

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

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. 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.

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.

En línea con ello, de acuerdo con el artículo 5 del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, este Organismo Regulador tiene entre otros objetivos, el cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura de Transporte de Uso Público bajo su competencia; así como garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos relativos a la explotación de la Infraestructura.

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 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.

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.

Así, entre otros aspectos, la citada Ley N° 27838 establece la obligación del Ositrán de fijar un procedimiento para la determinación de las tarifas, el cual contemple, 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 a través del acceso de los interesados a los documentos que constituyan sustento de las resoluciones emitidas y la publicación de estas en la página web institucional y en el diario oficial El Peruano.

En aplicación de lo dispuesto en la Ley N° 27838, y en ejercicio de su función normativa, 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

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 15:40:00 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 15:13:11 -0500

Visado por: ZAMORA BARBOZA
Martha Ysabel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 14:48:08 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 14:35:37 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 14:28:57 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 14:23:47 -0500

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.

Ahora bien, Ositrán ha advertido que existen contratos de concesión que contienen un régimen de apoyo en casos de fuerza mayor, en los cuales, a opción del Concedente, el Regulador permite el incremento de tarifas máximas. En efecto, el Contrato de Concesión suscrito por el Estado Peruano y Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP) para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) 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.”

[Énfasis añadido, nota a pie de página omitida]

La citada cláusula contempla como mecanismo de Apoyo del Concedente a LAP 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.

Por su parte, 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:

13.3.1 El Concedente podrá prestar al Concesionario un monto, por lo menos mensualmente durante la continuación del Evento Especial de Fuerza Mayor, que sea suficiente para que el Concesionario pague sus costos de operación durante dicho período y realice puntualmente los pagos programados de capital e intereses sobre su Endeudamiento Permitido Garantizado. (...);

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

13.3.3 El Concedente podrá permitir una prórroga apropiada de la Vigencia de la Concesión.”

[Énfasis añadido]

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 el incremento de tarifa.

Asimismo, debe mencionarse que, mediante Oficio N° 1805-2020-MTC, recibido el 13 de mayo de 2020, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), solicitó al Ositrán le comunique el procedimiento que se seguiría para activar e implementar el mecanismo de 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 del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Si bien el RETA es el instrumento normativo vigente que regula los procedimientos que debe seguir el Ositrán al ejercer su función reguladora, a la fecha, se observa que este no incluye un procedimiento específico que debería seguirse cuando el Concedente decida optar por el incremento de las tarifas máximas como mecanismo de apoyo al Concesionario ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, conforme a lo previsto en los contratos de concesión.

De manera particular, el artículo 17 del RETA que regula los alcances de la fijación o revisión tarifaria regulados en dicha norma, contempla la revisión integral del Sistema Tarifario establecido para determinada Entidad Prestadora cuando a juicio de Ositrán, existan cambios estructurales que hayan afectado el mercado, precisando que en dichos casos la revisión tarifaria se realiza conforme al procedimiento establecido en el Título V del RETA, el cual regula los procedimientos a iniciativa del Ositrán o de la Entidad Prestadora. Cabe indicar que, dado el carácter supletorio del RETA, dicho supuesto de revisión aplica en tanto no colisione con lo dispuesto en los contratos de concesión. Asimismo, el artículo 17 del RETA antes indicado, prevé la revisión extraordinaria de las tarifas aplicables para las Entidades Prestadoras Públicas, cuando se hayan producido cambios importantes sobre los supuestos empleados para su formulación.

De acuerdo a ello, ninguno de los supuestos antes señalados resulta aplicable para aquellos casos específicos en los cuales, a solicitud del Concedente, corresponda al Ositrán evaluar el incremento de las tarifas máximas como mecanismo de apoyo del Concedente ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor conforme a lo previsto en los contratos de concesión.

En efecto, no resulta aplicable la revisión integral del Sistema Tarifario previsto en el RETA, el cual procede cuando se verifiquen cambios estructurales que hayan afectado el comportamiento en el mercado y distorsiones en el Sistema Tarifario. Ello, pues el mecanismo de apoyo en cuestión previsto de manera específica en los contratos de concesión, tiene por finalidad que se evalúe únicamente la procedencia del incremento de las tarifas máximas, en tanto se trata de un mecanismo de apoyo del Concedente al Concesionario por la ocurrencia de un evento de fuerza mayor. Asimismo, debe indicarse que la revisión integral del Sistema Tarifario prevista en el RETA se inicia a instancia del Ositrán o de la Entidad Prestadora; mientras que, de acuerdo con lo previsto en los contratos de concesión antes mencionados, el procedimiento para evaluar el incremento de tarifas máximas se inicia únicamente a pedido del Concedente, en tanto es la entidad competente para decidir si opta por el mecanismo de apoyo relativo al incremento de tarifas máximas, entre otras medidas de apoyo previstas en los contratos de concesión.

Igualmente, no resulta aplicable la revisión extraordinaria de las tarifas prevista en el RETA para las Entidades Prestadoras Públicas. Ello, pues dicho supuesto se encuentra reservado para aquellas Entidades Prestadoras que realizan la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público en virtud de título legal, no por título contractual. Siendo ello así, este supuesto previsto en el RETA no resulta de aplicación tampoco para la evaluación del incremento de las tarifas máximas al que se refiere el Proyecto normativo, pues dicha evaluación se deriva de un mecanismo (apoyo por fuerza mayor) previsto en los contratos de concesión.

De esta forma, teniendo en cuenta que existen determinados contratos de concesión que contemplan de manera específica que, a opción del Concedente, el Ositrán permita un incremento de las tarifas máximas como mecanismo de apoyo del Concedente al Concesionario ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor; que dichos contratos de concesión no regulan el procedimiento específico que debería seguirse para realizar la evaluación de dicho incremento de tarifas máximas; y, que el RETA no regula el procedimiento para realizar dicha evaluación de incremento de tarifas máximas; se considera necesario la aprobación de un procedimiento para que el Ositrán realice dicha evaluación, en el ámbito de sus competencias, esto es, en el marco de su función reguladora.

Por tal motivo, se ha elaborado el “Procedimiento Tarifario aplicable en el marco del mecanismo de Apoyo del Concedente por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión” (en adelante, el Proyecto normativo). En el Procedimiento se contempla que corresponde al Concedente solicitar al Ositrán la evaluación del incremento de las tarifas máximas en el marco de dicho mecanismo de

apoyo, en caso decida optar por tal medida. Ello, teniendo en cuenta que, de acuerdo con los contratos de concesión vigentes a la fecha que contemplan un mecanismo de apoyo del Concedente a la Entidad Prestadora por la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, le compete al Concedente elegir el o los mecanismos a través de los cuales se brindará el apoyo a la Entidad Prestadora.

Asimismo, en el Procedimiento se establecen los requisitos mínimos que debe cumplir la solicitud del Concedente, debiendo señalarse en dicha solicitud de forma expresa y clara que el Concedente ha decidido optar por el mecanismo de apoyo por fuerza mayor relativo al incremento de tarifas máximas; que se han cumplido los presupuestos contractuales y legales para que se configure dicho apoyo; así como los otros mecanismos que el Concedente ha decidido aplicar de forma concurrente en el marco del apoyo por fuerza mayor previsto en el contrato de concesión, de ser el caso. Adicionalmente, se establece que la solicitud del Concedente debe 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, según lo previsto en el contrato de concesión.

Cabe indicar que dichos requisitos constituyen la información que requiere el Ositrán para evaluar el inicio del procedimiento de evaluación de incremento de tarifas máximas en el marco del mecanismo de apoyo por fuerza mayor previsto en los contratos de concesión, sin perjuicio de que a lo largo del procedimiento el Ositrán pueda requerir información adicional tanto al Concedente como a la Entidad Prestadora para la evaluación del posible incremento de tarifas máximas.

Asimismo, debe indicarse que el Procedimiento contiene una etapa de evaluación del incremento de las tarifas máximas a cargo del Ositrán, precisándose que dicha evaluación se realizará salvaguardando el equilibrio económico financiero del contrato de concesión. Es importante mencionar que dicho criterio de evaluación se ha contemplado con el objetivo de garantizar que no se determine, en el marco del mecanismo de apoyo por fuerza mayor previsto en los contratos de concesión, un incremento de tarifas máximas que genere ganancias extraordinarias en favor de la Entidad Prestadora. En línea con ello, debe señalarse también que, en la evaluación del incremento de las tarifas máximas, resultan de aplicación las disposiciones contenidas en el RETA, en tanto no contravengan el Procedimiento. Así, resultan de aplicación los principios establecidos en el RETA, los cuales rigen para el ejercicio de la función reguladora del Ositrán, por ejemplo, los principios relativos a la sostenibilidad de la oferta, eficiencia y costo-beneficio, entre otros.

Adicionalmente, en el Procedimiento se respetan las garantías mínimas contenidas en la Ley N° 27838, con relación a la transparencia y participación de todos los interesados en la tramitación del procedimiento tarifario. Así, el Proyecto normativo prevé la prepublicación de la propuesta tarifaria en el diario oficial “El Peruano” y en el Portal Institucional del Ositrán, la realización de una audiencia pública (la cual podrá realizarse de manera virtual) y la oportunidad para recibir comentarios a la propuesta tarifaria por parte de los interesados. Finalmente, el Proyecto normativo contempla una etapa de decisión final por parte del Consejo Directivo en relación al incremento de la tarifa máxima y la posibilidad de interponer contra ella el recurso impugnativo de reconsideración.

Respecto a la etapa de decisión final, cabe mencionar que el Procedimiento prevé que, de manera previa a la emisión de la decisión final por parte del Ositrán, se remita al Concedente el resultado preliminar de la evaluación del incremento de las tarifas máximas, de modo que manifieste si persiste o no en optar por el mecanismo de apoyo previsto en el contrato de concesión relativo al incremento de tarifas máximas. Ello, considerando que, como se ha explicado previamente, corresponde al Concedente decidir optar por los distintos mecanismos de apoyo estipulados en los contratos de concesión, entre los cuales se encuentra el relativo al incremento de las tarifas máximas. Cabe mencionar que, en la legislación vigente en materia administrativa se establecen las instituciones que tiene a su disposición el Concedente tanto para dejar sin efecto su decisión de apoyo como para desistirse de su solicitud de inicio del procedimiento.

Por último, en relación al proceso de emisión del Procedimiento se debe resaltar que para su elaboración se cumplió con prepublicar la propuesta normativa y evaluar los comentarios recibidos al mismo, de conformidad con el artículo 15 del Reglamento General de Ositrán. Sin perjuicio de ello, se ha dejado exento al Procedimiento del Análisis de Calidad Regulatoria en virtud de lo establecido en el literal 18.3 del artículo 18 del Decreto Supremo N° 061-2019-PCM, que indica que disposiciones normativas emitidas por los organismos reguladores que establezcan procedimientos administrativos referidos a su función reguladora no se encuentran comprendidos en el mencionado Análisis de Calidad Regulatoria.

Análisis costo beneficio

Considerando que la norma establece un procedimiento regulatorio bajo el régimen de apoyo del Concedente en casos de fuerza mayor, establecido en los contratos de concesión, se ha efectuado un análisis cualitativo con la finalidad de evidenciar los beneficios que conlleva tanto para las Entidades Prestadoras, como para los usuarios de las infraestructuras de uso público.

Respecto del beneficio para las Entidades Prestadoras, se advierte que contar con un mecanismo que regule el procedimiento de activación de apoyo del Concedente, según las circunstancias descritas, dota de predictibilidad y transparencia al procedimiento, en tanto pone a disposición de dichas entidades, así como del Concedente, las etapas del procedimiento, evitando incertidumbre al respecto. Igualmente, su emisión genera un beneficio para los usuarios de las infraestructuras de uso público, en la medida que contar con un procedimiento administrativo regulado garantizará mecanismos de transparencia, así como su participación a través de la puesta a disposición del proyecto para comentarios, la realización de una audiencia pública y la recepción de sus comentarios.

Cabe señalar que no se advierten costos adicionales para los administrados en la implementación del proyecto, toda vez que constituye una norma de carácter procedimental, que permite instrumentalizar el mecanismo de apoyo por fuerza mayor a opción del Concedente que se encuentra previsto en los respectivos contratos de concesión.