



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 08 de enero de 2018

Oficio N° 001-18-PD-OSITRAN



Señor
ROY VENTURA ANGEL
Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Presente.-

Asunto: Solicitud de opinión sobre Proyecto de Ley N° 2147/2017-CR

Referencia: Oficio N° 664-2017-2018-CTC/CR

De mi mayor consideración:

Me dirijo a usted, en atención al documento de la referencia, a través del cual solicita nuestra opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2147/2017-CR, relativo a la modificación de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional.

Al respecto, se remite el Informe N° 001-18-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica, mediante el cual se emite respuesta a su pedido de opinión.

Sin otro particular, quedo de usted,

Atentamente,


VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

Adjunto: lo indicado.

Reg. Sal. PD N° 607-18



YA



INFORME N° 001-18-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

Asunto : Opinión del Proyecto de Ley N° 2147/2017-CR, denominado "Ley que modifica la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional"

Referencia : Oficio N° 664-2017-2018-CTC/CR (HT 27173)

Fecha : 05 de enero de 2018

I. OBJETO

1. El objeto del presente Informe es emitir opinión respecto del Proyecto de Ley N° 2147/2017-CR, denominado "Ley que modifica la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional".

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 13 de diciembre de 2017, mediante el Oficio N° 664-2017-2018-CTC/CR, el Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República remitió el Proyecto de Ley N° 2147/2017-CR, denominado "Ley que modifica la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional" (en adelante el Proyecto de Ley), a fin de que OSITRAN emita opinión sobre el mismo.

III. ANÁLISIS

3. El Proyecto de Ley, en su artículo Único, dispone la modificación de los numerales 10.2 y 10.3 del artículo 10 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional e incorpora una Única Disposición Complementaria Transitoria.
4. El análisis se ha estructurado en tres secciones: (i) Sobre la modificación del numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley N° 27943, (ii) Sobre la modificación del numeral 10.3 del artículo 10 de la Ley N° 27943; y, (iii) Sobre la incorporación de una Única Disposición Complementaria Transitoria.

III.1. Sobre la modificación del numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley N° 27943

5. El referido Proyecto de Ley modifica el numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley N° 27943, en los siguientes términos:

Ley N° 27943	Proyecto de Ley
"10.2 De conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y con arreglo a los procesos y procedimientos establecidos por la Ley aplicable a los bienes del Estado y el fomento de la inversión privada, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones por Decreto Supremo, y los Gobiernos Regionales por Ordenanza Regional, para el caso de puertos regionales, y en relación con las competencias que la presente Ley otorga a la Autoridad Portuaria Nacional y a las Autoridades Portuarias Regionales, respectivamente, podrán otorgar temporalmente la administración de una infraestructura	"10.2 De conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y con arreglo a los procesos y procedimientos establecidos por la Ley aplicable a los bienes del Estado y el fomento de la inversión privada, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para el caso de puertos y/o terminales portuarios de alcance y ámbito nacional y los Gobiernos Regionales, para el caso de puertos regionales, y en relación con las competencias que la presente Ley otorga a la Autoridad Portuaria Nacional y a las Autoridades Portuarias Regionales, respectivamente,



Ley N° 27943	Proyecto de Ley
<p>al sector privado mediante cualquier modalidad o instrumento contractual reconocido en esta Ley; sin uso exclusivo de dicho bien para la prestación de servicios portuarios esenciales, regulados en la normativa de la materia, que se presten en libre competencia, por lo que la explotación económica de dichos bienes no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria que éstos requieren necesariamente para proveer sus servicios, salvo lo previsto en el numeral 11.3 del artículo 11 de esta Ley. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Autoridad Portuaria competente podrán definir, en cada caso, la conveniencia de otorgar el Uso Exclusivo sobre la infraestructura portuaria que se otorgará en administración al sector privado."</p>	<p>podrán otorgar temporalmente la administración de una infraestructura portuaria al sector privado mediante cualquiera de las modalidades de Asociaciones Público Privadas establecidas en las normas de la materia, sin uso exclusivo de dicho bien para la prestación de servicios portuarios esenciales, regulados en la normativa de la materia, que se presten en libre competencia, por lo que la explotación económica de dichos bienes no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria que éstos requieren necesariamente para proveer sus servicios, salvo lo previsto en el numeral 11.3 del artículo 11 de esta Ley. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Autoridad Portuaria competente podrán definir, en cada caso, la conveniencia de otorgar el Uso Exclusivo sobre la infraestructura portuaria que se otorgará en administración al sector privado."</p>

6. Al respecto, dicha modificación tiene por finalidad eliminar una formalidad previa a la suscripción de –entre otros- los contratos de concesión de infraestructura de transporte portuario, consistente en la emisión de un Decreto Supremo en el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y una Ordenanza Regional en el caso de los Gobiernos Regionales, mediante la cual se otorga la administración de la concesión al sector privado.
7. Tal como se indica en la Exposición de Motivos del proyecto de ley, dicha formalidad no resulta exigible en la concesión de otros tipos de infraestructura como la ferroviaria, aeroportuaria y red vial, en las que el otorgamiento de las concesiones culmina con la suscripción del contrato respectivo entre el Estado y el privado, previo proceso de adjudicación de conformidad con el marco normativo vigente.
8. En tal sentido, si bien la modificación abarca un tema que no está relacionado con las funciones que ejerce este Regulador, sino que involucra al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a los Gobiernos Regionales, según corresponda; se considera viable dicha modificación, toda vez que esta se ajusta al Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF). En efecto, en esta normativa no se establece como requisito previo a la celebración de un contrato de concesión (dentro de los cuales se encuentran las concesiones portuarias), la emisión de una norma previa. Por el contrario, el artículo 12.1 del DL 1224¹ dispone que el contrato constituye título suficiente para que el inversionista ejerza los derechos que este le confiere.

III.2. Sobre la modificación del numeral 10.3 del artículo 10 de la Ley N° 27943

9. El referido Proyecto de Ley modifica el numeral 10.3 del artículo 10 de la Ley N° 27943, en los siguientes términos:

¹12.1 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.



Ley N° 27943	Proyecto de Ley
<p>10.3 La infraestructura portuaria podrá ser entregada en administración al sector privado hasta por 30 años y en cualquiera de las modalidades siguientes:</p> <p>a) Asociación en Participación. b) Contratos de Arrendamiento. c) Contratos de Concesión. d) Contratos de Riesgo Compartido. e) Contratos de Gerencia. f) Contratos Societarios; y, g) Otras modalidades establecidas en la legislación.</p>	<p>10.3 La infraestructura portuaria podrá ser otorgada temporalmente en administración el sector privado, por el plazo de vigencia indicado en el contrato, el que en ningún caso excede de sesenta años y en cualquiera de las modalidades de Asociaciones Público Privadas establecidas en las normas de la materia. El plazo de vigencia se inicia en la fecha de suscripción del respectivo contrato.</p>

10. Mediante la citada modificación se busca ampliar el período de vigencia máxima del otorgamiento temporal de infraestructura portuaria al sector privado, de 30 a 60 años.
11. Sobre el particular, es importante mencionar que tanto la normativa vigente sobre asociaciones público privadas como la anterior a esta, han previsto que dichas asociaciones puedan tener una vigencia máxima de 60 años; sin embargo, la normativa actual incluso establece de manera expresa que dicho plazo podrá ser menor de conformidad con la normativa especial, como es el caso de la normativa portuaria que establece un plazo máximo de 30 años.
12. En tal sentido, esta modificación no constituye propiamente una adecuación como indica la Exposición de Motivos, toda vez que como se ha indicado, el artículo 19 del DL 1224² prevé expresamente la existencia de regímenes especiales en los que el plazo de vigencia de una asociación público privada sea menor a 60 años.
13. Por lo tanto, si bien desde el punto de vista legal no existe impedimento para uniformizar el período máximo de vigencia de las concesiones del sector portuario con otras infraestructuras como la aeroportuaria, férrea y vial; resulta conveniente señalar que a mayor horizonte temporal, mayores son los riesgos relevantes vinculados a factores dinámicos de índole económico, comercial, tecnológico, político, social, climático y medio ambientales, los cuales pueden incidir en la viabilidad del proyecto; aspectos que deben ser tomados en consideración para efectos del diseño del contrato y la selección de la entidad privada que recibirá la administración temporal de la infraestructura portuaria.
14. Adicionalmente, el numeral 10.3 del artículo 10 de la Ley N° 27943, tiene por finalidad reemplazar la lista de modalidades en las que se puede otorgar dicha infraestructura al sector privado (por ejemplo, asociación en participación, contratos de arrendamiento, contratos de concesión, etc.), con el fin de hacer remisión a las modalidades previstas en la normativa vigente de Asociaciones Público Privadas, lo cual resulta válido en tanto se busca adecuar la normativa portuaria nacional a lo dispuesto en el DL 1224 y su Reglamento. Así, dicho marco normativo no establece una lista taxativa de modalidades de participación del sector privado sino que establece bajo qué características y requisitos puede dicho sector participar mediante asociaciones público privadas.

III.3 Sobre la incorporación de una Única Disposición Complementaria Transitoria

²Artículo 19.- Plazo

Los proyectos bajo la modalidad de Asociación Público Privada se otorgan por el plazo de vigencia indicado en el contrato, el que en ningún caso excede de sesenta años, salvo plazos menores establecidos en norma especial. El plazo de vigencia se inicia en la fecha de suscripción del respectivo contrato.



15. El referido Proyecto de Ley incorpora una Única Disposición Complementaria Transitoria, que señala lo siguiente:

"DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA.- Aplicación de la presente ley a los procesos de promoción de inversión privada en trámite y a los contratos vigentes de concesiones portuarias.

Dispóngase que lo establecido en la presente ley es de aplicación a los procesos de promoción de la inversión privada en trámite. Los contratos vigentes de concesiones portuarias suscritos por el Estado, pueden adecuarse a lo establecido en la presente Ley mediante las modificaciones respectivas, observando lo dispuesto por el artículo 23 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 254-2017-EF y el artículo 61 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF y modificatorias."

16. Dicha Disposición Complementaria Transitoria establece que esta ley se aplica a los procesos de promoción de inversión privada que se encuentre en trámite, lo cual resulta viable legalmente toda vez que se busca la aplicación inmediata de la norma.
17. Asimismo, dispone que los contratos vigentes de concesiones portuarias pueden adecuarse a lo establecido en la ley mediante las modificaciones respectivas observando lo dispuesto en el artículo 23 del TUO del DL 1224³.
18. Al respecto, es importante indicar que los contratos de concesión se rigen por las normas vigentes, toda vez que así lo establecen en sus alcances, en los que se incorpora una definición denominada "Leyes y Disposiciones Aplicables", que es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan los contratos de concesión, que el inversionista se encuentra en la obligación de cumplir y que incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, entre otras.
19. En tal sentido, de aprobarse dicho proyecto de ley, los contratos de concesión portuarios podrán ser ampliados en su vigencia hasta el plazo máximo previsto en esta ley, para lo cual no solo deberán cumplir el artículo 23 del referido TUO sino el artículo



³ Artículo 23.- **Modificaciones contractuales**

23.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento.

23.2 En un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, a la cual también puede ser convocado el inversionista. En esta etapa se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces.

En los contratos de Asociaciones Público Privadas a cargo de Proinversión las propuestas de modificación a dichos contratos se presentan ante dicha entidad dentro del periodo establecido en el Reglamento, quien convoca y conduce el proceso de evaluación conjunta, y emite opinión de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

En los supuestos previstos en el presente numeral, el inversionista puede solicitar su participación en el proceso de evaluación conjunta.

23.3 Culminado el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, y tratándose de materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, debe requerirse la opinión previa favorable de dicho Ministerio. Los acuerdos que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada que no cuenten con opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

El proceso de modificación contractual regulado en el presente artículo, requerirá la participación de la Contraloría General de la República, a través de la emisión de un informe previo, en un plazo máximo de diez días hábiles, el cual será solicitado una vez concluido el proceso de evaluación conjunta. Dicho informe previo no es vinculante y deberá contener opinión sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Es emitido sin perjuicio del control posterior.

23.4 Los plazos y procedimientos dispuestos en el presente artículo, son establecidos en el Reglamento. De no emitirse opinión dentro de los plazos previstos, son consideradas como favorables.

61 del Reglamento del DL 1224⁴ que dispone las condiciones y formalidades para la ampliación del plazo de la concesión, motivo por cual tal artículo resulta viable.

IV. CONCLUSIONES

20. Si bien la modificación del numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley N° 27943, abarca un tema que no está relacionado con las funciones que ejerce este Regulador, sino que involucra al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a los Gobiernos Regionales, según corresponda, dicha propuesta resulta viable por cuanto se ajusta al DL N° 1224 y su Reglamento, en los que no establece como requisito previo a la celebración de un contrato de concesión, la emisión de una norma previa, sino que el contrato constituye título suficiente para que el inversionista ejerza los derechos que este le confiere.
21. Desde el punto de vista legal no existe impedimento para uniformizar el período máximo de vigencia de las concesiones del sector portuario con otras infraestructuras como la aeroportuaria, férrea y vial, que es el fin de la propuesta de modificación del numeral 10.3 del artículo 10 de la Ley N° 27943. Sin embargo, dado que a mayor horizonte temporal, mayores son los riesgos relevantes vinculados a factores dinámicos de índole económico, comercial, tecnológico, político, social, climático y medio ambientales que incidan en la viabilidad del proyecto, ello debe ser tomado en consideración para efectos del diseño del contrato y la selección de la entidad privada que recibirá la administración temporal de la infraestructura portuaria. Asimismo, el marco normativo de APP no establece una lista taxativa de modalidades de participación del sector privado sino que establece bajo qué características y requisitos puede dicho sector participar mediante asociaciones público privadas, por lo que este extremo de la modificación resulta viable.
22. La Única Disposición Complementaria Transitoria del proyecto de ley propuesto, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 23 del TUO del DL 1224 y al 61 del Reglamento del DL 1224.

V. RECOMENDACIONES

23. Remitir la opinión contenida en el presente Informe al Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República.

Atentamente,


FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Jurídica


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

Reg. Sal. 368-18

⁴ Artículo 61.- Plazo de vigencia de los contratos

61.1 El plazo de vigencia de los contratos de Asociación Público Privada se cuenta a partir de la fecha de su suscripción, y no supera los sesenta (60) años.

61.2 Para efectos del otorgamiento de ampliaciones o renovaciones del plazo, siempre dentro del plazo máximo total de sesenta (60) años, la entidad debe considerar cualquier cambio en las condiciones materiales, tecnológicas y económicas, bajo las cuales se lleva a cabo la prestación de los servicios, a fin de determinar si es pertinente el otorgamiento del plazo adicional o en su caso la convocatoria a un nuevo concurso, considerando los principios de valor por dinero y competencia así como otras condiciones previstas en los contratos respectivos o normas sectoriales que resulten aplicables. La ampliación debe formalizarse mediante una adenda.

61.3 Cuando el incumplimiento de los plazos obedeciera a acción u omisión del Estado o eventos de fuerza mayor, la ampliación del plazo del contrato de Asociación Público Privada se amplía de acuerdo con las condiciones, requisitos, formalidades y mecanismos pactados en el respectivo contrato, no siendo aplicable lo dispuesto en el numeral precedente.

