



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

OFICIO N° 197- 17- GG-OSITRAN

Lima, 15 de junio de 2017

Señor
GUILLERMO A. BOCANGEL WEYDER
Presidente
Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Edificio Víctor Raúl Haya de la Torre – 3er Piso
Lima.-
Presente.-

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
COMISIÓN DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
19 JUN 2017
RECIBIDO
Firma: [Firma] Hora: 9:15:40

2017

67385

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
15 JUN 2017
RECIBIDO
Firma: [Firma] Hora: 15:48

Asunto : Opinión sobre proyecto de Ley N° 1389/2016-CR "Proyecto de Ley que establece condiciones mínimas para el cobro de peaje en la Infraestructura vial"

Referencia : Oficio N° 1558-2016-2017-CTC/CR

De mi consideración:

Por especial encargo del Presidente del Consejo Directivo, me dirijo a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual su Despacho solicitó la opinión de OSITRAN sobre el proyecto de Ley N° 1389/2016-CR "Proyecto de Ley que establece condiciones mínimas para el cobro de peaje en la Infraestructura vial".

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente el Informe N° 014-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, para su conocimiento y fines pertinentes.

Atentamente,

[Firma manuscrita]

ANTONIO FLORES CHINTE
Gerente General (e)

C.C: Presidencia del Consejo Directivo

Reg. Sal.GG No.22315-17
Reg. Sal N° 22212-17
HT 11555



4



INFORME N° 014-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : **ANTONIO FLORES CHINTE**
Gerente General (e)

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

SUSANA VILLAVICENCIO MALTESSE
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

Asunto : Opinión del Proyecto de Ley N° 1389/2016-CR, que establece condiciones mínimas para el cobro de peaje en la Infraestructura Vial

Referencia : Oficio N° 1558-2016-2017-CTC/CR

Fecha : 14 de junio de 2017

I. OBJETO

- 
1. El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto del Proyecto de Ley N° 1389/2016-CR "Proyecto de Ley que establece condiciones mínimas para el cobro de peaje en la Infraestructura vial" elaborado por el Congresista de la República Víctor Andrés García Belaunde.

II. ANTECEDENTES

- 
2. Mediante Oficio N° 1558-2016-2017-CTC/CR de fecha 25 de mayo de 2017, el Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República, Guillermo A. Bocangel Weydert, remitió a este Organismo Regulador el Proyecto de Ley 1389/2016-CR (en adelante, el Proyecto de Ley), solicitándole que emita opinión técnica al respecto.

III. ANÁLISIS

- 
3. El Proyecto de Ley señala que el objeto del mismo es establecer barreras que impidan la comisión de actos de corrupción en desmedro de los usuarios que hacen uso permanente de la infraestructura vial nacional. El objeto del referido Proyecto de Ley señala lo siguiente:

"Artículo 1°.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto establecer barreras que impidan la comisión de actos de corrupción en desmedro de los usuarios que hacen uso permanente de la infraestructura vial a nivel nacional".



4. Asimismo, el artículo 2° del Proyecto de ley determina como sujeto y ámbito de aplicación, lo siguiente:

"Artículo 2°.- Sujeto y ámbito de aplicación

Se encuentran sujetas a las disposiciones de la presente ley, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que utilizan la infraestructura del SINAC no concesionada y establecen reglas mínimas para las vías que son concesionadas en todo el territorio nacional. Las autoridades competentes según el Artículo 3° del presente Reglamento son responsables de su cumplimiento.

El ámbito de su aplicación es para las carreteras pavimentadas en todo el territorio nacional".

5. De la revisión del artículo citado, se aprecia que dicho proyecto está dirigido principalmente a regular la utilización de las carreteras del Sistema Nacional de Carreteras no concesionadas, aunque de manera residual también incluye algunas disposiciones mínimas para las carreteras concesionadas.
6. Al respecto, de conformidad con las funciones y competencias que le han sido conferidas por Ley a este organismo regulador, el alcance de la opinión que se emitirá se centrará principalmente en las disposiciones del Proyecto de Ley que tengan alcance sobre la parte de la Red vial nacional que opera bajo la modalidad de concesión en virtud de los Contratos suscritos entre el Estado (representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y los operadores privados.
7. En ese sentido, el análisis que se presenta a continuación se basa en el Proyecto de Ley remitido y en el marco normativo vigente. Para ello, el análisis ha sido estructurado en tres secciones: la primera incluye como cuestiones previas una breve explicación sobre el marco normativo que regula las modalidades de participación de la inversión privada, así como sobre el concepto de equilibrio económico financiero y el criterio de asignación de riesgos que rigen la relación contractual entre el Estado y las empresas privadas; en la segunda sección se desarrolla el marco normativo del OSITRAN y se precisan las competencias y funciones que le han sido asignadas a este organismo regulador; y, finalmente, en la tercera sección se desarrolla la opinión del Regulador sobre los aspectos específicos regulados en el Proyecto de Ley.



III.1. Cuestión previa

a) Sobre la normativa vigente de Asociaciones Público Privadas

8. El artículo 11 Decreto Legislativo N° 1224 define las Asociaciones Público Privadas de la siguiente manera:

"11.1 Las Asociaciones Público Privadas son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o iniciativa privada.



11.2 Los contratos de Asociaciones Público Privadas son de largo plazo, en los cuales debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto. Asimismo, en todas las fases de desarrollo de las Asociaciones Público Privadas debe contemplarse el principio de valor por dinero, buscando la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, a lo largo de la vida del proyecto.

11.3 Puede desarrollarse un proyecto de Asociación Público Privada sobre la base de uno o más proyectos de inversión pública, siempre que estos últimos sean declarados viables en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública.

11.4 En una Asociación Público Privada participan el Estado, a través de alguna de las entidades públicas, y uno o más inversionistas privados."

9. Asimismo, el Decreto Legislativo N° 1224 establece que en el marco de los contratos firmados bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas se transfiere a los operadores privados los derechos frente a terceros ; tales como, el de cobrar tarifas o peajes, de forma tal que se le permita al concesionario recuperar las inversiones. En efecto, dicho marco normativo señala lo siguiente:

"Artículo 12.- Sobre los contratos

12.1 El contrato desarrollado bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios. El inversionista puede explotar el o los bienes objeto de la Asociación Público Privada por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la modalidad de entrega en concesión al inversionista que recaiga sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos".

[Subrayado agregado]

10. Dependiendo de las características de la demanda esperada, el Decreto Legislativo N° 1224 establece que los proyectos de Asociación Pública Privada pueden clasificarse en cofinanciadas, en los casos que requieren financiamiento del Concedente, o, en autofinanciadas, en aquellos que pueden generar un nivel de ingresos propios que no requieran de cofinanciamiento público.

"Artículo 13.- Clasificación

El Informe de Evaluación a cargo de Proinversión, Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local indica la clasificación del proyecto de Asociación Público Privada, según:

- a. Cofinanciada: es aquel proyecto de Asociación Público Privada que requiere cofinanciamiento o el otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.
b. Autofinanciada: es aquel proyecto de Asociación Público Privada con capacidad propia de generación de ingresos, que no requiere cofinanciamiento y cumple con las siguientes condiciones:



- Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
- Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento del presente Decreto Legislativo".

11. Con ese fin, el artículo 14° determina las fases de las Asociaciones Público Privadas, independientemente de su clasificación y origen, señalando lo siguiente:
- a. Planeamiento y programación: comprende la planificación de los proyectos y compromisos de las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos articulada con la Programación Multianual de Inversiones conforme lo dispuesto en el artículo 14-A1."
 - b. Formulación: comprende el diseño del proyecto y/o evaluación del mismo, a cargo del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, o Proinversión en el marco de sus competencias.
 - c. Estructuración: comprende el diseño del proyecto como Asociación Público Privada, incluida su estructuración económico financiera, mecanismo de retribución en caso corresponda, asignación de riesgos y el diseño del contrato a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada, quien debe coordinar con el Ministerio, organismo regulador de corresponder y el Ministerio de Economía y Finanzas.
 - d. Transacción: comprende la apertura al mercado del proyecto. El Organismo Promotor de la Inversión Privada recibe y evalúa los comentarios de los postores, determina el mecanismo aplicable, el cual podrá ser la licitación pública, concurso de proyectos integrales u otros mecanismos competitivos. Tratándose de iniciativas privadas esta fase se inicia con la publicación de la Declaratoria de Interés.
 - e. Ejecución contractual: comprende el periodo de vigencia del contrato de Asociación Público Privada, bajo responsabilidad del Ministerio, Gobierno Regional

¹ Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

"Artículo 14-A: Fase de Planeamiento y Programación

El Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas incluye los proyectos a ejecutarse mediante la modalidad de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos,

que se elabora sobre la base de las normas que regulan el Sistema de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

De manera previa a la aprobación del referido Informe, el Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local solicita opinión de Proinversión sobre la modalidad de Asociación Público Privada o Proyecto en Activos propuesta. La opinión de Proinversión se basa en un análisis preliminar de los beneficios de desarrollar el proyecto bajo la modalidad de Asociación Público Privada en comparación con la modalidad de obra pública, en función a los criterios establecidos en el Reglamento.

Tratándose del informe a cargo de los Ministerios, la opinión que emita Proinversión es vinculante para la inclusión de proyectos bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas o Proyectos en Activos. Asimismo, Proinversión puede emitir opinión no vinculante sobre los proyectos que el Ministerio no haya considerado para su ejecución mediante la modalidad de Asociaciones Público Privadas o Proyectos en Activos.

Tratándose del informe a cargo de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, la opinión que emita Proinversión sobre los proyectos para los que se proponga la modalidad de Asociaciones Público Privadas o Proyectos en Activos tiene carácter de no vinculante.

El presente artículo es de aplicación únicamente a aquellos Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales que incorporen en su programación multianual de inversiones proyectos a ser ejecutados bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas o Proyectos en Activos."



o Gobierno Local. Asimismo, comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales.

12. Finalmente, el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1224 regula lo siguiente respecto a la supervisión de las Asociaciones Público Privadas:

"Artículo 10.- Supervisión de los Contratos de Asociaciones Público Privadas

10.1 *Tratándose de proyectos en sectores regulados, la supervisión se sujeta a lo dispuesto en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normatividad vigente.*

10.2 *Los contratos de Asociación Público Privada contienen las disposiciones necesarias para asegurar una supervisión oportuna y eficiente durante la fase de ejecución contractual con la finalidad de salvaguardar primordialmente el cumplimiento de los niveles de servicio."*

b) Asignación de riesgos y equilibrio económico financiero en los Contratos de Concesión

13. Los contratos de concesión son la pieza jurídica principal que regula la relación entre el Estado y los privados en las asociaciones público privadas. Las concesiones relativas a infraestructura se caracterizan por ser relaciones de largo plazo, siendo el Contrato de Concesión el instrumento que contiene las reglas que han de regir la relación entre ambas partes contratantes.
14. Como es lógico, una relación contractual de largo plazo está inherentemente asociada a un alto grado de incertidumbre, por ello uno de los elementos claves en el diseño de las concesiones es tratar de identificar de la mejor forma posible los riesgos que resulten previsibles y asignarlos de manera adecuada entre las partes, para garantizar el óptimo desempeño de la Concesión; es decir, de la provisión de los servicios públicos en beneficio de la sociedad.
15. Así, el criterio generalmente utilizado para la asignación de los riesgos identificados es que sean asumidos por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de hacerlo; es decir, aquella parte con mayor capacidad para reducirlo o controlarlo a menor costo.²³⁴ La asignación del riesgo al más capacitado obedece a la estrecha relación que existe entre riesgos e incentivos; en la medida que un agente esté sometido a cierto riesgo, tendrá el incentivo a manejarlo de la mejor manera posible en función de su propio interés.⁵
16. Por tal motivo, en los Contratos de Concesión suelen definirse los diversos tipos de riesgos (de construcción, arqueológicos y geotécnicos, de demanda, de tasas de interés, riesgo regulatorio, entre otros), la parte a la cual le ha sido asignado cada uno de ellos y los mecanismos de mitigación previstos para afrontarlos.

² Kerf, M. et. al., (1998). Concessions for infrastructure: A Guide to the Design and award. Technical Paper N° 389. Word Bank.

³ Macho-Stadler, I. y Perez-Castrillo, D. (2001). An introduction to the Economics of Information. Incentives and contracts, Oxford University Press.

⁴ Estache, A. y de Rus, G. (2003). Privatización y regulación de infraestructuras de transporte: Una guía para reguladores. Banco Mundial – Alfaomega, páginas 23-25.

⁵ Pereira, A. (2008). Asignación de riesgos en concesiones viales: Evaluación de la aplicación de mecanismos de mitigación de riesgos en contratos de concesión en Uruguay, Documento N° 20/08, Departamento de Economía, Universidad de la República.



17. Ello está orientado a mantener a lo largo de la vigencia del Contrato, el equilibrio que debe existir entre las ventajas que se conceden al privado y las obligaciones que le son impuestas, considerando que los concesionarios asumirán obligaciones de inversión en función de los ingresos que esperan obtener.
18. Dicho equilibrio económico financiero previsto en el Contrato de Concesión, implica que los ingresos totales generados por la prestación del servicio deben permitirle al privado cubrir tanto los costos totales de inversión, como los costos totales de operación y mantenimiento, adicionándole una rentabilidad razonable.
19. En ese sentido, de introducirse una "razón sobreviniente o no prevista" que implique una eventual modificación o reasignación de los riesgos ya establecidos en el Contrato de Concesión, generan una alteración del equilibrio económico, debiendo procurarse el restablecimiento de dicho equilibrio inicial a fin de no menoscabar la capacidad del concesionario de cumplir con sus obligaciones y garantizar la prestación del servicio público.
20. Lo antes dicho, es reconocido también en el ordenamiento jurídico nacional; en efecto, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 en su numeral 2.4 establece como uno de los principios el de valor por dinero, con el objeto de buscar la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de los riesgos en todas las fases del proyecto de APP. Asimismo, señala que la generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APP puede darse de manera no limitativa, entre otros, al momento de identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.
21. En línea con lo ya expresado y considerando que, los riesgos fueron asignados a las Partes a través de los Contratos de Concesión bajo el ámbito de supervisión de OSITRAN, este organismo regulador debe cautelar que no se altere dicha asignación de riesgos, ni el equilibrio económico financiero originalmente pactado; así por ejemplo, dicho análisis es el que efectúa el Regulador al evaluar las solicitudes de modificaciones contractuales.

III.2. Sobre las competencias del OSITRAN

22. Respecto a las competencias de OSITRAN, el artículo 31 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que los Organismos Reguladores en su calidad de Organismos Públicos Especializados, tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su ley de Creación. Asimismo, el inciso 1) del artículo 32° de la Ley N° 29158, establece que los Organismos Reguladores "*se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional*".
23. La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos, dictó los lineamientos y normas de aplicación general para todos los organismos reguladores, encontrándose incluido dentro de sus alcances el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.
24. Asimismo, el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, establece que los Organismos Reguladores ostentan función normativa, la cual comprende la facultad de



dictar en el ámbito y materia de sus respectivas competencias, entre otros, reglamentos que regulen los procedimientos a su cargo. Asimismo, dicha potestad faculta a los Organismos Reguladores a tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos, aprobando su propia Escala de Sanciones.

25. Conforme a lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, "la misión de Ositran es 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; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito" [subrayado agregado].
26. Asimismo, el artículo 4º de la Ley N° 26917 señala que "Ositran ejerce su competencia sobre las entidades prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público". [subrayado agregado]. Por su parte, el literal m) del artículo 1, del Reglamento General de OSITRAN - REGO (Decreto Supremo N° 044-2013-PCM), define el término Infraestructura, según lo siguiente:

"m) INFRAESTRUCTURA: Sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los usuarios y por las cuales se cobre una prestación.

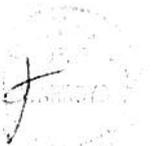
La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, ferroviaria, red vial nacional y regional de carreteras y otras infraestructuras de transporte de uso público, de carácter nacional o regional.

Se encuentran excluidas del concepto de infraestructura para efectos de la presente norma:

- i. La infraestructura portuaria o aeroportuarias que se encuentren bajo la administración de las Fuerzas Armadas o Policiales, en tanto dicha utilización corresponda a la ejecución de actividades de defensa nacional y orden interno y no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica.
- ii. La infraestructura vial urbana y otra forma de infraestructura que sea de competencia municipal, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, con excepción de la infraestructura señalada en la Ley N° 29754.
- iii. La infraestructura de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efecto de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. En consecuencia, no es infraestructura portuaria de uso privado, aquella a que se refiere el artículo 20 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC".

[Subrayado agregado]

27. Por su parte, el artículo 5º de la citada Ley establece que OSITRAN tiene como objetivos: "(i) velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte, (ii) velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión, (iii) resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras, de acuerdo



con lo establecido en su Reglamento, y (iv) fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI”.

28. De igual modo es importante tener en cuenta que el numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 26917, establece que las atribuciones reguladoras y normativas del OSITRAN, 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.
29. De conformidad con el marco normativo expuesto, se advierte que OSITRAN en el marco de sus competencias, regula el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público (infraestructura aeroportuaria, portuaria, férrea y la red vial nacional, con excepción de la infraestructura señalada en la Ley N° 29754⁶); así como supervisa el cumplimiento de los contratos de concesión suscritos en el marco de la normativa vigente, entre el MTC y las Entidades Prestadoras, para lo cual ejerce las funciones y atribuciones conferidas por Ley, entre las que se encuentra la facultad normativa en los términos indicados precedentemente.
30. En dicho marco, OSITRAN emitió, entre otros, el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (en adelante, RETA) el cual fue aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, y establece los procedimientos de fijación, revisión y desregulación de tarifas, así como la aplicación de las mismas.

III.3. Sobre las competencias asignadas a OSITRAN en el Proyecto de Ley

31. A continuación se analizarán los elementos que integran el presente proyecto de ley que se refieran a la parte de la Red Vial Nacional concesionada, a los mecanismos que actualmente la regulan; o aquellos elementos que representan propuestas nuevas en el Sector.

a) Autoridades competentes

32. El artículo 3 del Proyecto de Ley, regula lo siguiente respecto a las Autoridades Competentes en el Proyecto de Ley:

"Artículo 3. Autoridades Competentes

3.1 El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la autoridad competente para interpretar los términos y alcances establecidos en la presente ley; así como, dictar las normas complementarias para su adecuada aplicación

3.2 Las autoridades competentes para la aplicación de la presente ley de conformidad con los niveles de Gobierno que corresponden a la organización del Estado, son las siguientes:

⁶ Ley que Dispone que el OSITRAN es competente para ejercer la Supervisión de los Servicios Públicos de Transporte Ferroviario de Pasajeros en las Vías Concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.



- a) El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en la Red Vial Nacional y las vías concesionadas.
- b) Los Gobiernos Regionales, en la Red Vial Departamental o Regional.
- c) Los Gobiernos Locales, en la Red Vial Vecinal o Rural y las vías Urbanas de su jurisdicción.

En todas las concesiones de infraestructura vial, deberá intervenir OSITRAN como sujeto fiscalizador del Estado en la concesión tanto en el proceso de concesión, supervisión de la obra y ejecución de la misma, extendiéndose a la fiscalización en el uso de los recursos recaudados por parte de los operadores de la concesión a efectos de transparentar el uso de los bienes y servicios públicos”.

33. De la lectura del artículo propuesto, se advierte que al proponer la participación de OSITRAN en todas las concesiones de infraestructura vial, este artículo estaría vulnerando lo dispuesto en la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN, pues como se ha señalado en el acápite anterior dicha Ley limita las competencias de OSITRAN únicamente a las concesiones de infraestructura vial de alcance nacional. Asimismo, el REGO excluye de las competencias de este organismo regulador los proyectos vinculados a la explotación de infraestructura de alcance municipal.

34. Adicionalmente, se advierte que el último párrafo del numeral 3.2 del artículo 3 del proyecto de Ley busca otorgar a OSITRAN la facultad de intervenir como sujeto fiscalizador del Estado tanto en el proceso de concesión, como en la supervisión y ejecución de la obra⁷, y se pretende que OSITRAN realice una fiscalización del uso de los recursos que los operadores recauden.



35. Sobre dicha propuesta, cabe indicar que el Decreto Legislativo N° 1224 establece que OSITRAN, ejerce su función supervisora y fiscalizadora en el periodo en el que el Contrato de Asociación Público Privada entra en vigencia; es decir, en la etapa de “ejecución contractual”, limitando la participación de este organismo regulador en las etapas previas –tales como la de “Planeamiento y programación”, “Formulación”, “Estructuración” y “Transacción”- únicamente a lo siguiente:

- a. Realizar comentarios al proyecto de Asociación Público Privada dentro en la etapa de “Estructuración” de la Asociación Público Privada, en caso los solicite el Organismo Promotor de la Inversión Privada.
- b. Emitir opinión sobre las versiones finales del Contrato de Concesión en la etapa de “Transacción” de la Asociación Público Privada.

36. Cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento encargan a otras entidades públicas la ejecución del proceso del diseño y adjudicación de las Asociaciones Público Privadas (MTC – PROINVERSION).



⁷ Si bien en este artículo también se incluye un extremo que extiende las funciones de OSITRAN al uso de los “recursos recaudados por parte de los operadores de la concesión a efectos de transparentar el uso de los bienes y servicios públicos”. EL artículo 7 de este mismo proyecto también establece disposiciones particulares sobre el uso de los recursos, por lo que este extremo se desarrollará al analizar el artículo 7.



37. En ese sentido, consideramos que la propuesta normativa en este extremo no alcanzaría el objeto buscado mediante el presente proyecto de ley, toda vez que ya existen disposiciones que delimitan claramente las competencias de las entidades involucradas en los procesos de promoción de la inversión privada y la ejecución de los contratos resultantes de ellos. A mayor abundamiento, si llegase a prosperar un texto como el del proyecto, se contravendría el marco normativo que establecen las competencias de dichas entidades, razón por la cual se considera que la propuesta no contribuye de manera eficiente a solucionar los problemas que la motiva.
38. Con respecto a la fiscalización de la recaudación, cabe indicar que los Contratos de Concesión ya cuentan con mecanismos correspondientes para tal fin, y su supervisión está a cargo del Regulador, pues ello es condición para el pago del Aporte por Regulación al Regulador que pagan todos los Concesionarios. Adicionalmente, para el caso de las Concesiones cofinanciadas, el MTC requiere de la aprobación de las cifras de recaudación de peajes al Regulador vía informe, como condición para proceder con el pago correspondiente por dicho cofinanciamiento.

b) Sobre las condiciones para el cobro del Peaje

39. El artículo 4 del Proyecto de Ley, regula lo siguiente respecto al cobro de peaje:

"Artículo 4.- De las condiciones de la vía y de los estudios técnicos para el cobro de peaje

"Para el cobro por uso de la infraestructura vial pública, la carretera pavimentada debe encontrarse en óptimas condiciones de transitabilidad, en lo que se refiere al estado de la calzada, bermas, drenaje, señalización, elementos de seguridad, tiempo de espera en el peaje y tratamiento de taludes.

Las condiciones mínimas de servicio de la vía deberán ser materia de reglamentación por parte del Ministerio de Transportes; y serán de aplicación a las vías concesionadas y no concesionadas en todo el territorio nacional."



40. El segundo párrafo del artículo 4º del Proyecto de Ley tiene por objeto que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) establezca las condiciones mínimas de servicio que debe ofrecer la infraestructura vial nacional, incluyendo las vías concesionadas.



41. Sin embargo, es importante mencionar que la mayoría de los Contratos de Concesión en carreteras que están en etapa de ejecución contractual, diseñados por el Organismo Promotor de Inversión Privada incluyen diversas obligaciones sobre los Niveles de servicio que deben alcanzar los concesionarios en las vías. Para tales efectos, los contratos detallan diversos parámetros y objetivos para el tratamiento de baches, fisuras, parchados, ahuellamiento, hundimiento, rugosidad, entre otros; que deben ser cumplidos por todas las empresas concesionarias en la etapa de explotación de los proyectos.



42. En el marco de la función supervisora y fiscalizadora corresponde a OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones detalladas en todos los contratos de concesión en relación con los niveles de servicio; y, establecer las penalidades y/o sanciones que correspondan en los casos de incumplimiento por los concesionarios.



43. De lo anteriormente expuesto, queda claro que en el caso de las carreteras concesionadas, los concesionarios han asumido diversas obligaciones respecto al estado y condiciones en los que deben mantener las carreteras, obligaciones que son objeto de supervisión y fiscalización por parte de este organismo regulador, por lo que de estar dentro del ámbito de aplicación de la nueva reglamentación que desarrolle el Ministerio de Transportes y Comunicaciones sobre la materia, se podría generar una colisión con las obligaciones ya establecidas en los Contratos de Concesión.
44. En ese sentido, correspondería excluir de la aplicación de este artículo a las carreteras concesionadas, en cuanto a lo referido a las condiciones mínimas de servicio de la vía, debiendo señalarse de manera expresa que para tales efectos, los concesionarios privados deberán regirse de acuerdo a lo establecido en sus respectivos Contratos de Concesión.
45. Sin perjuicio de lo expresado, debe tenerse en cuenta que en un escenario en el cual la promulgación del proyecto de Ley origine una reglamentación del MTC que imponga mayores obligaciones a los concesionarios para el mantenimiento y la conservación del estado de la vía que las previamente pactadas en el Contrato de Concesión, se podría generar un incremento en los costos de operación que a su vez impliquen una alteración del equilibrio económico – financiero; por lo que, con el de reestablecer el equilibrio inicial, los agentes privados podrían requerir que el Estado incurra en mayores compromisos fiscales, por lo que este aspecto de la Ley debería además ser validado por el Ministerio de Economía y Finanzas, por ser de su competencia.

c) Sobre la vía alterna de carácter gratuito

46. El artículo 5 del Proyecto de Ley, regula lo siguiente respecto a la vía alterna de carácter gratuito:

"Artículo 5.- De la vía alterna o accesoria de carácter gratuito

Para el caso de las vías concesionadas y no concesionadas de la red vial a nivel nacional, es obligatorio que éstas cuenten con vía alterna o accesoria de carácter gratuito; en virtud, de respetar el derecho a la libertad de tránsito o derecho de locomoción."

47. Sobre esta disposición es importante resaltar que si bien tiene como propósito garantizar el derecho al libre tránsito de las personas; este proyecto no identifica sobre qué agente (privado o público) recaería la obligación de invertir en la construcción de dicha vía de carácter gratuito, por lo que resulta necesario que el proyecto de Ley identifique al responsable de ejecutar dicha obra, en los casos en los que dicha vía no exista.
48. Adicionalmente, cabe indicar que establecer una nueva vía alterna de la carretera de carácter gratuito, podría generar un cambio en las condiciones pactadas en los Contratos de Concesión, alterando el equilibrio económico – financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes, en particular, una alteración del riesgo de demanda de la carretera concesionada.
49. En el caso de las concesiones viales, al tratarse de una demanda derivada de la necesidad de movilización de los usuarios, el riesgo de demanda no suele ser asumido completamente por los operadores privados. Incluso en las concesiones autofinanciadas, los contratos de



concesión han utilizado cláusulas de Ingreso Mínimo Anual Garantizado como mecanismo para mitigar el riesgo de demanda. Dicha figura implica una garantía (ingreso mínimo anual) a cargo del Concedente, de modo que en caso la demanda registrada en la Concesión sea inferior a una determinada cantidad, el Estado deberá cubrir con sus recursos la diferencia entre dicho Ingreso Mínimo y los recursos recaudados.

50. Asimismo, en el caso de las carreteras concesionadas bajo la modalidad de cofinanciamiento, e incluso en las autofinanciadas, la creación de una vía alterna gratuita generaría una reducción en la demanda de usuarios de las vías de la Concesión, generando un menor flujo de ingresos que afectaría al Estado al haber asumido el riesgo de demanda en la relación contractual. Dicha situación implicaría un incremento en los compromisos fiscales por parte del Estado, por lo que este aspecto de la Ley debe ser validado por el Ministerio de Economía y Finanzas, por ser de su competencia.
51. En la misma línea, aun cuando el privado hubiera asumido el riesgo de demanda, una reducción de la recaudación generaría un impacto para las concesiones cofinanciadas, pues la recaudación podría resultar insuficiente para cubrir parte o todos los costos de inversiones y obras de mantenimiento, lo cual pondría en riesgo la sostenibilidad de la provisión del servicio o de lo contrario el Estado tendría que asumir el pago de dichos recursos.

d) Sobre el tiempo máximo de espera en cola

52. El artículo 6 del Proyecto de Ley, regula lo siguiente respecto al tiempo de espera en las garitas de peaje:

"Artículo 6.- Del tiempo máximo de espera en las garitas de cobro de peaje

Si el tiempo de espera de un vehículo para pasar un peaje fuera mayor a 15 minutos contados desde entrar en zona de peaje y levantarse el brazo hidráulico; se procederá a levantar la tranquera".

53. Sobre el particular, en la gran mayoría de los Contratos de Concesión ya se han incluido cláusulas que regulan el tiempo de espera en cola mínimo para que las empresas concesionarias den libre tránsito a los vehículos y/o se le apliquen a las empresas concesionarias las sanciones y/o penalidades correspondientes. Al respecto, en el siguiente cuadro se muestra un resumen de las cláusulas referidas al tiempo de espera en cola que se regula en los Contratos de Concesión:

Cuadro 1. Tiempo de espera en cola en los Contratos de Concesión

Nombre de la Concesión	Clausula donde se regula el "Tiempo de Espera en Cola" y su metodología de cálculo	Tiempo de espera en cola
Red Vial Nº 5 - Tramo Ancón-Huacho-Pativilca	Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos
Red Vial Nº 6 - Pucusana-Cerro Azul-Ica	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
IIRSA Norte: Paita-Yurimaguas	Capítulo 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
IIRSA Sur, Tramo 2 : Urcos-Inambari	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
IIRSA Sur, Tramo 3: Inambari-Iñapari	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada



Nombre de la Concesión	Clausula donde se regula el "Tiempo de Espera en Cola" y su metodología de cálculo	Tiempo de espera en cola
IIRSA Sur, Tramo 4: Azángaro-Inambari	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
Buenos Aires-Canchaque	No se regula en el Contrato un Tiempo de Espera	
IIRSA Sur, Tramo 1: Marcona – Urcos	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
IIRSA Sur, Tramo 5: Ilo, Matarani - Azángaro	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
Red Vial N° 4 - Pativilca - Puerto Salaverry	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
Tramo Vial - Ovalo Chancay - Huaral - Acos	No se regula en el Contrato un Tiempo de Espera	
Tramo Vial - Mocupe - Cayaltí - Oyotún	No se regula en el Contrato un Tiempo de Espera	
Autopista del Sol - Trujillo-Sullana	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
IIRSA Centro - Tramo 2	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
Tramo Vial Desvío Quilca - Desvío Arequipa (Repartición) - Desvío Matarani - Desvío Moquegua - Desvío Ilo - Tacna - La Concordia	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada
Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N	Numeral 7 de la Sección 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión	5 minutos para medición aislada

Fuente: Contratos de Concesión
Elaboración: Propia

54. Tal como se aprecia en el cuadro anterior, los Contratos de Concesión establecen que en caso se registrara una medición de Tiempo de Espera en Cola superior a cinco (5) minutos, el concesionario permitirá el libre tránsito de los vehículos; caso contrario, se le aplicará las sanciones y/o penalidades que correspondan.
55. Teniendo en consideración lo señalado en el párrafo anterior, se debe indicar que establecer vía normativa nuevas condiciones sobre el tiempo de espera en cola, cambiaría las condiciones de los contratos de Concesión diseñados por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, lo cual podría generar un impacto negativo en el Bienestar de los Usuarios y por tanto el proyecto de ley en este extremo no es viable. Al respecto, el Tiempo de Espera en Cola establecido en el Proyecto Ley es superior al establecido en la gran mayoría de los Contratos de Concesión, dado que propone establecer un Tiempo de Espera en cola de 15 minutos, mientras que la mayoría de los Contratos de Concesión tiene regulado un tiempo de espera en cola de 5 minutos, lo cual perjudicaría a los usuarios debido a que tendrían que esperar 10 minutos adicionales para que se dé el libre tránsito en la infraestructura vial.

e) Sobre el uso de los montos cobrados del peaje

56. El artículo 7 del Proyecto de Ley, regula lo siguiente respecto al cobro de peaje:

"Artículo 7.- Del uso de los recursos

Los recursos que se recauden por los conceptos establecidos en la presente ley, son intangibles y solo podrán ser utilizados en las obras del programa de mantenimiento (costos directos y



administrativos) del tramo que lo genera; de haber superávit, éstos serán utilizados en los trabajos similares de la Red Vial que lo genera. Las vías concesionadas se regirán respecto a este acápite, bajo las condiciones estipuladas en el Contrato de Concesión y adendas respectivas.

[Subrayado agregado]

57. De la lectura del texto propuesto, se desprende con claridad que las carreteras concesionadas no estarían dentro del alcance de las disposiciones de dicho artículo que plantea reglas específicas para el uso de los recursos que se obtengan vía la recaudación de los peajes. En efecto, el texto antes citado señala expresamente que en el caso de los tramos viales concesionados, prevalecerán las condiciones sobre uso de los recursos previamente pactados en los respectivos Contratos de Concesión y sus respectivas modificaciones contractuales aprobadas.
58. En ese sentido, dicho artículo no generaría ningún efecto sobre el uso de los recursos en las carreteras concesionadas por lo que dicha disposición no afectaría las infraestructuras viales que se encuentran bajo el ámbito de OSITRAN.

f) Del cobro a los usuarios

59. Los artículos 8, 10 y 11 del Proyecto de Ley regulan lo siguiente respecto al cobro de peaje:

"Artículo 8.- De los cobros a los usuarios

Los cobros de tasas a los usuarios, están referidos a la prestación efectiva por uso de la infraestructura vial a nivel nacional, tanto por el Estado como servicio público para el caso de las vías no concesionadas y como el servicio privado para el caso de las vías concesionadas".

"Artículo 10.- De los cobros de la tasa de peaje

Las autoridades competentes cobrarán la tasa de peaje en función a la ubicación de las unidades de peaje, en los cuales se aplicarán tasas proporcionales a las distancias recorridas, teniendo como base la tasa de equilibrio calculada para módulos de 100 km. determinados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Para el caso de las vías concesionadas, se aplicará como referencia este criterio.

En el plazo de tres años, contados desde la dación de la presente norma; todos los sistemas de peajes a nivel nacional, deberán contar obligatoriamente con un sistema de pago electrónico sea por tarjeta prepago, tarjeta de débito, tarjeta de crédito, pago por billetera móvil a efectos de dinamizar el sistema de peaje.

[Subrayado agregado]

"Artículo 11.- De la ubicación de las unidades de peaje

Teniendo como base de criterio de cálculo de la tasa de equilibrio determinado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, las autoridades establecidas en el artículo 3° de la presente ley, ubicarán las unidades de peaje en la Red Vial de su competencia. Para el caso de las vías concesionadas, éstas se ubicarán en los lugares dispuestos en el contrato de concesión, debiendo tomar como referencia que para el cobro de las mismas, el artículo 8° de la presente ley. Cabe resaltar que, a partir de la dación de la presente norma; no se ubicarán peajes de vías concesionadas dentro de las ciudades.

En caso de conflicto entre las autoridades competentes de las Redes Viales para la ubicación de unidades de peaje, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones determinará la ubicación final de éstas."



[Subrayado agregado]

60. Conforme a lo establecido en el artículo 19 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 y el literal c) del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1224, la responsabilidad del diseño del Contrato de Concesión es del Organismo Promotor de Inversión Privada. En ese sentido, el establecimiento de nuevas reglas para el cobro de peajes, tales como tasas, nuevos criterios de cobro sobre la base de distancias mínimas o proporcionales a las distancias recorridas y la ubicación de unidades de peajes, implicarían un cambio en las condiciones de los Contratos de Concesión diseñados por el Organismo Promotor de la Inversión Privada. En particular, se alteraría el equilibrio económico – financiero, en lo referido a derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes en las etapas que comprendieron la formulación y estructuración del diseño del Contrato; además de vulnerar la voluntad de las partes que suscribieron los contratos.
61. Asimismo, establecer como condición obligatoria para todos los sistemas de peajes a nivel nacional la puesta en operación de un sistema de pago electrónico que admita tarjeta prepago, tarjeta de débito, tarjeta de crédito, pago por billetera móvil generaría mayores costos de inversión y/o mayores costos de mantenimiento, los cuales al no haber sido contemplados en el diseño original del Contrato podría impactar en los costos y a su vez alterar el equilibrio económico financiero inicial.
62. De igual forma que los casos anteriores, a fin de reestablecer el equilibrio inicial, los agentes privados podrían requerir que el Estado incurra en mayores compromisos fiscales, por lo que este aspecto de la Ley debe ser validado por el Ministerio de Economía y Finanzas, por ser de su competencia.
63. Adicionalmente, sobre este punto, debe mencionarse que en la medida que dicha disposición tiene por objeto dinamizar el flujo de los vehículos en las unidades de peaje, dicha obligación debería ser orientada únicamente a aquellos tramos viales en los que se registre alta congestión vehicular, de modo que no se incremente innecesariamente los costos de inversión y, de ser el caso, de mantenimiento de la concesión.
- g) De la publicación en el portal de OSITRAN, del MTC y el Diario Oficial "El Peruano"; de los montos recaudados por peaje

64. El artículo 9 del Proyecto de Ley, regula lo siguiente respecto al cobro de peaje:

"Artículo 9. De la transparencia en la recaudación por el cobro del conceptos de peaje a los usuarios.

Todos los conceptos cobrados a los usuarios que usan las vías terrestres a nivel nacional, deberán ser publicados en el portal del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), de manera detallada y actualizadas diariamente; precisando el ingreso de recaudación por cabina de peaje.

De incumplirse esta disposición por parte de los operadores de las vías concesionadas y no concesionadas, el Ministerio de Transportes establecerá los mecanismos de sanción pertinentes mediante reglamento.

Asimismo, para conocimiento de los usuarios y del público en general, y previo al inicio del cobro, las tasas aprobadas deberán ser publicadas en el diario oficial "El Peruano".

65. Como se ha indicado anteriormente, OSITRAN es competente para supervisar y fiscalizar a las entidades prestadoras de las vías que se encuentran concesionadas en el país. Siendo así, el presente análisis se restringirá a las vías concesionadas.
66. Teniendo en cuenta lo antes indicado, es pertinente precisar que los operadores de las vías concesionadas bajo el ámbito de competencia de OSITRAN están sujetos a las normas establecidas en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-OSITRAN y sus modificatorias, el cual establece los siguientes medios de publicidad de tarifas:

"Artículo 29. Entrada en vigencia y aplicación efectiva de las Tarifas establecidas en el Tarifario

Las Tarifas que establezca la Entidad Prestadora entrarán en vigencia en un plazo no menor a diez (10) días contados a partir de la fecha de publicación del respectivo Tarifario o de su modificación, salvo en el caso previsto en el artículo 32, la misma que deberá ser comunicada a OSITRAN de conformidad con lo establecido en el artículo 34.

Para los casos de rebajas tarifarias y nuevas concesiones de infraestructura, éstas podrán entrar en vigencia a partir de la fecha de su publicación o desde la fecha de inicio de la Concesión, según corresponda. En ambos casos, las nuevas tarifas deberán ser comunicadas a OSITRAN a más tardar el mismo día de su entrada en vigencia. El no cumplimiento de lo previsto en el presente artículo será sancionado de conformidad con lo previsto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN."



"Artículo 30.- Contenido mínimo del Tarifario

(...)

3. El Tarifario de las Entidades Prestadoras de servicios derivados de la explotación de infraestructura vial incluirá:
 - a. Tarifa por peaje;
 - b. Unidad de medida;
 - c. Importe de la Tarifa en Nuevos Soles Incluyendo el Impuesto General a las Ventas (IGV) cuando corresponda;
 - d. Tipo de Cambio utilizado y fecha de conversión cuando corresponda;
 - e. Vehículos exonerados del pago de peaje;
 - f. Otras tarifas de servicios obligatorios u opcionales;
 - g. Condiciones para la aplicación y pago de la tarifa;
 - h. Información sobre política comercial aplicable;
 - i. Referencia a las modificaciones efectuadas en el contenido del tarifario, cuando corresponda."



Artículo 33.- Obligación de publicar el Tarifario y sus modificaciones

Las Entidades Prestadoras deberán contar, mantener actualizado y publicar en su página web, un Tarifario que contenga la lista de todas las Tarifas aplicables a todos y cada uno de los servicios regulados que prestan, incluyendo las ofertas, canastas, descuentos y promociones en general que aplicará en el marco de su política comercial.



Los anuncios de modificación del tarifario a que hace referencia el último párrafo del presente artículo deberán indicar adicionalmente la página web que contenga el íntegro del tarifario propuesto y el vigente. Los Tarifarios y sus modificaciones deberán estar disponibles en todas las oficinas comerciales y los locales de las Entidades Prestadoras, así como en los puntos de recaudación ubicados en las infraestructuras a su cargo.

En los casos en que la Entidad Prestadora tenga a su cargo más de una infraestructura de transporte de uso público, deberá publicar las tarifas y políticas comerciales correspondientes, en cada uno de los locales en donde se brinda o paga el servicio.

El tarifario actualizado a que hace referencia el artículo 32 o en su caso, las tarifas y políticas comerciales aplicables a una infraestructura en particular, de conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, deberá ser publicado por la Entidad Prestadora en un diario de amplia circulación dentro del área en donde está ubicada la infraestructura a su cargo.

En los casos en que modifique el Tarifario, la Entidad Prestadora deberá publicar la materia de modificación en su página web y en un diario de amplia circulación. Adicionalmente, la publicación en el diario debe contener la dirección de la página web del tarifario actualizado. Dicha publicación deberá efectuarse con una anticipación no menor a diez (10) Días a la fecha de entrada en vigencia correspondiente. Del mismo modo, la publicación deberá efectuarse dentro del área en donde está ubicada la infraestructura, en la que se aplica la tarifa o la política comercial que es materia de modificación."

Artículo 34.- Obligación de comunicar a OSITRAN el Tarifario y sus modificaciones

Las Entidades Prestadoras están obligadas comunicar su Tarifario y sus modificaciones a OSITRAN con anterioridad a la entrada en vigencia de las mismas y a más tardar en la fecha de publicación a que se refiere el Artículo anterior.

67. De acuerdo con los artículos antes señalados se advierte que actualmente los concesionarios tienen las siguientes obligaciones relacionadas con la publicidad de las tarifas que cobran:

- Las Tarifas entran en vigencia en un plazo no menor a diez (10) días contados a partir de la fecha de publicación del respectivo Tarifario o de su modificación. En caso de rebajas tarifarias y nuevas concesiones de infraestructura, las tarifas podrán entrar en vigencia a partir de la fecha de su publicación o desde la fecha de inicio de la Concesión.
- El Tarifario que publican debe contener como mínimo: Tarifa, unidad de medida, tarifa más IGTV, tipo de cambio, vehículos exonerados de pago, así como las condiciones de aplicación de las tarifas, entre otros detalles.
- El Tarifario deberá mantenerse actualizado.
- El Tarifario será publicado en la página web del Concesionario y estará disponible en todas sus oficinas comerciales y locales, así como en todos los puntos de recaudación.
- El Tarifario será publicado en un diario de amplia circulación dentro del área en donde está ubicada la infraestructura.
- Cuando modifique el tarifario, deberá publicar por lo menos diez (10) Días antes de la fecha de entrada en vigencia la materia de modificación en su página web y en un diario de amplia circulación. En este caso la publicación en el diario debe contener la dirección de la página web de tarifario actualizado.
- Todo lo anterior será comunicado a OSITRAN para la supervisión y fiscalización respectiva.

68. Siendo así, se advierte que los concesionarios de las redes viales bajo competencia de OSITRAN ya cuentan con obligaciones propias que regulan su actuación en cuanto a la



publicidad de las tarifas a ser cobradas a los usuarios de la vía, cuyo cumplimiento es supervisado por este Organismo Regulador. Asimismo, conforme con lo establecido en el artículo 15° del RETA, el incumplimiento de dicho Reglamento se sujeta a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, en el que se regulan las sanciones a ser impuestas a los concesionarios de incumplir con sus obligaciones legales en materia tarifaria.

69. Teniendo en cuenta lo antes indicado, no corresponde que mediante una propuesta legislativa se regulen materias que son expresamente de competencia del Regulador, tales como la aplicación de las tarifas en las vías concesionadas. De otro lado, tampoco corresponde que mediante el referido proyecto de ley se establezca que el MTC fiscalice el cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de los concesionarios, dado que ello es función del Regulador, razón por la cual no se le pueden otorgar facultades para que "establezcan mecanismos de sanción". Ciertamente, ello además de ser innecesario, contraviene la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley N° 27332 y la Ley N° 26917, las cuales, como se indicó, facultan a OSITRAN a ejercer sus competencias con autonomía y en el marco de sus funciones establecidas legalmente.

IV. CONCLUSIONES

70. Sobre la base de lo expuesto en el presente informe se desprenden las siguientes conclusiones:

- (i) En el ámbito de las vías concesionadas, la regulación se rige sobre la base de Contratos entre el Estado y los agentes privados, que bajo la modalidad de APP desarrollan proyectos de inversión pública mediante una sociedad conjunta, en la cual se establece una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que estos sean asignados eficientemente.
- (ii) El Decreto Legislativo N° 1224, que define las APP, reconoce a los inversionistas los derechos para el cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el Contrato.
- (iii) Asimismo, dentro de este contexto OSITRAN ya tiene señalada su participación tanto en su función supervisora como fiscalizadora, la cual está limitada al periodo de vigencia o ejecución de los Contratos de Asociación Público Privada. El marco normativo vigente solo contempla la participación de OSITRAN en fases previas a la fase de "ejecución contractual", en lo referido a (i) la realización de comentarios en la etapa de "Estructuración" de la APP, en caso sea solicitada por PROINVERSION; y (ii) la emisión de opinión, no vinculante, a las versiones finales del Contrato de Concesión.
- (iv) Con respecto a las nuevas disposiciones incluidas en el Proyecto de Ley analizado, debe mencionarse que en cuanto a la definición de las autoridades competentes, no se considera viable que mediante dicho proyecto de Ley se amplíen las funciones de OSITRAN a las concesiones de alcance municipal y a las etapas previas a la fase de ejecución contractual, en la medida que la normativa vigente delimita las competencias y funciones de OSITRAN y de las diversas instituciones públicas que participan de los procesos de promoción de la inversión privada. En caso se mantenga el texto propuesto, se contravendría la Ley de



Creación de OSITRAN y el ordenamiento jurídico existente en materia de Asociaciones Público Privadas.

(v) Respecto de otros artículos contenidos en el proyecto de Ley objeto de análisis, a continuación se expone de manera resumida la opinión de OSITRAN

- Sobre el artículo 3, en el cual se busca asignar un rol fiscalizador al OSITRAN, tanto en el proceso de Concesión, supervisión y ejecución de obra, así como en el uso de los recursos recaudados, el Regulador considera innecesaria la propuesta normativa en este extremo, toda vez que ya existen disposiciones que delimitan claramente las competencias de las entidades involucradas en los procesos de promoción de la inversión privada y la ejecución de los contratos resultantes de ellos. En efecto, si llegase a prosperar un texto como el del proyecto propuesto, se contravendría el marco normativo que establecen las competencias de dichas entidades.
- Respecto al artículo 4 referido al establecimiento de las condiciones mínimas de transitabilidad de las vías concesionadas, se recomienda excluir a las Concesiones del alcance de dichas disposiciones, en la medida que los Contratos de Concesión ya establecen diversas obligaciones y estándares de niveles de servicio que deben ser alcanzados en los tramos viales concesionados, cuyo cumplimiento es supervisado y fiscalizado por OSITRAN.
- Sobre el artículo 5, orientado a la habilitación de una vía alterna a cada carretera de carácter gratuito, debe tenerse en cuenta el impacto de dicha alternativa sobre el nivel de demanda de las vías concesionadas, habida cuenta que el riesgo de demanda ya ha sido asignado en los contratos de concesión. En la medida que la característica principal de dicha demanda es que se trata de una demanda derivada de la necesidad de movilización de los ciudadanos, el riesgo de demanda suele ser asumido por el Estado, de modo tal que, la reducción del flujo vehicular en las carreteras concesionadas puede generar mayores aportes potenciales por parte del Estado, especialmente en las concesiones bajo la modalidad cofinanciada.
- En cuanto al artículo 6, que propone regular el tiempo de espera en las unidades de peaje, debido a que los Contratos de Concesión ya contienen cláusulas que regulan este indicador de calidad para los usuarios que son más exigentes que los previstos en el Proyecto de Ley, una ampliación en el tope ya establecido en los contratos generaría un impacto negativo en el bienestar de los Usuarios, al tener que esperar 10 minutos adicionales para beneficiarse de la liberación del pago de peaje. Por tanto el proyecto de ley en este extremo no sería viable.
- Sobre el artículo 7, éste propone limitar el uso de los recursos recaudados de las Concesiones de alcance municipal únicamente al programa de mantenimiento de las vías, lo cual no generaría ningún efecto sobre el uso de los recursos en las carreteras concesionadas por lo que dicha disposición no afectaría las infraestructuras viales que se encuentran bajo el ámbito de OSITRAN.
- En torno a los artículos 8, 10 y 11 referidos a las condiciones para el cobro a los usuarios por la prestación efectiva por el uso de la infraestructura vial a nivel nacional, en línea con lo



señalado anteriormente, se hace la observación que el establecimiento de nuevas reglas para el cobro de peajes, tales como tasas, nuevos criterios de cobro sobre la base de distancias mínimas o proporcionales a las distancias recorridas, ubicación de unidades de peaje u obligaciones de nuevos sistemas de pago electrónicos, constituyen cambios en las condiciones de los Contratos como responsabilidades y riesgos asignados a las Partes en las etapas que comprendieron la formulación y estructuración del diseño del Contrato.

- Cabe señalar que las modificaciones propuestas en los artículos analizados que generen cambios en las condiciones iniciales de los Contratos, y a su vez, una alteración del equilibrio económico – financiero en detrimento de los intereses de una de las partes, da derecho al restablecimiento del equilibrio inicial ante un reclamo de la parte afectada, lo cual puede requerir que el Estado incurra en mayores compromisos fiscales, por lo que este aspecto de la Ley debe ser validado por el Ministerio de Economía y Finanzas, por ser de su competencia.
- Finalmente, en lo concerniente al artículo 9, el cual dispone la publicación en el portal de OSITRAN, del MTC y el Diario Oficial "El Peruano"; no corresponde que mediante una propuesta legislativa se regulen materias que son expresamente de competencia del Regulador, tales como la aplicación de las tarifas en las vías concesionadas. De otro lado, tampoco corresponde que mediante el referido proyecto se establezca que el MTC fiscalice el cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de los concesionarios, dado que ello es función del Regulador, razón por la cual no se le pueden otorgar facultades para que "establezcan mecanismos de sanción". Lo señalado, además de innecesario, contraviene la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley N° 27332 y la Ley N° 26917.

V. RECOMENDACIÓN

Remitir la opinión contenida en el presente Informe al señor Congresista de la República Guillermo A. Bocangel Weydert, Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República, para los fines pertinentes.



RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)



FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA

Gerente de Supervisión y Fiscalización



SUSANA VILLAVICENCIO MALTESSE

Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Reg. Sal. 2221217

20



COMISION DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES	
Proveido N°	<i>Señor Leon</i>
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
Firma	Fecha: <i>21/10/12</i>