. Propuesta normativa

18. El “Procedimiento aplicable a las solicitudes de incremento de tarifas máximas formuladas por el Concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión” (en adelante, el Procedimiento) se encuentra conformado por dos (2) títulos, diez (10) artículos y una (1) disposición final.

Objeto del Procedimiento

19. El objeto de la norma es establecer disposiciones que regulen los aspectos procedimentales de las solicitudes del concedente sobre incrementos de tarifas máximas ante la ocurrencia de eventos de fuerza mayor, como mecanismo de apoyo por fuerza mayor del Concedente a la Entidad Prestadora previsto por los contratos de concesión.

Ámbito de aplicación del Procedimiento

20. El Procedimiento establece expresamente que su ámbito de aplicación se circunscribe a los contratos de concesión que contienen un régimen de apoyo del concedente por fuerza mayor que, bajo determinadas condiciones contractualmente definidas, otorgan al Concedente la opción de brindar su apoyo permitiendo un incremento de las tarifas máximas.
21. Es decir, el Procedimiento sólo se aplicará en aquellos casos en que el respectivo contrato de concesión ponga a disposición del Concedente la opción de incrementar las tarifas máximas ante la producción de eventos de fuerza mayor. Asimismo, se precisa que el Procedimiento es de aplicación supletoria a los contratos de concesión.

Solicitud del Concedente

22. De acuerdo con lo establecido en el Procedimiento, este se inicia a solicitud del Concedente. Ello, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en los contratos de concesión, es a opción del Concedente que, como mecanismo de apoyo por fuerza mayor a las Entidades Prestadoras, el Ositrán permite un incremento de las tarifas máximas.

23. Asimismo, en el Procedimiento se precisa la información que como mínimo debe presentar el Concedente como parte de su solicitud. Así, se establece que el Concedente deberá indicar que ha decidido optar por el mecanismo de apoyo por fuerza mayor relativo al incremento de las tarifas máximas; que se han cumplido los presupuestos contractuales y legales para que se configure dicho apoyo; e, indicar los otros mecanismos de apoyo por fuerza mayor que ha decidido aplicar el Concedente según lo previsto en el contrato de concesión. Adicionalmente, se señala que la solicitud del Concedente deberá adjuntar el modelo de la Entidad Prestadora en el que se demuestre que el incremento de tarifas máximas es necesario para salvaguardar el equilibrio económico financiero del contrato de concesión, dados los otros mecanismos que el Concedente ha decidido aplicar en el marco del apoyo por fuerza mayor.
24. Sin embargo, se precisa que, en cualquier momento del procedimiento, el Ositrán puede requerir al Concedente o el Concesionario la información que sea necesaria para el ejercicio de su función reguladora, entre otros, información sobre proyección de la demanda que será atendida por la Entidad Prestadora, estructura de financiamiento y una proyección de los ingresos y costos que enfrentará la concesión.

Aspectos procedimentales

25. De conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 27838, el Procedimiento identifica claramente las unidades orgánicas que intervendrán en el procedimiento de fijación del incremento de tarifas máximas (la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Asesoría Jurídica, la Gerencia General y el Consejo Directivo), así como las atribuciones de cada una de ellas y los plazos asignados para su pronunciamiento respecto a las materias de su competencia.

Evaluación del incremento de tarifas máximas a cargo del Ositrán

26. En el Procedimiento se prevé que el Ostrán evaluará el incremento de las tarifas máximas, precisándose que dicha evaluación debe salvaguardar el equilibrio económico financiero del contrato de concesión. Cabe añadir también que, en el procedimiento se señala de manera expresa que son de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en el RETA, en tanto no contravenga el procedimiento. Así resultan de aplicación, entre otros, los principios recogidos en dicha reglamentación que constituyen límites y lineamientos al ejercicio de la función reguladora del Ositrán, tales como: los principios de sostenibilidad de la oferta, eficiencia, costo-beneficio, entre otros; de manera concordante con los demás principios que rigen la actuación de este Organismo Regulador.

Participación de los interesados

27. En línea con la Ley N° 27338, se contempla una etapa de prepublicación de la propuesta tarifaria, otorgándose un plazo mínimo de quince (15) días hábiles para la recepción de comentarios por parte de los interesados respecto a dicha propuesta. Asimismo, de conformidad con el artículo 7 de la Ley N° 27838, el Procedimiento establece una etapa para la celebración de una audiencia pública, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo establecido para la recepción de comentarios por parte de los interesados.

Publicidad de las resoluciones emitidas en el marco del procedimiento de incremento de tarifas máximas

28. El tercer párrafo de la Ley N° 27838 establece que la resolución que fija las tarifas reguladas, su exposición de motivos debe ser publicada en el diario oficial El Peruano, bajo sanción de nulidad. Asimismo, el segundo párrafo de la Ley N° 27838 establece que el Organismo Regulador deberá prepublicar, en su página web institucional y en el diario oficial “El Peruano”, el Proyecto de Resolución que fije la tarifa regulada con una antelación no menor de quince (15) días hábiles.
29. Estando a lo anterior, el Procedimiento contiene disposiciones que aseguran la publicación de las resoluciones que emita el Ositrán en el marco del procedimiento tarifario, así como de los demás documentos e información exigidos por la Ley N° 27338, en el diario oficial “El Peruano”, así como en su Portal Institucional.

Medios impugnatorios

30. El Procedimiento indica expresamente que frente a la resolución que emita el Ositrán determinando el incremento de la tarifa o que ponga fin al procedimiento, procede la interposición del recurso de reconsideración, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y la Ley N° 27838. Asimismo, en concordancia con lo establecido en numeral 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, el Procedimiento indica que el Consejo Directivo del Ositrán cuenta con un plazo de treinta (30) días hábiles para resolver el recurso de reconsideración interpuesto.

Aplicación supletoria del Reglamento General de Tarifas del Ositrán

31. Finalmente, como se ha mencionado previamente, en el Procedimiento se señala de manera expresa que resulta de aplicación supletoria las disposiciones del RETA, en todo aquello que no contravenga lo dispuesto en el Procedimiento.

III.4. Prepublicación de la norma

32. De conformidad con el artículo 15 del REGO, constituye requisito para la aprobación y modificación de los reglamentos, normas y regulaciones de alcance general que dicte el Ositrán, que sus respectivos proyectos hayan sido previamente publicados en el diario oficial “El Peruano”, en el Portal Institucional del Ositrán (www.ositran.gob.pe) o algún otro medio que garantice su difusión, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados en un plazo no menor de quince (15) días calendario.
33. En línea con ello, se propone la prepublicación de la norma para comentarios de los interesados por un plazo de quince (15) días.
34. Al respecto, cabe indicar que se encuentra suspendido el cómputo de plazos para los procedimientos de cualquier índole -incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales- que se tramiten en entidades del Sector Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020, suspensión prorrogada por el numeral 12.1 del artículo 12 del Decreto de Urgencia N° 053-2020, y por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, hasta el día 10 de junio del presente año.

35. Asimismo, en el numeral 12.2 del artículo 12 del Decreto de Urgencia N° 053-2020 se faculta a las entidades públicas a aprobar mediante resolución de su titular, el listado de procedimientos exceptuados de dicha suspensión.
36. Teniendo en cuenta lo expuesto, para el caso del presente procedimiento de emisión de normas, es necesario exceptuarlo de la referida suspensión lo que permitirá culminar con la etapa de participación de los interesados y posterior emisión del procedimiento aplicable al régimen de apoyo del Concedente en casos de fuerza mayor.
37. Considerando que a la fecha no se han realizado excepciones a la suspensión del cómputo de plazos y que el titular de la entidad preside el Consejo Directivo, resulta razonable realizar la excepción aplicable al presente procedimiento de emisión de normas a través de dicha instancia, acorde con el principio de celeridad establecido en el numeral 9.13 del artículo 9 del REGO y en el numeral 1.9 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

III.5. Análisis de Calidad Regulatoria y de Impacto Regulatorio

38. Adicionalmente, cabe mencionar que, por tratarse de un procedimiento regulatorio el proyecto normativo se encuentra en las excepciones contenidas en literal 18.3 del artículo 18 del Decreto Supremo N° 061-2019-PCM, el cual indica que no se encuentran comprendidos en el Análisis de Calidad Regulatoria, las disposiciones normativas emitidas por los organismos reguladores que establezcan procedimientos administrativos referidos a su función reguladora.
39. De otro lado, si bien se trata de una norma de carácter general, al tratarse de un procedimiento aplicable a un régimen excepcional por fuerza mayor que requiere de un procedimiento célere, para la emisión de la norma no se está aplicando el Procedimiento de elaboración y revisión de normas en el marco del análisis de impacto regulatorio (PC-15-SGC), que forma parte del sistema de gestión de la calidad del Regulador.

III.5. Análisis de costo beneficio

40. En mérito de la propuesta normativa, se ha efectuado un Análisis de costo beneficio cualitativo con la finalidad de evidenciar los beneficios que conlleva su implementación tanto para las Entidades Prestadoras, los usuarios finales e intermedios, así como para el Ositrán. Dicho análisis se encuentra desarrollado en la Exposición de motivos del Procedimiento.

IV. CONCLUSIÓN

41. El análisis de la propuesta "Procedimiento aplicable a las solicitudes de incremento de tarifas máximas formuladas por el Concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión" se encuentra dentro de las competencias conferidas a Ositrán y salvaguarda el respeto irrestricto a las garantías establecidas en la Ley N° 27838.

V. RECOMENDACIÓN

42. Se recomienda al Consejo Directivo disponer la publicación para comentarios del Proyecto de "Procedimiento aplicable a las solicitudes de incremento de tarifas máximas formuladas por el Concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor

estipulado en los contratos de concesión” y establecer un plazo de quince días calendario para la recepción de comentarios de los interesados. Asimismo, se recomienda exceptuar el presente procedimiento de emisión de norma de la suspensión de plazos dispuesta mediante el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020 y sus ampliaciones dispuestas mediante el Decreto de Urgencia N° 053-2020 y el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, en aplicación de lo dispuesto numeral 12.2 del artículo 12 del Decreto de Urgencia N° 053-2020.

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios
Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2020037152