

INFORME N° 00086-2020-IC-OSITRAN
(GRE-GAJ)


Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020
14:34:21 -0500


Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020
15:39:13 -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 Tarifario aplicable en el marco del mecanismo de Apoyo del Concedente por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión”

Fecha : 22 de julio de 2020

I. OBJETO

1. Es materia del presente informe pronunciarse respecto de la justificación para la aprobación de un procedimiento tarifario aplicable en el marco del mecanismo de apoyo del Concedente 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 (MTC) 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 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.
4. Mediante Informe N° 0063-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), de fecha 05 de junio 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 Concedente, en aplicación del apoyo por fuerza mayor estipulado en los Contratos de Concesión.

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 15:11:36 -0500

Visado por: ZAMORA BARBOZA
Isabel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 14:47:39 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Deysi Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 14:28:27 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/07/2020 14:23:32 -0500

5. Con fecha del 10 de junio de 2020, se realizó la publicación en el diario oficial “El Peruano” de la Resolución de Consejo Directivo N° 0029-2020-CD-OSITRAN, mediante la cual se dispuso 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” (en adelante, el Proyecto normativo) y su Exposición de Motivos. El plazo para la recepción de comentarios por parte de los interesados establecido por la citada resolución fue de quince (15) días calendario, venciendo el 25 de junio de 2020.
6. Cabe indicar que, con fecha 18 de junio de 2020 se celebró la Sesión Extraordinaria Virtual N° 49 del Consejo de Usuarios de Aeropuertos de alcance nacional, en la que se presentó como parte de los temas en Agenda, el Proyecto normativo, oportunidad en la cual se efectuaron comentarios al mismo.
7. Dentro del plazo establecido se recibieron comentarios al Proyecto normativo por parte de la Defensoría del Pueblo¹, Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN)², Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional (AETAI)³, Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC)⁴, Contraloría General de la República del Perú⁵, Asociación Latinoamericana y del Caribe de Transporte Aéreo (ALTA)⁶ y Lima Airport Partners S.R.L. (LAP)⁷. Asimismo, luego de vencido el plazo para la presentación de comentarios, se recibieron sugerencias por parte de ComexPerú – Sociedad de Comercio Exterior del Perú⁸ y la Asociación Internacional de Transporte Aéreo Sucursal del Perú (IATA)⁹.
8. Dichos comentarios han sido evaluados y absueltos conforme se puede apreciar en la matriz de comentarios adjunta al presente informe. Cabe indicar también que, en aras de alcanzar las mejores prácticas en la administración, así como para garantizar la mayor participación por parte de los interesados en la formulación del Proyecto normativo, en dicha matriz se han considerado también los comentarios recibidos luego de vencido el plazo establecido para su presentación; asimismo, se han incorporado los comentarios recibidos durante la Sesión Extraordinaria Virtual N° 49 del Consejo de Usuarios de Aeropuertos de alcance nacional.
9. Luego de la evaluación de dichos comentarios, mediante Informe N° 00083-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) de fecha 21 de julio de 2020, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica recomendaron la aprobación del “Procedimiento Tarifario aplicable en el marco del mecanismo de Apoyo del Concedente por fuerza mayor estipulado en los contratos de concesión”.
10. En la sesión del Consejo Directivo de fecha 22 de julio de 2020, dicho colegiado tomó conocimiento del informe indicado en el párrafo anterior, y luego del respectivo análisis solicitó que se realicen precisiones a la matriz de comentarios adjunta a dicho documento, las cuales se encuentran recogidas en la matriz de comentarios adjunta al presente informe.

¹ Oficio N° 321-2020-DP/AMASPPI de fecha 17 de junio de 2020.

² Carta AFIN N° 159-2020 de fecha 18 de junio de 2020.

³ Carta N° 0051-2020-GG/AETAI de fecha 23 de junio de 2020.

⁴ Oficio N° 2178-2020-MTC/19 de fecha 23 de junio de 2020.

⁵ Correo electrónico de fecha 24 de junio de 2020.

⁶ Carta s/n de fecha 25 de junio de 2020.

⁷ Correo electrónico de fecha 25 de junio de 2020.

⁸ Carta N° 82-2020/GG/COMEXPERU de fecha 26 de junio de 2020.

⁹ Carta s/n de fecha 26 de junio de 2020.

III. ANÁLISIS

III.1. Marco contractual y normativo

11. El Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y LAP 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]

12. 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.

13. 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:

13.3.1 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. El Concesionario pagará dicho préstamo al Concedente al terminar el Evento Especial de Fuerza Mayor, de sus ingresos netos, después de haber realizado el pago o provisión de costos de operación, impuestos, intereses y capital correspondientes a sus deudas. Dicho préstamo devengará intereses a una tasa anual equivalente al promedio ponderado de las tasas de intereses que deban cubrirse por los respectivos Endeudamientos Permitidos Garantizados al momento del otorgamiento del préstamo. El pago de dicho préstamo estará subordinado al pago de los montos que fueren pagaderos a cualquier Acreedor Permitido o cualquier 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]

14. 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.

15. 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.
16. 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.
17. 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.
18. 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.
19. 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.
20. 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".
21. 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 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.

22. 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 éste 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.

III.2. Justificación de la necesidad del Procedimiento

23. Sobre la base del marco contractual y normativo antes descrito, se advierte que el Ositrán, para ejercer su función reguladora en el escenario excepcional del apoyo por fuerza mayor a solicitud del Concedente, requiere contar con reglas procedimentales que a la fecha no existen.
24. En efecto, de la evaluación del RETA vigente, se verifica que dicho reglamento no contempla la posibilidad de iniciar un procedimiento tarifario a pedido del Concedente, alternativa recogido en determinados Contratos de Concesión como mecanismo de apoyo al Concesionario ante un evento de fuerza mayor.
25. No obstante, como resultado de la publicación del Proyecto normativo, en la etapa de recepción de comentarios, se recibieron cuestionamientos sobre la creación del Procedimiento por parte de AETAI, IATA, MTC, así como de algunos miembros del Consejo de Usuarios de Aeropuertos de alcance nacional¹⁰. Cabe precisar que dichos comentarios han sido ampliamente absueltos en la matriz de comentarios que se incorpora, y forma parte, del presente informe.
26. Al respecto, se verifica que de conformidad con el artículo 2 del RETA, dicha norma tiene por objeto establecer -entre otros- procedimientos que aplicará el Ositrán en ejercicio de su función reguladora, ya sea que se inicien de oficio o a pedido de parte.

“Artículo 2.- Objeto del presente Reglamento

El presente reglamento tiene por objeto establecer la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará el OSITRAN cuando fije, revise o desregule las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ya sea que el procedimiento se inicie de oficio o a pedido de parte.”

27. En el caso de los procedimientos iniciados a pedido de parte, su tratamiento se aborda en el Capítulo 2 del Título V del RETA, en particular, el artículo 61 señala lo siguiente:

“Artículo 61. Inicio del procedimiento a instancia de parte

*La Entidad Prestadora podrá solicitar al OSITRAN el inicio de un procedimiento de fijación, revisión y desregulación tarifaria.
(...)”*

28. Conforme se aprecia en dicho artículo, los procedimientos iniciados por el Ositrán a pedido de parte son solicitados por las Entidades Prestadoras, no habiéndose normado un procedimiento en el que la solicitud sea formulada por el Concedente como contraparte de los Contratos de Concesión. Ante dicho vacío, y dada la exigencia

¹⁰ Señores Boris Saldaña Solari y Juan Carlos León Siles.

de los estándares procedimentales de transparencia para el ejercicio de la función reguladora, se constata la necesidad de incorporar al marco normativo vigente un procedimiento tarifario específicamente aplicable al régimen de apoyo por fuerza mayor estipulado en los Contratos de Concesión.

29. En este punto, es relevante aludir a los alcances de los procedimientos tarifarios previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 17 del RETA:

“Artículo 17.- Alcances de la fijación y revisión tarifaria

OSITRAN llevará a cabo procedimientos de fijación y revisión tarifaria de acuerdo a los siguientes alcances:

(...)

3. Es facultad del OSITRAN llevar a cabo una revisión integral del Sistema Tarifario establecido para determinada Entidad Prestadora, en los casos en que a criterio del OSITRAN se verifique la existencia de cambios estructurales que hayan afectado el comportamiento del mercado y la existencia de distorsiones en el sistema tarifario. En tal caso, de oficio o a pedido de parte, el OSITRAN realizará la revisión tarifaria conforme al procedimiento establecido en el Título V.

4. En el caso de las Entidades Prestadoras públicas, se podrá llevar a cabo una revisión extraordinaria de tarifas, antes del término de su vigencia, de oficio o a solicitud de parte, cuando a juicio del OSITRAN, existan razones fundadas sobre cambios importantes en los supuestos efectuados para su formulación, como por ejemplo, cambios tecnológicos, variaciones exógenas de costos y otras causales económicas debidamente sustentadas.”

30. Como se puede observar, el RETA 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. Por último, 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.
31. En efecto, no resulta aplicable la revisión integral del Sistema Tarifario prevista en el RETA, la 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 procedimiento 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.
32. 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 a que se refiere el

Proyecto normativo, pues dicha evaluación se deriva de un mecanismo (apoyo por fuerza mayor) previsto en los contratos de concesión.

33. Sin perjuicio lo anterior, debe mencionarse, además, que los procedimientos desarrollados en el RETA pueden durar aproximadamente entre nueve y doce meses. Teniendo en cuenta que los Contratos de Concesión contemplan que se pueda evaluar de manera expeditiva el incremento de las tarifas máximas como mecanismo de apoyo del Concedente al Concesionario, específicamente ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, resulta razonable que el procedimiento en el cual se evalúe dicho posible incremento de tarifas, se realice en un procedimiento más célere que aquellos regulados en el RETA.
34. 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 tampoco el procedimiento para realizar dicha evaluación de incremento de tarifas máximas; se considera necesario la aprobación de un procedimiento para efectuar dicha evaluación.
35. La aprobación del procedimiento permitirá establecer de manera clara las etapas con las cuales cuenta el procedimiento, así como los plazos para cada una de dichas etapas, en beneficio de los todos los interesados, así como de la ciudadanía en general. Asimismo, permite que se establezcan reglas que aseguren las garantías mínimas de transparencia y participación de los interesados en el procedimiento, en línea con lo previsto en la Ley N° 27838. Por último, la aprobación de un procedimiento específico para un supuesto excepcional como lo es la evaluación del incremento de tarifas máximas, como mecanismo de apoyo del Concedente ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, permite establecer plazos que aseguren un procedimiento célere acorde con dicha situación excepcional.

III.2. Propuesta normativa

36. El “Procedimiento Tarifario en aplicación del mecanismo de apoyo del Concedente por fuerza mayor estipulado en los Contratos de Concesión” se encuentra conformado por dos (2) títulos, diez (10) artículos y una (1) disposición final.
37. Del análisis integral de los comentarios recibidos por los interesados, se ha visto por conveniente modificar el título del procedimiento a efectos de dotarlo de un mayor entendimiento. Es importante precisar que dicha variación no implica un cambio en el objeto y finalidad del procedimiento publicado para comentarios.

Objeto del Procedimiento

38. 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

39. 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.
40. Es decir, el Procedimiento solo 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 ocurrencia de eventos de fuerza mayor. Asimismo, se precisa que el Procedimiento es de aplicación supletoria a los Contratos de Concesión.

Solicitud de inicio del Procedimiento.

41. De acuerdo con lo establecido en los Contratos de Concesión que contemplan un mecanismo de apoyo al Concesionario ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, le corresponde al Concedente optar por una o más de las alternativas de apoyo previstas en ellos. Una de las alternativas de apoyo estipuladas en dichos Contratos de Concesión se encuentra referida al incremento de las tarifas máximas.
42. Considerando ello, en el Proyecto normativo se ha establecido como regla procedimental que la solicitud de inicio para que se evalúe el incremento de las tarifas máximas en aplicación del mecanismo de apoyo antes indicado debe provenir necesariamente del Concedente, en virtud al marco contractual antes mencionado.
43. Sobre el particular, se han recibido comentarios por parte del MTC, así como de LAP cuestionando que el procedimiento se inicie únicamente a solicitud del Concedente. Según el comentario formulado por LAP, el Proyecto normativo debería contemplar que el procedimiento de evaluación de incremento de tarifas máximas pueda iniciarse también a solicitud del Concesionario. Por su parte, el MTC plantea que en los Contratos de Concesión no se señala que el Concedente deba comunicar al Ositrán si ha decidido apoyar al Concesionario en relación con un incremento tarifario, ni de realizar una evaluación previa para que el Ositrán se pronuncie, ni de solicitar o proponer una revisión o fijación tarifaria, ni de presentar una propuesta tarifaria.
44. Al respecto, cabe indicar que dichos comentarios han sido absueltos de manera detallada en la matriz que se adjunta al presente informe. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que, de acuerdo con lo establecido en las cláusulas de apoyo por fuerza mayor en los Contratos de Concesión vigentes que contemplan el mecanismo de apoyo por fuerza mayor, asignan al Concedente la competencia para elegir las opciones a través de las cuales se brindará apoyo al Concesionario ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, siendo que luego de ejercida dicha competencia por parte del Concedente, este Organismo Regulador ejercerá su competencia reguladora para determinar si corresponde o no el incremento de tarifas.
45. En ese sentido, la regla procedimental establecida en el Proyecto normativo, referida a que el procedimiento de evaluación de incremento de tarifas máximas se inicia únicamente a solicitud del Concedente, obedece a lo dispuesto en los Contratos de Concesión que, a la fecha, contemplan un mecanismo de Apoyo del Concedente que permite, entre otras alternativas, un incremento de las tarifas máximas para apoyar a la Entidad Prestadora, ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor.
46. Asimismo, es preciso aclarar que el Proyecto normativo prevé que el Concedente puede solicitar el inicio del procedimiento, pero, no se incluye la obligación de

presentar una propuesta tarifaria, siendo que lo requerido es la presentación de un modelo elaborado por 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. En línea con lo anterior, se han rechazado los comentarios formulados por el MTC y LAP sobre este aspecto del Proyecto normativo.

Contenido mínimo de la solicitud de inicio del Procedimiento

47. En el Proyecto normativo se ha contemplado también 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; y, de ser el caso, indicar los otros mecanismos de apoyo por fuerza mayor que ha decidido aplicar el Concedente según lo previsto en el Contrato de Concesión. Adicionalmente, el Procedimiento señala que la solicitud del Concedente deberá incluir el modelo económico financiero elaborado por 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.
48. Sobre el último requisito, la Defensoría del Pueblo requirió que se precisen los mecanismos aludidos en la solicitud de inicio del procedimiento, en tanto se le solicita al Concedente que detalle los mecanismos que habría decidido aplicar en el marco del apoyo por fuerza mayor y se precise si éstos constituyen mecanismos de compensación que establecen los Contratos de Concesión.
49. Si bien la finalidad de que el Concedente detalle los otros mecanismos de apoyo que ha decidido aplicar en favor del Concesionario es que ésta pueda ser considerada en la evaluación que le corresponderá realizar al Regulador sobre el incremento de las tarifas máximas y que cada Contrato de Concesión contempla de manera específica las distintas opciones de apoyo que podría brindar el Concedente al Concesionario ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, no se ha acogido dicho comentario en tanto no resulta conveniente señalar en el proyecto normativo, cuyo carácter es general, los diferentes mecanismos de apoyo que pueda brindar el Concedente al Concesionario, pues los mismos dependerán de lo estipulado en cada Contrato de Concesión.
50. Por su parte, la Contraloría ha recomendado que el Concedente realice una evaluación previa de las variables contenidas en el modelo elaborado por la Entidad Prestadora, de manera que quede demostrado que está de acuerdo con su contenido y que indique por qué consideró que el incremento de tarifas es la alternativa más viable en desmedro de las demás alternativas. Asimismo, sugirió que se añada, al Proyecto normativo, que dentro del sustento que debe remitir el Concedente, se incluya un informe que fundamente por qué decidió que esta alternativa es la más viable, no habiendo optado por otras alternativas referidas en los respectivos Contratos de Concesión.
51. Al respecto, tal como se puede ver en la matriz de comentarios, se ha rechazado el comentario referido a que el Concedente valide el modelo económico elaborado por el Concesionario. Cabe precisar que en el procedimiento se contempla la presentación de dicho modelo con la finalidad que el Regulador pueda valorar la posición del Concesionario sobre la necesidad del incremento de tarifas máximas para salvaguardar el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión a efectos de ejercer su función reguladora. En consecuencia, siendo que la competencia

reguladora recae en Ositrán, no corresponde al Concedente validar dicho modelo elaborado por la Entidad Prestadora.

52. Asimismo, se rechaza el comentario referido a que el Concedente deba fundamentar las razones por las cuales consideró que la opción del incremento de las tarifas máximas resultaba ser la más viable, no habiendo optado por las otras alternativas de apoyo previstas en los Contratos de Concesión. Al respecto, como se ha explicado previamente, la decisión de optar por una o más medidas de apoyo previstas en los Contratos de Concesión, recae en el Concedente. Sobre ello, cabe señalar que la decisión de optar por una o más de las medidas de apoyo previstas en los Contratos de Concesión, al igual que cualquier otra decisión que adopta una entidad pública, requiere de una debida evaluación y motivación por parte del Concedente.
53. Sin embargo, en cuanto al procedimiento objeto del proyecto normativo, debe señalarse que, la solicitud de inicio que presente el Concedente debe cumplir con los requisitos mínimos establecidos en el proyecto normativo, incluyendo la debida sustentación. No obstante, no existe base contractual ni legal para exigir que, de cara al análisis del inicio del procedimiento de evaluación de incremento de tarifas máximas, que el Concedente justifique ante el Ositrán por qué decide optar por el incremento de las tarifas máximas y no por otras medidas de apoyo previstas en los Contratos de Concesión, pues la competencia para decidir a través de qué medidas desea brindar el apoyo al Concesionario recae en el Concedente.
54. Debe mencionarse, además, que de acuerdo con lo establecido en los Contratos de Concesión del AIJCH y TPM -contratos que, a la fecha, contemplan la figura del apoyo del Concedente ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor-, no establecen un orden de prelación respecto a las medidas que puede adoptar el Concedente.
55. Sin perjuicio de lo anterior, a partir del comentario formulado por la Contraloría respecto a la preocupación relacionada con que recae en el Concedente decidir optar por mecanismo de apoyo relativo al incremento de las tarifas máximas, se ha estimado conveniente que, luego de publicada la propuesta de incremento de tarifas máximas para la recepción de comentarios por parte de los interesados, se pueda hacer de conocimiento del Concedente el resultado preliminar de la evaluación del incremento de las tarifas máximas, de modo que, manifieste si persiste o no con su solicitud incremento de tarifas máximas. Ello, considerando que 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.

Requerimiento de información

56. El Proyecto normativo establece que, en cualquier momento del procedimiento, el Ositrán podrá requerir, al Concedente o a la Entidad Prestadora, la información que sea necesaria para el ejercicio de su función reguladora, entre otros, información sobre proyección de la demanda, estructura de financiamiento, proyección de ingresos y costos.
57. Respecto a este punto, el MTC ha señalado que, si la solicitud proviene de la Entidad Prestadora, es esta quien debería de sustentar la necesidad de revisión de la tarifa, por lo que no se justifica que se solicite al Concedente información adicional sobre la

proyección de la demanda. Por su parte, LAP ha señalado que no sería necesario requerir información relativa a la estructura de financiamiento.

58. Al respecto, tal como se desarrolla en la matriz de comentarios, la solicitud de inicio del procedimiento, de conformidad con los Contratos de Concesión, debe provenir del Concedente ya que es el competente para tomar la decisión de apoyar al Concesionario a través de un incremento de tarifas en caso de que se produzca un evento de fuerza mayor. Sin perjuicio de lo anterior, resulta razonable que el procedimiento prevea que el Regulador puede requerir al Concedente y/o al Concesionario la información que resulte relevante para el correcto desempeño de su función reguladora. Por otro lado, respecto del comentario de LAP, como se ha indicado, Ositrán evaluará el incremento de las tarifas máximas salvaguardando el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, por lo que podría requerir dicha información para la evaluación antes indicada. En tal sentido, los comentarios formulados por ambos interesados no han sido aceptados.

Instancias y plazos contemplados en el Proyecto normativo

59. De conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 27838, el Procedimiento identifica claramente las unidades orgánicas que intervendrán en la aplicación del mecanismo de apoyo del Concedente por fuerza mayor estipulado en los Contratos de Concesión (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.
60. Sobre el particular, es importante mencionar que no se están considerando los comentarios de la Contraloría destinados a que se especifique el rol de apoyo de la Gerencia de Asesoría Jurídica, en la medida que éste se enmarca en las funciones establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, para las diferentes instancias que participan en el ejercicio de la función reguladora por parte del Consejo Directivo. Así como el comentario referido a que se incluya a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en el procedimiento tarifario, en tanto, de conformidad con el Reglamento mencionado, dicha gerencia no cuenta con funciones en materia tarifaria.
61. Igualmente, no han sido aceptados los comentarios del MTC y LAP que cuestionaban y solicitaban una reducción de los plazos estipulados en las distintas etapas del procedimiento, toda vez que los plazos considerados en la propuesta normativa buscan asegurar que los órganos del Ositrán cuenten con el periodo de tiempo adecuado para realizar la evaluación respectiva, máxime cuando la decisión final conforme a lo previsto en los Contratos de Concesión podría conllevar a un incremento de las tarifas máximas. Cabe precisar que los plazos propuestos en el Proyecto normativo constituyen plazos máximos. Asimismo, el Proyecto normativo cuenta con la celeridad requerida por un procedimiento de esta naturaleza y, de otro lado, la suficiencia del periodo que corresponde a cada una de las instancias que participan del procedimiento, en aras de asegurar las garantías exigidas en la Ley N° 27838.
62. En relación con los plazos propuestos en el Proyecto normativo, la Contraloría formuló un comentario mediante el que solicitó que se fije un plazo para que el Consejo Directivo, de contar con observaciones al informe sobre la evaluación del incremento de tarifas máximas elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica en lo relativo a los aspectos jurídicos, las realice.

63. Al respecto, tal como ha sido desarrollado en la matriz de comentarios, se ha verificado que el procedimiento propuesto debe prever un plazo para que el Consejo Directivo, de contar con observaciones al informe sobre la evaluación del incremento de las tarifas máximas, pueda solicitar a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, y la Gerencia de Asesoría Jurídica en lo relativo a los aspectos jurídicos, solicite la atención de las referidas observaciones o efectuar las actuaciones complementarias que se requieran, por lo que se ha estimado fijar el plazo en máximo quince (15) días hábiles.

Evaluación del incremento de tarifas máximas a cargo del Ositrán

64. En el Procedimiento se prevé que el Ositrán evaluará el incremento de las tarifas máximas, precisándose que dicha evaluación debe salvaguardar el equilibrio económico financiero del contrato de concesión.
65. Sobre el particular, se han recibido comentarios formulados por AETAI, IATA y el MTC sobre la inclusión del equilibrio económico financiero planteado en el proyecto normativo, relacionándolo con el restablecimiento de equilibrio económico contemplado en los contratos de concesión. Asimismo, LAP sostuvo que no encontraban la necesidad de considerar el equilibrio económico financiero en el proyecto debido a que al encontrarnos ante una disminución en el tráfico y de los ingresos, dicha disminución podía ser compensada a través de la búsqueda del equilibrio económico, traducida en la recuperación de los ingresos esperados.
66. No obstante, tal como ha sido explicado en la matriz, el criterio de evaluación consignado en el proyecto normativo no se encuentra vinculado a la figura de restablecimiento de equilibrio económico financiero estipulado en los Contratos de Concesión, toda vez que la evaluación del incremento de las tarifas máximas se realiza en el marco del mecanismo de apoyo por fuerza mayor del Concedente al Concesionario analizado previamente.
67. Cabe añadir también que, en el Proyecto normativo 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.
68. En particular, el Principio de Sostenibilidad de la oferta previsto en el RETA dispone que el nivel tarifario que determine el Ositrán deberá permitir que se cubran los costos económicos de la prestación del servicio. Ello, en línea con uno de los objetivos de este Regulador de garantizar la continuidad del servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del REGO.
69. Considerando que el evento de fuerza mayor podría tener incidencia sobre las principales variables de la empresa, tales como el volumen de la demanda atendida o los costos incurridos para la prestación de los servicios, en línea con el mencionado principio, la evaluación sobre el incremento de las tarifas máximas podría considerar que los ingresos percibidos por la prestación de servicios permitan cubrir los costos incurridos por dicha prestación, de tal manera que no se presenten beneficios extraordinarios en favor del Concesionario.
70. De otro lado, la Defensoría del Pueblo sugirió la incorporación de la obligatoriedad de la entrega de un resumen de la proyección de la demanda al momento de presentar el modelo económico financiero. Al respecto, en la Matriz de Comentarios se ha indicado

que no resulta razonable requerir la proyección de la demanda al inicio del procedimiento, encontrándose el Ositrán facultado a solicitarla en el curso del procedimiento. En consecuencia, se rechazó el comentario.

71. Por su parte, se recibieron comentarios formulados por AETAI, IATA, LAP y algunos miembros del Consejo de Usuarios de Aeropuertos de alcance nacional¹¹, sobre la posibilidad de que, a partir del procedimiento que se tramite conforme al Proyecto normativo, se pueda obtener un incremento o una reducción tarifaria
72. Cabe señalar que, como resultado de la evaluación del incremento de tarifas máximas materia del Proyecto normativo, se pueden producir dos escenarios: el primero, en el cual se procede a incrementar las tarifas, y el segundo, en el cual se mantienen las tarifas por considerar que no resulta necesario su incremento. Estos resultados tienen como base legal el marco contractual que fundamenta el presente Procedimiento, en la medida que las cláusulas contractuales que contienen el mecanismo de apoyo del Concedente, indican claramente que, a opción del Concedente, este puede decidir permitir el incremento de tarifas a través del Ositrán. En consecuencia, los comentarios efectuados por AETAI, IATA, LAP y algunos miembros del Consejo de Usuarios de Aeropuertos de alcance nacional, no han sido aceptados.

Sobre el carácter temporal del incremento de las tarifas máximas

73. La Contraloría formuló un comentario señalando que de aprobarse una resolución que incremente las tarifas máximas, ésta debería establecer de forma expresa el tiempo que durará dicho incremento.
74. Al respecto, se ha convenido acoger dicho comentario, estableciéndose en el Proyecto normativo que la resolución del Consejo Directivo que determine, de ser el caso, el incremento de las tarifas máximas, debe señalar el plazo durante el cual se aplicará el referido incremento, así como las condiciones que sean necesarias para su aplicación.

Presupuestos contractuales de la cláusula de Apoyo del Concedente

75. Se han recibido comentarios por parte de AETAI e IATA relacionados con la solicitud al Regulador de desarrollar los criterios interpretativos que se encuentra empleando, a efectos de determinar el escenario de fuerza mayor contemplados en los Contratos de Concesión que cuentan con la opción del Apoyo del Concedente.
76. Tal como ha sido desarrollado en la matriz de comentarios, existen determinados Contratos de Concesión que contemplan el apoyo del Concedente, ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, siendo una de las alternativas el incremento de las tarifas máximas y que no establecen reglas procedimentales específicas. Por su parte, el RETA vigente tampoco regula el supuesto específico de evaluación de incremento de tarifas máximas en el marco del mecanismo de apoyo por fuerza mayor previsto en los Contratos de Concesión. En tal sentido, este Regulador ha considerado pertinente, en ejercicio de su función normativa, establecer el procedimiento que se seguirá ante el Ositrán para realizar dicha evaluación, cuando así lo solicite el Concedente, no siendo necesario realizar una interpretación previa de los Contratos de Concesión para determinar si se requiere la aprobación de un procedimiento para el ejercicio de la función reguladora del Ositrán.
77. Asimismo, respecto a los presupuestos contractuales previstos en cada Contrato de Concesión para que procedan los distintos mecanismos de apoyo por fuerza mayor

¹¹ Los señores Jorge Luis Villaseca Palomeque y Carlos Durand Chahud.

por parte del Concedente, cabe indicar que no es materia del presente proyecto normativo establecer el alcance de dichos presupuestos contractuales, pues los mismos dependerán de lo establecido en cada Contrato de Concesión. En esa línea, es necesario reiterar que el presente proyecto normativo tiene por finalidad regular de manera general el procedimiento que se seguirá ante el Ositrán para evaluar el incremento de las tarifas máximas, cuando así lo solicite el Concedente, en el marco del mecanismo de apoyo por fuerza mayor previsto en los Contratos de Concesión, no siendo necesario para la aprobación del presente proyecto normativo interpretar previamente los alcances de los presupuestos contractuales establecidos en cada Contrato de Concesión. En consecuencia, los comentarios formulados en el presente extremo, han sido rechazados.

Participación de los interesados

78. 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

79. El tercer párrafo de la Ley N° 27838 establece que la resolución que fija las tarifas reguladas y su exposición de motivos deben ser publicadas 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.
80. 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

81. El Procedimiento indica expresamente que frente a la resolución que emita el Ositrán determinando el incremento de la tarifa, o no, 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

82. 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.3. Análisis de Calidad Regulatoria y de Impacto Regulatorio

83. 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.
84. 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 y con disposiciones adecuadas para su correcto trámite, esto es que contenga las reglas procedimentales adecuadas para el cumplimiento de los presupuestos contractuales del mecanismo de apoyo del Concedente, 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.4. Análisis de costo beneficio

85. 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

86. El análisis de la propuesta “Procedimiento Tarifario en aplicación del mecanismo de apoyo del Concedente 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

87. Se recomienda al Consejo Directivo aprobar el “Procedimiento Tarifario en aplicación del apoyo del Concedente por fuerza mayor estipulado en los Contratos de Concesión” y disponer su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios
Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Se adjunta: Matriz de comentarios

NT: 2020047956