

LINEAMIENTOS DE OSITRAN PARA LA EMISIÓN DE OPINIÓN DE LOS PROYECTOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN

APROBADO MEDIANTE ACUERDO N° 1043-267-08-CD-OSITRAN del 12 de marzo de
2008.

ÍNDICE

I.	OBJETIVOS Y FINALIDAD	2
II.	ALCANCE	2
III.	BASE LEGAL	2
IV.	ANTECEDENTES.....	3
V.	ALGUNOS ELEMENTOS CONCEPTUALES SOBRE CONTRATOS Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS	5
VI.	PRINCIPIOS APLICABLES	8
VII.	CRITERIOS ESPECIFICOS PARA ASPECTOS RELEVANTES DE LOS CONTRATOS DE CONCESION.....	9
VII.1.	FACTOR DE COMPETENCIA	9
VII.2.	RÉGIMEN DE BIENES.....	13
VII.3.	REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN	16
VII.4.	REGULACIÓN DE LA CONSERVACIÓN DE LAS OBRAS	18
VII.5.	REGULACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN	18
VII.6.	REGULACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN	23
VII.7.	GARANTÍAS	27
VI.8.	COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS	31
VII.9	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	39
ANEXOS	;	Error! Marcador no definido.

LINEAMIENTOS DE OSITRAN PARA LA EMISIÓN DE OPINIONES SOBRE PROYECTOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN

I. OBJETIVOS Y FINALIDAD

Los presentes lineamientos tienen como objetivo establecer los principios y criterios para la emisión de opiniones sobre los proyectos de contratos de participación privada en infraestructura de transporte de uso público, ya sean a título oneroso, gratuito o cofinanciado por el Estado.

La finalidad de este documento es contribuir a mejorar la predictibilidad de los pronunciamientos y opiniones del OSITRAN sobre los proyectos de contratos, así como contribuir a perfeccionar el diseño regulatorio implícito en los contratos de concesión.

II. ALCANCE

Los presentes lineamientos son de aplicación obligatoria para los órganos funcionales y directivos del OSITRAN

III. BASE LEGAL

De acuerdo al artículo 1º de la Ley N° 27701¹, la opinión del OSITRAN de los proyectos de contratos de concesión, de manera previa a su aprobación por PROINVERSION, tiene por objeto garantizar concordancia normativa entre los procesos de concesión y las disposiciones de los organismos reguladores precisadas en la Ley N° 27332.

El Artículo 2º de la Ley 27701, establece lo siguiente:

"Artículo 2º.- Opinión del organismo regulador

Las disposiciones que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de privatización y concesiones –sujetos al Decreto Legislativo N° 674 y al Decreto Supremo N° 059-96-PCM de las empresas cuya regulación está a cargo de los organismos reguladores precisados en la Ley 27332, deberán contar con la opinión del respectivo Consejo Directivo de éstos como requisito previo a su aprobación por parte de la COPRI."

En concordancia con la norma mencionada, la opinión del Consejo Directivo del OSITRAN no es vinculante, y se refiere a aquellas disposiciones comprendidas en los expedientes finales (versión final del contrato de concesión) de los procesos de concesión que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores.

¹

"Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto garantizar la plena concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones de empresas de servicios públicos y las disposiciones de los organismos reguladores precisados en la Ley N° 27332."

Se debe señalar que la finalidad de la Ley es establecer un mecanismo de control de la legalidad regulatoria aplicable sobre el contenido de los procesos de concesión de infraestructura de transportes implementados por PROINVERSION. En ese sentido, la opinión de OSITRAN debe cautelar el respeto al régimen regulatorio establecido en las normas legales, y que el mismo haya sido correctamente aplicado en el diseño del proceso de concesión por PROINVERSION como organismo responsable de elaborar el proyecto de Contrato de Concesión, entre otras funciones.

Por su parte, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, establece lo siguiente:

"Artículo 37.- Opinión Previa y Supervisión de los contratos.

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la INFRAESTRUCTURA, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN. (...)"

Como se aprecia, la base legal establece la necesidad de que los aspectos relacionados con las funciones de OSITRAN comprendidos en los proyectos de contratos de Concesión guarden coherencia con las facultades otorgadas al organismo regulador en la legislación aplicable.

IV. ANTECEDENTES

En cumplimiento de la citada norma, durante los últimos años, OSITRAN ha venido emitiendo opinión sobre las versiones finales de los proyectos de Contratos de Concesión remitidos por PROINVERSION, los mismos que se listan en el Cuadro N°1:

**CUADRO N° 1
OPINIONES EMITIDAS POR OSITRAN SOBRE VERSIONES FINALES
PROYECTOS DE CONTRATO DE CONCESIÓN REMITIDAS POR PROINVERSION**

Contrato de Concesión	Informe	Fecha de solicitud	Fecha de acuerdo CD	Acuerdo CD
IIRSA SUR TRAMO 2	N° 023-05-GRE-GAL-OSITRAN	03/06/2005	10/06/2005	654-173-05-CD- OSITRAN
	N° 017-05-GRE-GAL-OSITRAN	13/04/2005	27/04/2005	641-169-05-CD- OSITRAN
	N° 012-05-GRE-GAL-OSITRAN	21/01/2005	28/02/2005	611-161-05-CD- OSITRAN
IIRSA SUR TRAMO 3	N° 023-05-GRE-GAL-OSITRAN	03/06/2005	10/06/2005	654-173-05-CD- OSITRAN
	N° 017-05-GRE-GAL-OSITRAN	13/04/2005	27/04/2005	641-169-05-CD- OSITRAN
	N° 012-05-GRE-GAL-OSITRAN	21/01/2005	28/02/2005	611-161-05-CD- OSITRAN
IIRSA SUR TRAMO 4	N° 023-05-GRE-GAL-OSITRAN	03/06/2005	10/06/2005	654-173-05-CD- OSITRAN

	Nº 017-05-GRE-GAL-OSITRAN	13/04/2005	27/04/2005	641-169-05-CD - OSITRAN
	Nº 012-05-GRE-GAL-OSITRAN	21/01/2005	28/02/2005	611-161-05-CD - OSITRAN
Red Vial 6	Nº 021-05-GRE-GAL-OSITRAN	31/05/2005	06/06/2005	652-173-05-CD - OSITRAN
IIRSA Norte S.A	Nº 016-05-GRE-GAL-OSITRAN	05/04/2005	20/04/2005	637-168-05-CD - OSITRAN
	Nº 009-05-GRE-OSITRAN	11/02/2005	28/02/2005	613-161-05-CD - OSITRAN
Tramo Nuevo Mocupe-CayaltiOyotún	Nº 019-06-GRE-GS--GAL-OSITRAN	07/06/2006	10/07/2006	820-213-06-CD - OSITRAN
Emp. 1 Buenos Aires Canchaque	Nº 11-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN	29/05/2006	09/06/2006	795-209-06-CD - OSITRAN
	Nº 049-05-GRE-GAL-OSITRAN	04/11/2005	19/12/2005	734-194-05-CD - OSITRAN
Aeropuertos Regionales	Nº 017-06-GRE-OSITRAN	12/05/2006	25/05/2006	794-208-06-CD - OSITRAN
	Nº 007-06-GRE-GAL-OSITRAN	04/02/2006	27/02/2006	758-200-06-CD - OSITRAN
Muelle Sur	Nº 016-06-GRE-GAL-OSITRAN	10/05/2006	19/06/2006	799-210-06-CD - OSITRAN
IIRSA SUR TRAMO 1 Versión 2	Nº 027-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN	18/05/2007	18/06/2007	981-245-07-CD - OSITRAN
IIRSA SUR TRAMO 5 Versión 2	Nº 028-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN	18/05/2007	18/06/2007	982-245-07-CD - OSITRAN
IIRSA SUR TRAMOS 1 Versión 3	Nº 030-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN	06/07/2007	11/07/2007	993-248-07-CD - OSITRAN
IIRSA SUR TRAMOS 5 Versión 3	Nº 031-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN	06/07/2007	11/07/2007	994-248-07-CD - OSITRAN
IIRSA CENTRO Versión 1	Nº 018-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN	02/04/2007	04/05/2007	958-241-07-CD - OSITRAN
IIRSA CENTRO Versión Final	Nº 023-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN	15/05/2007	30/05/2007	967-243-07-CD - OSITRAN
RED VIAL Nº 4	Nº 029-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN	31/05/2007	04/07/2007	991-247-07-CD - OSITRAN
Tramo Nuevo Mocupe-CayaltiOyotún	Nº 026-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN	20/04/2007	13/06/2007	975-244-07-CD - OSITRAN

Fuente: OSITRAN

Elaboración: GRE de OSITRAN.

Como se observa en el cuadro anterior, al 31 de diciembre de 2007, OSITRAN ha emitido opinión sobre los proyectos de contrato de concesión en 26 oportunidades. Como resultado de esta experiencia, se ha considerado necesario recoger y consolidar en un solo documento los principales lineamientos y principios seguidos por el regulador para emitir sus opiniones. Si bien dichas opiniones no son vinculantes para PROINVERSION, la experiencia ha demostrado que los informes elaborados por OSITRAN han sido de gran utilidad para perfeccionar la regulación contractual. Cabe mencionar que la experiencia de OSITRAN no sólo proviene de la emisión de opiniones arriba señalada, sino principalmente de la experiencia en la ejecución y puesta en práctica de dichos Contratos².

² Cabe indicar que en virtud a la Ley Nº 26917 OSITRAN emite opinión de las solicitudes de modificación de contratos de concesión. Los lineamientos para la emisión de renegociaciones,

V. ALGUNOS ELEMENTOS CONCEPTUALES SOBRE CONTRATOS Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

Los modelos de Teoría de Contratos o Economía de la Información -que estudia las consecuencias de la existencia de asimetría de información entre diversos agentes económicos sobre la eficiencia de la relación que estos establezcan- describen la interacción de un determinado número de agentes, los cuales poseen algún tipo de información privilegiada. Las obligaciones que contraen entre ellos se denominan Contrato, y es sobre el desarrollo de éste y las negociaciones que se hacen frente a él, que se basan los diversos modelos de teoría de contratos.

Dichos modelos asumen relaciones bilaterales en las cuales una de las partes contrata algún tipo de acción. Al contratista se le denomina principal; y al contratado, agente. El contrato señalado por ambas partes especificará los pagos que el principal realice al agente, asumiendo que el principal es quien diseña el contrato y el agente quién lo acepta o no. Este último el contrato si su utilidad obtenida es mayor que la utilidad que obtendría de no realizarlo (utilidad de reserva).

En esta relación, los agentes intentan sobrellevar la ignorancia sobre cierta información relevante, tomando decisiones diseñadas para adquirir nueva información o evadir los costos de su ignorancia. Por medio de contratos bien elaborados es posible que se dé una asignación más eficiente de los recursos, mayor producción, eliminación de barreras al comercio tanto en el mercado interno como en el exterior. Si por el contrario, los contratos no son apropiados y eficientes, la productividad decrece y los costos se elevan, superando así los precios y generando pérdidas (Sarmiento, 2005³).

Es claro entonces que la información juega un papel fundamental en la estructuración de las relaciones entre agentes. Entendiéndose a la información como el conjunto de variables verificables que se observan en una relación contractual, la información puede ser simétrica o asimétrica. La información asimétrica se refiere a la situación en la cual las dos partes de una relación no comparten el mismo nivel de información (caso contrario, existirá simetría en la información).

En ese sentido, la presencia de dicha asimetría de información en el momento de elaborar un contrato genera tres tipos de problemas: (i) riesgo moral (*moral hazard*): el cual se presenta cuando la acción del agente no es verificable o cuando este recibe información privada después de que la relación ha sido iniciada (es decir, tienen la misma información cuando el contrato empieza pero se generan asimetrías después); (ii) señales (*signaling*), que son enviadas por el agente al principal antes de elaborar el contrato, con el fin de revelar la información privada y así adquirir un beneficio mayor, y (iii) selección adversa (*adverse selection*), que se presenta cuando una característica del agente es imperfectamente observada por el principal, implicando que el agente posee información privada antes que la relación tenga inicio de manera contractual.

Sumado a lo anterior, los contratos dependerán directamente del tipo de compromiso que se desea adquirir y duración de los mismos, aspectos que determinarán la rigidez del contrato según: (i) las reglas institucionales contenidas en las leyes contractuales, (ii) la credibilidad de los agentes, (iii) la existencia de ciertos activos o títulos de propiedad que pierden valor fuera del contrato, y (iii) las penalidades específicas de cada contrato en caso de incumplimiento por una de las partes (Salanié, 1997).

³ Sarmiento R.(2005). "Teoría de los Contratos: Un enfoque económico". En: Cuadernos Latinoamericanos de Administración. Vol I, No 1, Universidad el Bosque.

Lograr, entonces, un contrato óptimo es un ideal u objetivo, y se llegará a él en la medida que se cuente con suficiente información sobre los agentes. Sin embargo, predecir por completo las contingencias que puedan surgir será imposible, lo que hace a un contrato incompleto. Por lo tanto, es necesario reducir las fallas que provengan de estos (riesgo moral, señalización y selección adversa). Por lo tanto, los presentes lineamientos para dar opinión técnica sobre proyectos de contrato de concesión apuntan a verificar que en la medida de lo posible los contenidos de los contratos sean claros y comprensivos, que cuente con suficiente información sobre los agentes (ex ante y ex post del diseño del contrato) y que como lo establece Klein (1998⁴), al mismo tiempo le brinden al agente libertad para ser eficientes y ofrecer soluciones innovativas.

En este caso, los principales actores que interactúan durante la ejecución del Contrato de Concesión son los siguientes:

- **El Concedente:** es el Estado, que actúa a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones que, además de ser el titular de los bienes que se entregan en concesión, tiene el interés en que la gestión de la concesión cumpla los objetivos de política pública sectorial.
- **El Concesionario:** es la empresa o conjunto de empresas privadas que estarán a cargo de la explotación (gestión y administración) de la concesión y brindarán los servicios a los usuarios vinculados al uso de la infraestructura.
- **El Regulador:** el OSITRAN, cuyo rol es cautelar el equilibrio entre los intereses del concesionario (que se refleja en la creación de incentivos de inversión), el Concedente (en la aplicación de políticas públicas) y los del usuario (que se refleja en cobertura, tarifas adecuadas, calidad de servicio y condiciones de competencia entre los servicios que se brindan usando la infraestructura).

En un contrato de concesión, se establecen derechos y obligaciones tanto para el Concesionario como para el Concedente. En relación a las obligaciones del Concesionario que se transfieren mediante el Contrato de Concesión, en el caso peruano, figuran la obligación del diseño, construcción, mantenimiento y operación de la infraestructura. Uno de los principios fundamentales del diseño del Contrato es que la asignación de riesgos entre las partes involucradas sea eficiente. En tal sentido, el diseño del contrato debe ser tal que los riesgos sean asignados a aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlos. El Cuadro N°2, tomado de Kerf et al (1989)⁵ presenta un resumen de las mejores prácticas reconocidas por el Banco Mundial para la asignación de los riesgos vinculados con el diseño, riesgos asociados a la construcción, especificaciones técnicas del contrato, riesgos de costos operativos, riesgos de ingresos, riesgos financieros y riesgos medio ambientales.

CUADRO N°2 RIESGOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN

⁴ Klein, M. (1998). "Bidding for Concessions –The Impact of Contract Design," Viewpoint Note No.158, The World Bank Group – Finance, Private Sector and Infrastructure Network

⁵ Kerf, M., Gray, D., Irwin, T., Levesque, C., y Taylor, R. (1997) "Concessions: A Guide to the Design and Implementation of Concession Arrangements for Infrastructure Services", The World Bank

Tipos de Riesgo	Cuál es el riesgo	Cómo surge	Cómo debe ser asignado
Diseño y Desarrollo	Defectos de diseño	Especificaciones técnicas exigidas por el Estado	Riesgo lo asume el concedente
		Falta de diseño de la propuesta técnica	Concesionario asume el riesgo
Construcción	Incremento en costos de construcción	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del Concesionario	Concesionario asume el riesgo
		Cambios en el marco legal general	Concesionario asume el riesgo (contratación de seguros)
		Acción específica del gobierno que afecta la Concesión	Riesgo lo asume el concedente
	Retrasos en las culminaciones de las obras	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del Concesionario	Concesionario asume el riesgo
		Fuerza mayor o fuera del control del Concesionario	Concesionario asume el riesgo (contratación de seguros)
	No cumplimiento de especificaciones técnicas del Contrato	Estándares de calidad, defectos en la construcción, etc	Concesionario asume el riesgo
Costos Operativos	Incremento en costos operativos	Cambios originados por iniciativa del Concesionario	Concesionario asume el riesgo
		Falla en la Operación	Concesionario asume el riesgo
	Falla originada en retrasos en obtención de permisos, aprobaciones, etc	Discrecionalidad del sector público	Concedente asume riesgo
	Incremento de precios de insumos	Precios exógenamente determinados por el mercado	Depende de quién esté en mejor capacidad de asumirlo
Ingresos	Cambios Tarifarios	En concordancia con los términos del Contrato	Concesionario asume el riesgo
		Incumplimiento por parte del Concedente	Concedente asume riesgo
	Cambios en la demanda	Reducción de la demanda	Concesionario asume el riesgo
	Reducción inesperada en cantidad o calidad, que implique una reducción de la demanda	Falla del operador	Concesionario asume el riesgo
Financiero	Tipo de cambio, tasas de interés	Devaluación de la moneda, fluctuaciones monetarias	Concesionario asume el riesgo
	Tenencia de moneda extranjera	Restricciones a la convertibilidad o transferencia	Concesionario asume el riesgo
Fuerza Mayor	"Actos de Dios"	Terremotos, aludes y huelgas	Concesionario asume el riesgo
	Cambios legales	Cambios en el marco legal general	Generalmente, Concesionario asume el riesgo
		Cambios legales o contractuales específicos que afectan la Concesión	Concedente asume riesgo

	Fuerza Mayor Política	Ruptura o caducidad del Contrato (exploración, etc)	Concedente asume riesgo
Medio Ambiente	Incidentes Ambientales	Falla del Operador	Concesionario asume responsabilidad
		Pasivo ambiental preexistente	Concedente asume riesgo

Fuente: Kerf et al (1989)

VI. PRINCIPIOS APLICABLES

Los siguientes principios son aplicables a la emisión de opiniones de proyectos de contratos. Dichos principios tienen carácter enunciativo y no taxativo, por lo tanto, se OSITRAN puede invocar otros principios generalmente aceptados en la práctica regulatoria o en el Derecho Administrativo:

- **Principio de equilibrio.** Todo contrato de concesión (o de participación privada) debe buscar, en lo posible, un equilibrio entre los derechos y obligaciones, es decir, que exista una equivalencia entre el derecho otorgado y los compromisos adquiridos. Se presume que el contrato tiene y mantiene en el tiempo una adecuada distribución de riesgos, costos y beneficios entre las partes, que derivan en el equilibrio de las ecuaciones económica y contractual del contrato.
- **Principio de Libre Acceso.** La actuación del OSITRAN deberá orientarse a garantizar al USUARIO el libre acceso a la prestación de servicios y a la INFRAESTRUCTURA, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes. El acceso constituye un elemento clave para viabilizar la competencia en la prestación de servicios utilizando infraestructura de transporte de uso público. La aplicación de este principio supone que se aseguren retornos adecuados para el titular de la infraestructura, de manera que se generen incentivos para la inversión en la expansión y mantenimiento óptimos de la infraestructura, y al mismo tiempo se permita una sana y leal competencia.
- **Principio de Neutralidad.** La ENTIDAD PRESTADORA que a la vez brinda, directa o indirectamente, otros servicios utilizando la INFRAESTRUCTURA, no utilizará dichas situaciones para colocar en desventaja a otros USUARIOS.

En tal sentido, el contrato garantizar que el trato que dé la ENTIDAD PRESTADORA a los OPERADORES DE SERVICIOS EN COMPETENCIA sea neutral respecto a sus propias empresas vinculadas que proveen servicios competitivos utilizando la misma infraestructura y cuidando que no se restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, precios o innovación.

- **Principio de No Discriminación.** Los USUARIOS no deberán recibir injustificadamente un trato diferente frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que se coloque a unos en ventaja competitiva e injustificada frente a otros. El contrato debe precisar la obligación de cumplir por parte del Concesionario este principio.

- **Principio de libre competencia y promoción de la inversión privada.** La opinión de OSITRAN debe considerar un balance entre la incorporación de más competencia y la creación de incentivos para la inversión en el incremento de cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura.
- **Principio de Transparencia.** La opinión de OSITRAN es publicada por el órgano licitante con la finalidad que otras instancias de la Administración Pública tomen conocimiento, así como el público en general.
- **Principio de legalidad.** Es un principio fundamental del Derecho Público, conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción que garantizan la seguridad jurídica. OSITRAN velará que se respete sus atribuciones y competencias establecidas por la Ley.

VII. CRITERIOS ESPECIFICOS PARA ASPECTOS RELEVANTES DE LOS CONTRATOS DE CONCESION

VII.1. FACTOR DE COMPETENCIA

Marco Conceptual

La variable utilizada por la agencia de promoción de la inversión privada (PROINVERSION) para adjudicar los proyectos de promoción de la inversión privada resulta de crucial importancia para el desempeño futuro de la concesión. En efecto, el artículo clásico de Demsetz (1968)⁶ señalaba, por ejemplo, que la promoción de competencia en precios *ex ante* en el caso de industrias con características de monopolio natural, permitía garantizar la eficiencia asignativa en la provisión del servicio, aún cuando no sea posible la competencia efectiva *ex post*.

En la práctica, dependiendo de los objetivos que persiga el Estado (mayores ingresos para el fisco, mayor acceso de los usuarios, menor tiempo de entrega de la obra, entre otros) como resultado de la Concesión, se pueden utilizar diversas variables como factor de competencia. Sea cual fuere, dicho factor (algunos de estos se analizan a continuación), autores como Klein (1997)⁷ resaltan la importancia de que como criterio básico, las concesiones sean adjudicadas sobre las base de procesos competitivos⁸.

Tipos

Retribución al Estado

En el Perú, particularmente en el caso de las Concesiones de tipo oneroso, se ha empleado mayormente como factor de competencia el mayor porcentaje de los ingresos brutos ofrecidos al Estado, como retribución periódica.

⁶ Demsetz, Harold (1968) 'Why regulate utilities? Journal of Law and Economics, Vol. 11.

⁷ Klein, Michael (1997) Bidding for Concessions, Mimeo.

⁸ Se ha observado con frecuencia, y particularmente en concesiones cofinanciadas por el Estado que el número de postores es reducido, y en muchos casos se ha presentado un único postor.

La utilización de este tipo factor de competencia, obedece fundamentalmente al objetivo de maximizar el volumen de recursos que puede captar el Estado a efectos de destinarlos a otras inversiones en infraestructura. Así, por ejemplo, los recursos por concepto de tasa de retribución provenientes de las Concesiones de Carreteras han sido destinados al llamado "Fondo Vial", destinado a financiar principalmente la construcción y mantenimiento de la red vial nacional no concesionada.

No obstante ello, sería deseable que en las licitaciones se evalúe la utilización de factores de competencia distintos a la mayor retribución al Estado, a menos que lo recaudado por concepto de retribución se destine a la provisión de infraestructura y no a fines alternativos. En principio, desde el punto de vista regulatorio, el objetivo de una concesión, no debería ser obtener un mayor ingreso fiscal posible, sino una mejora en el bienestar social (cobertura, calidad y menores precios). Por lo tanto, utilizar como factor de competencia la mayor retribución al Estado no siempre puede resultar conveniente⁹. En ciertos casos, sería preferible otorgar concesiones en base a mejores tarifas o mejores inversiones.

Tarifas

Otros factores de competencia mencionados por la teoría en el caso de Concesiones de tipo oneroso son la menor tarifa o índice tarifario ofrecido y el menor valor actual neto. En el caso de la menor tarifa, este mecanismo no ha sido utilizado para las concesiones viales, pero sí en concesiones portuarias¹⁰. Lo que persigue este mecanismo es garantizar el acceso a la infraestructura a los usuarios y para ello garantiza la menor tarifa para la prestación del servicio, promoviendo competencia ex ante (a lo Demsetz).

Según José Luis Guasch (2004), la experiencia reciente en la región muestra que el uso de este tipo de factores de competencia (menor índice tarifario), promueve el oportunismo post contractual, lo cual estaría comprobado en el hecho de que el mayor número de renegociaciones de contratos en la región, se han generado en el caso de proyectos en los que se utilizó dicha variable como factor de competencia. Otros factores de competencia como el menor valor actual neto han sido utilizados en otros países, pero no en el Perú, Cabe precisar que la primera concesión de infraestructura de transporte (Carretera Arequipa – Matarani (1994)) se adjudicó por el menor plazo de concesión,

PAO y PAMO

En el Perú, en el caso de las Concesiones de tipo no oneroso (cofinanciado) se ha venido utilizando un criterio inverso al de máxima retribución como el arriba mencionado. En este caso, se ha utilizado el menor pago por mantenimiento y operación de obra ofrecido al Estado. El objetivo central de este mecanismo es reducir el monto de cofinanciamiento o subsidio solicitado al Estado, promoviendo competencia ex ante por el menor MOE (Monto de Oferta Económica).

⁹ Informe No. 021-05-GRE-GAL-OSITRAN

¹⁰ Utilizado en el caso de la concesión de la Nueva Terminal de Contenedores Zona Sur, otorgada en junio de 2006.

$$MOE = \frac{PAO_t}{(1+i)^{15}} + \frac{PAMO_t}{(1+i)^{25}}$$

Cabe mencionar que, en este caso, aún cuando los pagos por obra y mantenimiento y operación, se determinan al inicio de la Concesión, mediante un esquema competitivo, los riesgos de ingresos ex post, siguen siendo absorbidos por el Estado, en la medida que cualquier reducción en tarifas es suplementada por financiamiento público. O inclusive, cualquier modificación en el costo del financiamiento o de los "metrados", son asumidos por el Concedente.

En este sentido, OSITRAN considera conveniente evitar en lo posible trasladar estos riesgos al Estado, en la medida que reducen los incentivos a la eficiencia del operador e introduce distorsiones en el criterio del mínimo subsidio indicado en la sección siguiente como factor de competencia en el caso de las concesiones cofinanciadas.

PAS

En los Contratos de Concesión del Programa Costa-Sierra se ha utiliza como factor de competencia el monto del pago por servicio (PAS), que es igual a la suma del PAO y PAMO que el Concesionario percibirá una vez que se adjudique la obra. Como sucede en el caso anterior, el factor de competencia utilizado en estos contratos no garantiza necesariamente que la distribución de riesgos entre el Concesionario y el Concedente sea simétrica. Los ajustes que se proponen, como son los casos de tasa de interés y "metrados", son similares a los planteados en el caso de IIRSA Sur. Por consiguiente, la mayor parte de los riesgos financieros y operativos son asumidos por el Estado.

Al igual que en el caso anterior, OSITRAN considera conveniente evitar en lo posible trasladar estos riesgos al Estado, en la medida que reducen los incentivos a la eficiencia del operador e introduce distorsiones en el criterio del mínimo subsidio utilizado como factor de competencia en el caso de las concesiones cofinanciadas.

**CUADRO N°3
FACTOR DE COMPETENCIA EN CONCESIONES DE
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE**

Infraestructura	Concesionario	Factor de Competencia
-----------------	---------------	-----------------------

1	Aerop. Inter. Jorge Chávez	LAP	Mayor Retribución al Estado (46.511% ingresos brutos)
2	Arequipa-Matarani	CONCAR	Propuesta Técnica y Económica
3	Ancon-Huacho- Pativilca	NORVIAL S.A.	Mayor Retribución al Estado
4	Puente Pucusana-Cerro Azul- Ica	COVI Perú	Mayor Retribución al Estado
5	Terminal Portuario de Matarani	TISUR S.A.	Mayor pago inicial al Estado
6	Terminal Portuario de Muelle Sur -Callao	DP WORLD CALLAO S.A	Indice Tarifario e Inversión Complementaria Adicional
7	Ferrocarril del Sur y del Sur Oriente	FETRANSA	Mayor Retribución al Estado (24.75% ingresos brutos) Mayor Retribución al Estado (37.25% ingresos brutos)
8	Ferrocarril del Centro	FVCA	Menor PAMO
9	Aeropuertos Regionales Zona Norte ^{1/}	AEROPUERTOS DEL PERU	MOE (Valor Presente de PAO y PAMO)
10	Eje Multimodal Amazonas Norte Paita- Yurimaguas	AMAZONAS NORTE	Menor PAMO
11	Urcos-Inanbari	INTEROCEÁNICA TRAMO 2	Menor PAMO
12	Inanbari -Iñapari	INTEROCEÁNICA TRAMO 3	Menor PAMO
13	Inambari-Azangaro	INTEROCEÁNICA TRAMO 4	Menor PAMO
14	Empalme 1B-Buenos Aires Canchaque	CONCESIÓN CANCHAQUE S.A.	Menor PAMO
15	San Juan de Marcota - Urcos	INTEROCEÁNICA TRAMO 1	PAS (=PAO+PAMO)
16	Matarani-Azángaro-Ilo-Juliaca	INTEROCEÁNICA TRAMO 5	MOE (Valor Presente de PAO y PAMO)
			MOE (Valor Presente de PAO y PAMO)

Fuente: Bases de los Contratos.

Elaboración: GRE de OSITRAN.

Crterios Aplicables

Como principio general en todo esquema en el que el Estado participe parcialmente en el financiamiento de las actividades materia de la concesión, sería deseable que se utilicen criterios de asignación competitiva. De esta manera, se tiene que encontrar un balance entre la pluralidad de postores y el tipo de factor de competencia, de manera que no sólo se utilice el factor más apropiado al caso, sino que se incentive un mayor número de postores de manera que existan ofertas competitivas. Asimismo, es deseable mantener para las concesiones cofinanciadas el menor subsidio requerido o menor valor presente de las obras y el mantenimiento y operación como factor de competencia. OSITRAN considera que no es conveniente que se utilicen factores de competencia híbridos, es decir, que un factor apropiado para una concesión cofinanciada se aplique a una concesión onerosa, pues se generarían distorsiones y puede anular el propósito que se busca con el factor de competencia.

De esta forma, cuando OSITRAN emita opinión con relación al factor de competencia, evaluará los riesgos que podrían conllevar su implementación como parte del Contrato. En tal sentido, se analizará los siguientes riesgos:

- a) **Riesgo de insolvencia:** consiste en analizar el impacto del Factor de Competencia en el equilibrio económico financiero del Contrato. En este punto, se debe verificar si en el futuro, el factor de competencia podría generar riesgos de insolvencia financiera para el Concesionario, lo que podría ocasionar, la declaratoria de caducidad del Contrato.

- b) Riesgo de Comportamiento Estratégico:** evaluar la posibilidad de que en el futuro se presenten comportamientos oportunistas por parte del Concesionario. En otras palabras, el factor de competencia podría generar incentivos para que el Concesionario solicite modificaciones al Contrato, para así cumplir lo ofertado al Estado.

También existe la posibilidad, de que el factor de competencia podría incentivar a que el Concesionario, incremente sus costos, con la finalidad de reajustar el monto del factor de competencia con el cual se adjudicó la Concesión. Estos escenarios, son considerados por OSITRAN, cuando emite opinión con relación al factor de competencia.

VII.2. RÉGIMEN DE BIENES

Marco Conceptual

Por su naturaleza, el contrato de concesión implica que la propiedad de los bienes entregados en concesión, así como de los bienes adquiridos por el Concesionario (mejoras) y que corresponden a bienes de la concesión es del Estado. En efecto, el Estado entrega bienes y/o derechos de concesión para la explotación económica de los mismos, a efectos de la prestación de los servicios objeto de concesión. Así, como un contrato de arrendamiento tiene que definir cómo se va a tratar los bienes arrendados, el contrato de concesión debe tener reglas sobre la entrega, cuidado, uso, alta, baja y devolución de los bienes objeto de la concesión. Se trata, usualmente, de bienes de naturaleza especial, porque están afectos a la prestación de un servicio público o a una actividad de uso público (lo que explica por qué se mantienen usualmente en titularidad del concedente) y, por tanto, las inversiones que incorporan nuevos bienes o modifican los existentes deben ser también de titularidad del Estado.

También ocurre que no todos los bienes están afectados intrínsecamente como infraestructura al servicio pero son necesarios para la prestación del mismo. Por ejemplo en una concesión vial, la carretera es un bien que constituye infraestructura, pero los computadores y los programas de cómputo del sistema de peaje no son infraestructura pero son necesarios para operarla. Por ello, es recomendable que estos bienes también estén incorporados a la concesión.

Criterios Aplicables

Los criterios que OSITRAN tomará en cuenta al momento de emitir opinión son:

- a) Facultades del Estado sobre los Bienes dados en Concesión:** el Estado mantiene la titularidad respecto de la infraestructura para la prestación de los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura, entregando al particular únicamente el derecho al aprovechamiento económico. En este contexto, el Estado asumirá un rol de control y regulación (a través del Organismo Regulador) y conservará la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión (a través del Concedente).
- b) Estado de los bienes de la concesión al momento de su entrega:** En su calidad de titular de los bienes que entrega, el Estado debe entregarlos al concesionario, libres de

todo gravamen (obligación de saneamiento), de manera que puedan ser usados plenamente para la operación de la concesión. Al respecto, cabe hacer las siguientes precisiones:

- i. La obligación anterior debe entenderse de manera amplia, incluyendo cualquier hecho que pudiera impedir o dificultar el desarrollo del proyecto (ocupación o invasión por parte de terceros, por ejemplo).
- ii. Mientras esta obligación no haya sido cumplida, no se deberán de computar los plazos de la concesión (para la ejecución de las obras y/o explotación de la misma), pues no se le puede exigir al concesionario que desarrolle actividades respecto de bienes sobre los que no tiene libertad de acción.
- iii. Debe diferenciarse el concepto de "toma de posesión del derecho de explotación" (perfeccionamiento del Contrato de Concesión y adquisición del derecho de concesión), de el de "toma de posesión de los bienes de la concesión" o "inicio de explotación" (fecha desde la cual se computará el plazo del concesionario para cumplir con las obligaciones o ejercer los derechos que se vean afectados por tales gravámenes).
- iv. Sería pertinente que los Contratos de Concesión exijan un acta de entrega de los bienes, así como la obligación de llevar un inventario.

c) Devolución de los bienes de la Concesión: A fin de dotar de seguridad y transparencia al acto de devolución de los bienes de la concesión, es recomendable que:

- i. En dicho acto participen representantes de ambas partes y éste conste en un Acta Notarial.
- ii. El procedimiento a seguirse para la entrega de los bienes en concesión debe ser el mismo para todos los bienes a ser entregados, tanto para bienes operativos como para bienes en obsolescencia o inutilizables, para aquellos que se entregan antes del fin de la concesión o pasado determinado tiempo de culminada la concesión.
- iii. Será de aplicación a lo anterior, lo dispuesto por el artículo 22 del TUO de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y que fue aprobado mediante D.S. No. 059-96PCM¹¹.

¹¹ "Artículo 22.- El valor de transferencia de los bienes al Estado durante o al término de la concesión o su renovación será el valor contable de los bienes que no hayan sido totalmente depreciados. La transferencia estará inafecta de todo tributo creado o por crearse, incluso de aquellos que requieren mención específica para su inafectación o exoneración. El concesionario podrá depreciar anualmente los bienes materia de la concesión de acuerdo a su vida útil, no pudiendo exceder en este caso la tasa anual de 20%.

Alternativamente, podrá depreciar íntegramente dichos bienes durante el período que reste para el vencimiento del plazo de la concesión, aplicando para tal efecto el método lineal.

El tratamiento establecido en el segundo y tercer párrafos de este artículo es de aplicación a los activos intangibles de duración limitada derivados del derecho de uso sobre los activos transferidos al Estado. Para estos efectos la tasa de amortización aplicable será igual a la tasa de depreciación establecida para el bien transferido al Estado."

- iv. Las reglas sobre qué bienes están incluidos en la concesión y cuáles no, deben ser claras. En principio están incluidos los mencionados expresamente como tales en el contrato, al margen de su naturaleza y régimen legal.
- v. Se consideran bienes reversibles, es decir que deben ser retornados al concedente al terminar la concesión por cualquier causa, aquellos que constituyan infraestructura de transporte.
- vi. Asimismo, deben ser reversibles aquellos bienes que, sin ser infraestructura, resultan esenciales para la operación. El concepto de qué bienes son “esenciales” para la operación debe ser analizado caso por caso, pero debe definirse bajo la noción de que no es posible operar la infraestructura sin contar con ellos, entendiendo la concesión como una unidad operativa.
- vii. Debe establecerse además que el concesionario repondrá o sustituirá aquellos bienes de la concesión que lo requieran (por desgaste, obsolescencia, renovación, mejora tecnológica, etc.) entendiéndose que los nuevos bienes o las mejoras efectuadas quedan en beneficio de la concesión y por tanto se tornan en bienes reversibles.
- viii. La inclusión de bienes distintos dependerá de lo que establezca el contrato en cada caso.

d) Extensión de la relación de los bienes entregados en Concesión: Es recomendable que en cada contrato se establezca la relación y el detalle de los bienes entregados en Concesión ya que en algunos casos los bienes que son entregados en concesión no corresponden a la totalidad de la infraestructura utilizada para la prestación del servicio. Sin embargo, debe de tenerse en cuenta que al interpretar la extensión de la relación de los bienes, debe de utilizarse un criterio de razonabilidad. Así, en caso un bien determinado no se encuentre expresamente señalado en la lista de bienes de la concesión, pero razonablemente se infiera que fue intención de las partes que lo estuviera, deberá entenderse como incluido¹². Otro criterio que deberá emplearse al delimitar la extensión de la relación de los bienes entregados será el criterio de accesoriad¹³.

¹² Por ejemplo, si no se señala expresamente que se encuentran incluidos en los bienes de la concesión los servicios higiénicos del aeropuerto, deberá entenderse bajo un criterio de razonabilidad que las partes entendieron que si se encontraban incorporados.

¹³ De acuerdo a este criterio, si un bien principal es dado en concesión, los bienes accesorios a éste deberán también serlo. Así, en los términos del artículo 30 del TUO de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión de al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: *“Los bienes que devengan en partes integrantes o accesorios de la concesión, no podrán ser transferidos separadamente de ésta, hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo de vigencia de la misma, sin la aprobación del sector u organismo correspondiente del Estado. Al término de la concesión pasarán al dominio del Estado (Art.21 del Decreto Legislativo N° 758, modificado de conformidad con el Decreto Legislativo N° 758, modificado de conformidad con el Decreto Legislativo N° 839)”*.

Por su parte, el artículo 888 del Código Civil define bienes accesorios como *“los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. (...) La separación provisional del accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien, no le suprime su calidad.”* El

Finalmente, las obligaciones de conservación y mantenimiento del concesionario se extienden exclusivamente a los bienes entregados en concesión¹⁴ (e incluso sobre los nuevos bienes que son reversibles, como las locomotoras si reemplazan a alguna ya declarada obsoleta por ejemplo).

e) obligación de aplicar el Reglamento de Control de Bienes de OSITRAN: El contrato de concesión debe considerar la aplicación supletoria del Reglamento de Control de bienes de las concesiones, como de otras normas y procedimientos que sobre el particular OSITRAN establezca para el control y supervisión de bienes.

VII.3. REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Marco Conceptual

En el Contrato de Concesión, el Concesionario suele comprometer un determinado nivel de inversión. Así, sea que se trate de ampliación de la infraestructura sea que se trate de su mantenimiento y modernización, todo contrato debe generar incentivos para obtener un nivel óptimo de inversión, en función de alcanzar y mantener niveles de servicio óptimo.

Pueden surgir problemas de inversión subóptima, que implica una inversión menor a la que sería necesaria para la prestación del servicio (por ejemplo la carretera tiene menos carriles que lo que el tráfico exige); o excesiva, que implica una inversión en bienes que carecen de valor o resultan innecesarios respecto de la demanda existente para el uso de infraestructura (por ejemplo, construir un muelle adicional cuando no hay tráfico de carga para su uso).

Ello significa que el Contrato debe generar los incentivos para que la demanda de tráfico e infraestructura estén relacionados. Por ello, las inversiones a reconocerse y que tiene valor son las que se relacionan con la proyección de negocio, salvo exigencias adicionales que por razones de política pública quieran exigirse, concediendo siempre las compensaciones contractuales adecuadas.

Criterios Aplicables

Los criterios que OSITRAN toma en cuenta al momento de emitir opinión son:

artículo 889 señala que *“las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación.”*

Este será el caso de las puertas de las casetas de peaje en una concesión de infraestructura de carreteras, por ejemplo.

¹⁴ Así, por ejemplo, en anterior oportunidad el OSITRAN determinó que la conservación de especies forestales en un tramo vial concesionado no es de responsabilidad de la empresa concesionaria, por no formar parte del inventario de bienes entregado por el concedente.

a) **Las inversiones a cargo del Concesionario deben adecuarse al tipo de proyecto y permitir una adecuada tasa de retorno (Principio de Razonabilidad):** el Estado establece una serie de inversiones mínimas (denominadas también inversiones comprometidas) que el Concesionario se encuentra obligado a efectuar. Las exigencias que en este sentido se establezcan, así como la interpretación de aquellas ya pactadas, deberán ser necesarias, adecuadas y proporcionadas; debiendo de ser adecuadas al proyecto en cuestión y buscar, como principio, **que el proyecto sea financiado por el Concesionario**. Ello también con el objeto de establecer un nivel tal de inversiones que le permita al Concesionario el recupero de su inversión y que le garantice la “bancabilidad” del proyecto¹⁵. Así, en principio, las inversiones que se exijan deben obedecer a las necesidades del negocio y ser cubiertas con los ingresos que la Concesión genere.

b) **Reducción de incentivos a que el Concesionario incremente su inversión para obtener beneficios extraordinarios (principio de eficiencia):** sería pertinente que en los proyectos de Contratos se establezca que el reconocimiento de los precios unitarios asociados a la ejecución de los proyectos de inversión, deberá estar asociado a la evaluación de los “precios de mercado”, con el fin de evitar que ineficiencias en el gasto por parte de los Concesionarios sean trasladadas a los usuarios o al Estado.

La aplicación de este principio está en concordancia con el caso en que la fijación de tarifas se base en los egresos del concesionario, tanto para las inversiones como para los costos operativos, el reconocimiento de los precios unitarios asociados a la ejecución de los proyectos de inversión, considerará una evaluación de “precios de mercado”, con el fin de evitar que ineficiencias en el gasto por parte de los concesionarios sean trasladadas a los usuarios.

c) **Niveles de servicio e inversión en obras:** es más eficiente establecer niveles de servicio para la atención de la demanda en lugar de inversiones obligatorias. Una vez establecidos los niveles de servicio, su cumplimiento estará a cargo del concesionario, dejando en libertad a éste para que determine el tipo y monto de obra o inversión que garantiza el cumplimiento del nivel de servicio. Tal es el caso, por ejemplo de la Concesión de la Nueva Terminal de Contenedores Zona Sur, en la que se establece que el concesionario debe garantizar que la ocupación de amarraderos no supere el 70%.

d) **Responsabilidad de los estudios de ingeniería y otros realizados por el Concedente y PROINVERSION:** la responsabilidad de los estudios realizados o contratados por el Concedente y PROINVERSIÓN, recae en estos organismos, según corresponda. OSITRAN podrá opinar sobre dichos estudios, en los aspectos de su competencia, cuando han servido de base para establecer las inversiones a ser consideradas en la concesión, a efectos de asegurar la viabilidad y sostenibilidad del régimen de recuperación de las inversiones contemplado en el Contrato de Concesión.

e) **Estudios de ingeniería de detalle en el concesiones cofinanciadas:** OSITRAN considera, que con objeto de reducir los riesgos de incrementos significativos en los costos de inversión en las concesiones cofinanciadas, es deseable que éstas cuenten con estudios definitivos.

¹⁵ Se denomina bancabilidad del proyecto al desarrollar el proyecto de manera tal que sea atractivo para que los Bancos se encuentren interesados en conceder préstamos al concesionario para su desarrollo.

VII.4. REGULACIÓN DE LA CONSERVACIÓN DE LAS OBRAS

Marco Conceptual

Entre las obligaciones del Concesionario está la de conservar los bienes de la Concesión. Dicha obligación va a la par con garantizar la continuidad y calidad del servicio de acuerdo a lo establecido en el contrato. Ello significa, entre otros temas, asegurar que el adecuado mantenimiento y conservación de la infraestructura no afecte la continuidad del servicio, dada la naturaleza de uso público de la misma.

Criterios Aplicables

Los criterios que OSITRAN toma en cuenta al momento de emitir opinión son:

- a) **Principio de Razonabilidad en las Obligaciones de Conservación y Niveles de Servicio:** si bien existe un interés de garantizar que los usuarios reciban el mejor servicio posible, al establecer las obligaciones del Concesionario o al interpretar las existentes deberá de tenerse en cuenta que éstas sean razonables y acordes con el interés perseguido con el desarrollo del proyecto. De otra manera se exigirá el cumplimiento de niveles de servicio que no se encuentran justificados con las características del proyecto o que no son viables de mantenerse con el flujo de ingresos de la infraestructura. Lo anterior resulta también aplicable para los casos en que se solicite la modificación de plazos para el desarrollo de inversiones comprometidas, por ejemplo, cuando existan cambios en la demanda del servicio que no pudieron preverse en el momento de celebrarse el contrato.
- b) **Principio de Continuidad del Servicio:** este principio no sólo implica cumplir con las obligaciones de mantenimiento, sino que el desarrollo de las mismas no puede implicar una afectación a la continuidad del servicio. Dicha condicionalidad debe quedar establecida en los Contratos de Concesión. Las obligaciones de mantenimiento que se generen deben de ser de tales características que aseguren la continuidad del servicio a lo largo del tiempo. En tal sentido, al establecerse las obligaciones del concesionario, deberá tenerse como principio orientador que éstas deben de garantizar como mínimo la adecuada provisión del servicio en cuestión. Sin embargo, esta labor de mantenimiento y mejora del servicio deberá de establecerse de manera tal que no implique una afectación a la continuidad del servicio o al nivel en que éste es brindado.

VII.5. REGULACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

7.5.1. REGULACIÓN DE TARIFAS

Marco Conceptual

El tema tarifario, junto con el de acceso a facilidades esenciales y la Marco Conceptual de niveles de servicio, es el centro y, al menos desde el punto de vista regulatorio (que más concierne a OSITRAN), y el más importante del Contrato de Concesión. Debe tenderse a la participación técnica de OSITRAN en la definición del régimen tarifario de la concesión; no obstante, en los casos en que OSITRAN no haya propuesto, o propuesto parcial o totalmente el régimen tarifario

en el Contrato, dicho régimen contractual tarifario debe permitir una recuperación de la inversión realizada y un retorno razonable (principio de sostenibilidad de la oferta) , limitando a la vez el ejercicio del poder de mercado derivado de una estructura de mercado monopólica.

En ese sentido, la tarifa regulada es un sustituto al precio competitivo cuando la competencia no es posible, por lo que el contrato debe prever una tarifa regulada solo cuando no se estima que habrá competencia.

Criterios Aplicables

En términos generales, el régimen tarifario o sistema tarifaria (estructura, unidad de cobro y nivel tarifario) debe ser simple, evitándose la generación de diversidad de regímenes por lo que es recomendable, más allá de las particularidades que pudieran presentarse en cada caso, que los sistemas tarifarios recogidos en los contratos reflejen un paquete básico de principios y criterios comunes que eviten la generación de asimetrías regulatorias. Al respecto, los criterios que OSITRAN toma en cuenta al momento de emitir opinión son:

- a) **Esquema tarifario propuesto en el Contrato debe estar alineado a esquemas compatibles por incentivos:** En otras palabras, el esquema tarifario propuesto en el Contrato debería estar orientado a generar incentivos para que el Concesionario genere ganancias de eficiencia, que lo beneficien a él y a los usuarios del servicio. Tal es el caso, por ejemplo de las tarifas tope, que tienden a generar incentivos para la generación de eficiencia productiva.
- b) **En el proyecto de Contrato de Concesión las tarifas propuestas deben estar “blindadas” frente a decisiones políticas:** uno de los pilares del marco regulatorio vigente consiste en garantizar que las decisiones en materia tarifaria, se basen en decisiones técnicas y no políticas. En tal sentido, el Concedente no debe intervenir a través de la modificación unilateral de las tarifas, o impulsar unilateralmente una modificación en las mismas, pues ello además de ser ilegal atentaría contra la necesaria imparcialidad que debe regir en este tipo de procesos. Cabe mencionar que la politización del proceso tarifario no sólo puede redundar en el ejercicio de un mayor poder de mercado, en perjuicio de los consumidores, sino por el contrario, también en la reducción artificial de las tarifas atentando contra el principio de sostenibilidad de la infraestructura.
- c) **La facultad de fijar la tarifa no se circunscribe a determinar el monto que se cobra, sino como se define la unidad a la que se le aplica:** las potestades de OSITRAN deben comprender también el Marco Conceptual de los mecanismos de cobro de la tarifa. Por ejemplo, si en caso de concesiones viales se considera que implementación de nuevas estaciones de peaje, o el retiro o modificación de ubicación de las existentes, puede significar una modificación indirecta de la tarifa que pagan los usuarios por kilómetro recorrido. Otro ejemplo puede ser la inclusión o exclusión de ciertos supuestos para la aplicación tarifaria. Por ello no resulta conveniente que el Concedente tenga la facultad discrecional de modificar la ubicación dichas unidades, mecanismos de cobro o base sobre la que se aplica. Ello debe quedar bajo el control de OSITRAN o sujeto a la modificación del contrato. Dar tal poder al Concedente incrementa el riesgo del proyecto para los usuarios y concesionario y afecta la seguridad jurídica, pues el

Concesionario no cuenta con la certeza de cuáles serán las reglas de juego que regirán para los años futuros de la Concesión¹⁶.

- d) **El contrato debe remitir al Reglamento Marco de Acceso (REMA) y el Reglamento de Tarifas de OSITRAN (RETA):** de esa forma se evita la sobregulación en el contrato de concesión y los problemas de aplicación entre el contrato y el marco regulatorio. Ello debido a que ambos son normas que establecen obligaciones y derechos aplicables de manera uniforme a todas las entidades prestadoras bajo la competencia de OSITRAN. Debe evitarse en lo posible que se creen excepciones al REMA o al RETA en los contratos¹⁷.
- e) **OSITRAN fijará tarifas en cuando la competencia no exista ni puede existir por ser mercados que no son disputables (Ley N°26917):** ello debe ser evaluado claramente cuando se establece el régimen de tarifas en el contrato evitando que se incluyan bajo regulación tarifaria supuestos en que la misma es innecesaria. En otras palabras, cuando exista una cláusula tarifaria en el contrato de concesión, OSITRAN sólo debe velar por el estricto cumplimiento de dicha cláusula tarifaria. Del mismo modo, cuando exista competencia en el mercado, OSITRAN debe limitarse a velar por su libre funcionamiento pues su rol regulador, en este caso, es subsidiario¹⁸.
- f) **Es recomendable que se incluya la revisión quinquenal de las tarifas por parte del OSITRAN en los Contratos de Concesión:** la finalidad es el adecuar los cobros que se realiza por el uso de la infraestructura a las modificaciones en la calidad de servicio y las características de la demanda¹⁹. Un contrato muy rígido puede conducir a una continua presión para modificarlo, lo cual afecta la seguridad jurídica y no es tomado como una señal adecuada por la opinión pública. Dada la dinámica asociada a la tecnología de la infraestructura de transporte, como la práctica regulatoria, las revisiones tarifarias deben realizarse cada 5 años. En el caso de nuevas infraestructuras o cuando sea necesario realizar importantes inversiones al inicio de la concesión, el primer periodo de revisión puede ser mayor a 5 años pero menor a 10, de acuerdo a los resultados que arroje el análisis de sostenibilidad.
- g) **Tratamiento de los subsidios cruzados tarifarios:** OSITRAN podrá pronunciarse respecto del tratamiento tarifario de los subsidios cruzados, con la finalidad que queda claramente establecido el objetivo del subsidio, el mecanismo como se genera y recauda, su asignación, transparencia y la reducción de los incentivos de incrementar el subsidio.
- h) **Caso de Concesiones Viales**
 - **El Concesionario es quién debe administrar las estaciones de peaje:** una vez entregado en concesión un tramo carretero, el Concesionario debiera asumir directamente el cobro de los peajes, durante todo el periodo de vigencia de la Concesión, incluyendo la etapa de construcción²⁰, salvo que la intervención de un

¹⁶ Informe No. 017-05-GRE-GAL-OSITRAN

¹⁷ Informe No. 004-06-GRE-GAL-OSITRAN

¹⁸ Informe No. 001-06-GS-GRE-GAL-OSITRAN

¹⁹ Informe No. 007-06-GRE-GAL-OSITRAN

²⁰ Informe No. 008-05-GRE-OSITRAN

administrador sea transparente y signifique un incremento en el nivel de peaje con una reducción en los costos de administración de peaje.

- **Mecanismo de Ajuste por Tasa de Interés:** De acuerdo a las mejores prácticas internacionales, como regla general, en una concesión los riesgos financieros deben trasladarse al concesionario. En tal sentido, mecanismos de ajuste compensatorios sobre las tasas de interés no resultan convenientes. Sin embargo, en los Contratos de Infraestructura Cofinanciada usualmente se ha incluido esta cláusula por el mecanismo de ajuste por tasa de interés.

En el caso de que PROINVERSION mantenga esta cláusula, sería pertinente que se precise que únicamente se podrá implementar este ajuste por variación en la tasa de interés, cuando el Concesionario obtiene el financiamiento, a través de endeudamiento directamente asumido por éste. En el caso, que su financiamiento provenga de la venta de los Certificados de Reconocimiento de Pago Anual de Obra (CRPAO) por adelantado, o de otros instrumentos similares, dicho mecanismo de ajuste podría no ser necesario.

- **Mecanismo de garantía tarifaria:** de acuerdo a este mecanismo de garantía pactado en los Contratos de Concesión cofinanciados, si el Estado solicita la reducción de la tarifa, el Concesionario se ve obligado a realizar dicha reducción; pero el Estado, por su parte, se ve en la obligación de compensar al Concesionario por dicha reducción en los ingresos²¹. En los casos en que se admite algún nivel de intervención política en la tarifa, el contrato debe equilibrar el riesgo asumiendo los costos de ello mediante garantías adecuadas. En estos casos corresponde al Concedente asumir este riesgo. Debe tenerse presente, como se ha registrado, que el concesionario esté de acuerdo con una reducción del peaje, incluso con su no cobro, pues éste terminaría siendo pagado por el Estado. En estos casos, la regulación contractual debe limitar esta decisión al Concedente, pues de no limitarse se pueden introducir incentivos para no cobrar peaje, lo que afecta el nivel de cofinanciamiento, así como la cultura de pago de los usuarios.
- **No deben existir exenciones de pago de tarifas a favor de los usuarios:** de acuerdo con la legislación vigente, tanto en concesiones onerosas o cofinanciadas, están prohibidas las exenciones de pago de los servicios a favor de los usuarios ya que esto puede constituir una conducta discriminatoria, salvo que exista una regulación explícita o razonable (por ejemplo la exoneración de peaje para vehículos policiales). En este sentido, toda exoneración debe estar justificada²².

7.5.2. REGULACIÓN DE ACCESO

²¹ Informe No. 006-06-GAL-OSITRAN

²² Informe No. 001-06-GS-GAL-OSITRAN. Dicho comentario fue realizado con motivo del esquema tarifario. Dicho comentario se encuentra también en el Informe No. 007-06-GRE-GAL-OSITRAN en el cual se señaló que para evitar controversias con el Concesionario se debía establecer en el Contrato todos y cada uno de los servicios que comprende el pago de la TUUA (más allá de que en cada caso algunos de los servicios en este concepto puedan ser desarrollados por terceros). Para tal efecto, OSITRAN requirió que el Contrato señalase expresamente que se trata de un pago único y que ni el concesionario ni terceros podrán duplicar los cobros por conceptos de sub-servicios incluidos.

Marco Conceptual

El Regulador diseña las reglas de acceso para que terceros accedan a la infraestructura que es propiedad o se encuentra bajo el control de un concesionario. Las reglas de acceso garantizan que los competidores tengan la posibilidad de utilizar la infraestructura que de lo contrario tendría que duplicarse, y que actúan como “cuellos de botella” para las empresas en el caso de que el propietario limite el acceso a los mismos. Este fenómeno se presenta en aquellas infraestructuras que deben ser utilizadas de forma conjunta por distintos operadores, como es el caso de los aeropuertos, puertos o ferrocarriles.

Según Estache y de Rus (2003), para el diseño de las reglas de acceso a las redes de infraestructura básica existen tres principios:

- Permitir que el operador obtenga una tasa de rentabilidad razonable sobre la inversión realizada en la red;
- Promover la producción y el consumo eficientes, asegurando una efectiva coordinación de la demandas para el uso de la red.
- Permitir el acceso a nuevos operadores en condiciones justas.

Crterios Aplicables

En el análisis de los proyectos de Contratos de Concesión, OSITRAN considera los siguientes criterios:

- a) Privilegiar la aplicación del Reglamento Marco de Acceso (REMA):** en principio los contratos deberían, en lo posible, someterse y sujetar la concesión al cumplimiento del REMA y sólo pactar excepciones al mismo en casos muy particulares y justificados. De lo contrario, se estará generando un problema de asimetría regulatoria entre distintas concesiones.
- b) Los Contratos de Concesión deben evitar generar reglas de acceso gravosas:** el régimen de acceso es una herramienta a aplicarse a casos sensibles que se derivan de la posición de dominio que podría tener el concesionario sobre una facilidad esencial necesaria para brindar un servicio esencial para completar la cadena de transporte. En principio, y salvo que existan causas ajenas a las que competen al tema regulatorio, las reglas de acceso deberían limitarse a facilidades esenciales para brindar servicios esenciales.

De presentarse un caso de posición de dominio respecto de una facilidad no esencial, o en relación a un servicio no esencial, el competente para resolver el problema es el INDECOPI y no el OSITRAN, bajo las reglas de la Ley de Libre Competencia. Es recomendable que el Contrato sea claro en indicar esta situación.

- c) El REMA prima sobre el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora:** el REMA establece está prelación. Asimismo, este Reglamento establece las reglas y

pronunciamientos para la elaboración y aprobación de los proyectos de Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.

- d) **Aplicación de los principios establecidos en el REMA** ²³: en los proyectos de Contratos de Concesión, se verifica que los principios establecidos en el REMA están siendo considerados en la redacción del Contrato.

- e) **Los precios de los servicios sujetos a condiciones de competencia se determinarán sobre la base de la libre oferta y demanda**: las tarifas de los servicios intermedios se determinarán sobre la base de la libre oferta y demanda, para lo cual el concesionario deberá permitir el ingreso de otras empresas. Si bien el Concesionario tiene el deber de brindar acceso a estas facilidades esenciales, se puede limitar el número de operadores debido a temas de seguridad o congestión²⁴. Solo excepcionalmente, cuando no se vislumbra que existirá competencia por las condiciones existentes o por las limitaciones en la infraestructura disponible deben prever mecanismos que simulen el proceso competitivo. El más usado es subastar el acceso usando como factor de competencia la tarifa más baja a los usuarios finales de los servicios, sustituyendo la competencia en el mercado por la competencia por el mercado.

VII.6. REGULACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN

Marco Conceptual

El equilibrio económico y financiero consiste en la equivalencia o ecuación que se ha establecido a través del Contrato de Concesión, es decir un balance entre las obligaciones, derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las partes involucradas en la Concesión. Así, el equilibrio no es de las prestaciones en si mismas, sino de lo que las partes consideran equilibrado al momento de celebración del contrato. Lo que se rompe, en caso de una ruptura del equilibrio económico, no es una equivalencia sino una relación entre las prestaciones. Por ello, es más importante relacionar el cambio del mismo componente que una comparación entre prestaciones.

²³ El acceso a la infraestructura calificada como facilidad esencial se encuentra sometida a los principios de libre acceso (el acceso sólo está sujeto al cumplimiento de lo dispuesto por las normas y documentos exigidos por el REMA); de neutralidad (se debe tratar a los vinculados y a los no vinculados en condiciones iguales); de no discriminación (en condiciones equivalente, se debe tratar a todos los operadores por igual); de libre competencia y promoción de la inversión privada (el acceso se realiza en base a un balance entre incorporación de más competencia e incentivos para el mejoramiento de la infraestructura); de eficiencia (los cargos y condiciones tienen en cuenta los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura); de plena información (los solicitantes del acceso deben contar con la información necesaria para evaluar y negociar); de oportunidad (los plazos, procedimientos y ejecución de obligaciones no establecidos en el REMA deben ser razonables y no dilatorios) y de prohibición de subsidios cruzados (las Entidades prestadoras no pueden imputar los costos de un servicio asignándolos a otros).

²⁴ **tal es el caso de de los servicios de apoyo a las aeronaves en tierra (servicios de rampa o *ground handling*), el Contrato de LAP establece que este servicio podrá ser brindado: (i) por terceros y que la selección de los operadores se hará mediante un procedimiento de subasta al mejor postor, el cual podrá ser objeto de fiscalización por parte de OSITRAN; (ii) de forma directa (sin subasta); o, (iii) a través de una de las filiales, la que se constituye en operador. En este caso, el pago que deberá efectuar la filial operadora al concesionario será el promedio de los otros operadores.**

El Regulador es quien establece si efectivamente existe una ruptura del equilibrio económico del Contrato. En tal sentido, se encarga de calcular el monto de la compensación y propone medidas al Concedente, con la finalidad de reestablecer el equilibrio económico. En este punto, se debe precisar que el equilibrio económico financiero siempre se debe analizar con relación a las condiciones iniciales bajo las cuales se suscribió el Contrato, o en otras palabras, cualquier ajuste en el equilibrio económico financiero debe ser con respecto al momento "cero" del Contrato, es decir, cuando las partes suscribieron el contrato.

Criterios Aplicables

Cuando OSITRAN examina la cláusula de equilibrio económico-financiero, toma en cuenta los siguientes criterios:

- a) **Equilibrio dual:** el equilibrio compromete a las partes en el contrato. En el caso que la ruptura del equilibrio se regule bajo el supuesto de la emisión de una norma legal o actos del Estado que afecten negativamente los ingresos y/o egresos por encima de los límites establecidos, corresponderá restablecer dicho equilibrio. Asimismo, en aplicación del equilibrio dual, por ejemplo, en el caso que la emisión de la norma o los actos del Estado, deriven en beneficios para el concesionario, por encima de los márgenes establecidos para el primer caso, se podrá restablecer el equilibrio a favor del Estado.

Asimismo, existen eventos que afectan la estructura de costos del concedente de manera favorable para él, sí pueden dar lugar a la revisión del contrato en beneficio del Estado.- Por ejemplo, la devolución de un tramo de la carretera sí afecta el equilibrio económico financiero y debe determinar una reducción de los peajes, o en caso de concesiones cofinanciadas modificaciones del PAMO. Así como es posible que la ruptura del equilibrio económico financiero perjudique al Concesionario, también lo puede beneficiar (como ocurriría por ejemplo en un caso de devolución de un tramo de carretera). Ello también debe ser motivo para accionar mecanismos que permitan recobrar dicho equilibrio, aún en el caso que no se hubieran previsto fórmulas de compensación a favor del Estado.

- a) **Las disposiciones tarifarias dadas por el mismo OSITRAN no son causal de ruptura del equilibrio económico financiero:** no debe facultarse al Concesionario para que, frente a una norma tarifaria dictada por el propio OSITRAN, solicite compensar su equilibrio económico – financiero. Ello implicaría dificultar o impedir que OSITRAN ejerza su función regulatoria, configurándose una trasgresión del ámbito de sus competencias, teniendo en cuenta que justamente estas funciones de OSITRAN se basan en la evaluación del equilibrio regulatorio establecido por el contrato. Es por tal razón que ante una norma de tarifas dictada por el OSITRAN que el Concesionario no comparta, éste último tiene siempre la posibilidad de acudir a los mecanismos de impugnación existente, así como la posibilidad de participar en las decisiones regulatorias del organismo²⁵ pero no de activar el mecanismo contemplado para la

²⁵ Informe N° 017-02-GEE-OSITRAN

ruptura del equilibrio económico financiero. Este criterio limitativo debe ser aplicado tanto a las disposiciones tarifarias como a las sanciones administrativas y a cualquier disposición emitida por el OSITRAN en el ejercicio de sus funciones.

- b) Los efectos de una “Ley Aplicable” no se pueden considerar como un “Evento de Fuerza Mayor” a favor del Concedente:** el Concedente no puede valerse de la “Ley Aplicable” (es decir de cambios en las normas que afectan específicamente el Contrato) como un Evento de Fuerza Mayor que le permita justificar el incumplimiento de sus obligaciones. Ello implicaría alegar hecho propio²⁶. Así, en todo caso, los cambios normativos son riesgos que deben ser asumidos por el Estado y no por el Concesionario.
- c) Los cambios en las normas y leyes de carácter general no deben considerarse como afectaciones al equilibrio económico financiero, salvo que ello sea justificado atendiendo a las características y condiciones de cada mercado a concesionar o a las condiciones en las cuales se desarrolle la licitación:** Los cambios en las normas y leyes de carácter general²⁷ (incluyendo las normas que modifiquen tributos de manera general²⁸) son incorporados por el Concesionario en su evaluación del riesgo general del proyecto y ello está incorporado en su tasa de descuento. Ello no impide que el Contrato establezca el reestablecimiento del equilibrio económico financiero por cambios en las “Leyes y Disposiciones Aplicables”, entendidas éstas como aquellas que afectan de manera específica a la Concesión²⁹, o en otros casos válidos que el Contrato de Concesión pueda contemplar. Ello se debe a que el Contrato de Concesión da garantías al Concesionario respecto de ciertos riesgos que podrían afectar específicamente a cada proyecto, más no una garantía general frente al riesgo país

Sin embargo, pueden presentarse circunstancias particulares ajenas al Concesionario, derivadas de acciones del Estado (emisión de normas y otras decisiones), que justificarían como causal de ruptura del equilibrio económico-financiero y la necesidad de su restablecimientos vía renegociación del contrato con la finalidad de mantener la continuidad del servicio público y la sostenibilidad de la oferta en el largo plazo..

- d) Restringir, para efectos del marco conceptual de ruptura de equilibrio económico-financiero, los ingresos brutos y costos:** es necesario precisar el tipo de ingreso y/o costo que se pretende proteger en el marco del equilibrio económico-financiero. Por ejemplo, una definición amplia de los ingresos, podría generar una garantía del Estado de que los servicios dados en competencia tendrán un determinado nivel. Ello significaría un “seguro” a favor del concesionario contra los riesgos propios del mercado, lo cual escapa a la lógica del equilibrio que se pretende proteger. Lo más lógico es limitar la variación a los ingresos que provienen de actividades sujetas a regulación tarifaria o de acceso y no en general a todos los ingresos que pueda

²⁶ Informe N° 006-03-GEE-OSITRAN

²⁷ Este punto tiene matices pues, puede darse el caso en el que el Concedente señale que cierto tributo no resulta aplicable (como lo fue el caso del IGV en las tarifas en el Contrato de CONCAR), motivo por el cual el Concesionario no contempló en su oferta dicho impuesto. En este caso, sí correspondería el equilibrio económico financiero según los propios términos del OSITRAN (Informe No. 008-2000-DTIVOSITRAN)

²⁸ Tal es el caso del Impuesto Predial. (Ver Informe No. 021-03-GRE-OSITRAN)

²⁹ Tal y como sostiene Kerf (1988) en “*Concessions for Infrastructure: A guide to Their Design and Award*”. (Informe No. 11-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN)

generar el concesionario. En otras palabras el Estado no debe dar garantías contractuales contra un resultado adverso para el concesionario en los mercados en los que hay competencia efectiva. Ello además reduce sus incentivos para que el concesionario compita eficientemente en los mercados

en los que está en clara competencia³⁰. De no establecerse la precisión se podría inducir, por ejemplo un desempeño pobre en los servicios no regulados (abiertos a la competencia) que puede afectar el volumen de ingresos o elevar los costos, Bajo estas condiciones, un Concesionario podría solicitar el restablecimiento del equilibrio económico derivado de sus ineficiencias en los mercados no sujetos a regulación, lo cual generaría distorsiones. En tal sentido, el contrato debe precisar que se excluye del restablecimiento los actos derivados del desempeño del Concesionario³¹.

- e) **Es pertinente señalar un límite mínimo de variación de ingresos o gastos, para considerar qué equilibrio económico se ha visto afectado:** el empleo de un referente porcentual (umbrales) para considerar que el equilibrio económico se ha visto significativamente afectado resulta pertinente y deseable siempre y cuando se encuentre adecuadamente sustentado. Ello en la medida que, de establecerse un umbral muy bajo, podría equivaler a considerar cualquier efecto como significativo, lo que en el fondo puede significar liberar al concesionario de riesgos que son intrínsecos a su actividad. En este sentido, el porcentaje variará según la envergadura de la concesión y deberá fijarse atendiendo a las características particulares de cada proyecto y de los riesgos a él referidos. Esta misma sustentación debe requerirse en aquellos casos en los que se considere conveniente reducir dicho referente³².

- h) **Frecuencias mínimas para argumentar ruptura del equilibrio económico financiero en cualquier momento:** es decir, no es conveniente establecer frecuencias mínimas para argumentar ruptura del equilibrio. El establecerlas puede generar preocupación de los potenciales acreedores en la eventualidad de que los resultados del Concesionario se vean significativamente afectados por una acción del Estado, y el concesionario tenga que esperar un periodo mínimo para iniciar el proceso de solución. En consecuencia la posibilidad de solicitar la revisión debe ser en principio abierta³³.

- i) **El Regulador debe evaluar el impacto neto de las propuestas del Concedente, Concesionario y Usuarios:** a fin de preservar la relación de equilibrio económico entre el Concedente, Concesionario y Usuarios, es importante que el Regulador evalúe el impacto neto de las propuestas en cada categoría de agentes económicos³⁴. El

³⁰ Informe No. 016-06-GRE-GAL-OSITRAN

³¹ El Contrato de Concesión de la Nueva Terminal de Contenedores Zona Sur (cláusula 8.22) regula el equilibrio económico - financiero, excluyendo, entre otros, los actos asociados al desempeño del Concesionario.

³² Para el caso de LAP, OSITRAN consideró adecuado el 15% (Informe No. 02-01-DTIT-OSITRAN, Informe N° 017-02-GEE-OSITRAN); para el caso de IIRSA SUR, OSITRAN consideró inadecuado el 5% (Informe No. 017-05-GRE-GAL-OSITRAN); en el caso de FETRANSA, OSITRAN consideró como insuficiente para romper el equilibrio el 2.1% (Informe 021-03-GRE-OSITRAN); en el caso del Programa Costa Sierra se consideró pertinente las variaciones de 10% (o más sobre los ingresos y costos del Concesionario (Informe No. 011-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN).

³³ Informe No. 017-06-GRE-GAL-OSITRAN

³⁴ Informe No. 030-2006-GRE-GAL-OSITRAN

análisis debe ser integral y considerar los costos y beneficios que cada uno de los agentes experimenta para determinar si se alterado el equilibrio.

- j) No se podrá someter a arbitraje la discrepancia con relación a la ruptura del equilibrio económico-financiero:** la razón es que no puede someterse a este fuero el ejercicio de la función reguladora y supervisora de OSITRAN³⁵.
- k) Se sugiere establecer obligación de remitir al regulador modelo financiero:** es necesario establecer la obligación contractual de que el Concesionario, o en su caso, la agencia promotora de la inversión (PROINVERSION) remitan al Regulador en el plazo no mayor de 3 meses de suscrito el Contrato, los modelos financieros que se utilizaron y que servirá de base para determinar la ruptura de equilibrio, así como los impactos de las modificaciones de contrato que se produzcan en el futuro³⁶.
- l) OSITRAN no puede otorgar o eliminar obligaciones tributarias, a fin de mejorar la retribución del concesionario:** los Contratos de Concesión sólo pueden establecer o regular materias que son aplicables o exigibles entre las partes que intervienen directamente en la ejecución. Por ello, no puede otorgarse o eliminarse obligaciones de carácter tributario, a fin de mejorar la utilidad del concesionario.
- m) Para el caso de las concesiones viales, en la medición de la ruptura debe usarse preferentemente variaciones en los ingresos antes que variaciones en los costos:** la fórmula a aplicarse para medir la variación del equilibrio económico financiero no debe medir la variación en costos respecto a la variación de la tarifa por peaje, sino a los ingresos por peaje ya que los mayores flujos vehiculares pueden permitir cubrir los posibles incrementos en los costos de construcción de la obra. De lo contrario, podrían darse casos de supuesta ruptura de equilibrio económico, pese a un incremento de los ingresos del concesionario que le permitirían hacer frente a los incrementos en los costos sin perjudicar su nivel de utilidades³⁷.

VII.7. GARANTÍAS

Marco Conceptual

Más allá del contenido de las obligaciones pactadas en el Contrato a cargo del Concesionario, deben existir mecanismos que protejan al Concedente tanto de eventuales incumplimientos como de la materialización de determinados riesgos. Para ello se buscan mecanismos que hagan que cualquier responsabilidad se haga líquida de manera efectiva, adecuada y completa. Tales efectos se logran mediante el otorgamiento de fianzas, capitales mínimos y coberturas de seguro que protejan al Concedente contra pérdidas o afectaciones de bienes, incumplimientos de compromisos o responsabilidades por riesgos. El Contrato debe velar por que estas coberturas existan. De esta forma, en los contratos se distinguen dos tipos de garantías que debe otorgar el Concesionario al Concedente, éstas son: fiel cumplimiento de construcción de obras y fiel cumplimiento del Contrato de Concesión. Asimismo, el Concedente en algunos contratos puede

³⁵ Informe No. 017-06-GRE-GAL-OSITRAN

³⁶ Como fue solicitado por OSITRAN en el Informe No. 016-06-GRE-GAL-OSITRAN: Opinión al Proyecto de Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

³⁷ Informe No. 021-05-GRE-GAL-OSITRAN

actuar como garante del endeudamiento del Concesionario (endeudamiento garantizado permitido).

Criterios Aplicables

En el caso de las garantías, OSITRAN aplica los siguientes criterios al momento de analizar los proyectos de contratos:

En el caso de Garantías para el Concedente

- a) El Principio de Razonabilidad debe guiar la renovación, el monto, y la reducción de las Garantía de Fiel Cumplimiento:** el Concesionario tiene la obligación de otorgar una garantía que asegure la correcta ejecución del contrato. Para el establecimiento de la garantía, así como para su posterior interpretación, se deberá de tener en cuenta el principio de razonabilidad³⁸. En este sentido, por ejemplo, no podrá obligarse a brindar una garantía por un monto desproporcionadamente superior al valor de la concesión pero tampoco por un monto que deje al Concedente bajo el riesgo de quedar sin compensación adecuada.

Dada la importancia de las garantías a favor del Estado, es importante que el concesionario se encuentre obligado a mantener plenamente vigente su Garantía de Fiel Cumplimiento, motivo por el cual las renovaciones de las garantías deben darse con la debida anticipación a la pérdida de vigencia de las anteriores para evitar que el Concedente se quede descubierto.

Adicionalmente, dado que las Garantías de Fiel Cumplimiento garantizan la ejecución de las obras comprometidas por el concesionario y el cumplimiento de otras obligaciones, resulta recomendable que, en aplicación del principio de razonabilidad, en la medida que dichas obras sean ejecutadas se produzca una reducción proporcional del monto de las Garantías hasta un monto mínimo determinado en el Contrato.

- b) El Principio de Eficacia determina que sea el OSITRAN quien determine la procedencia de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.-** De acuerdo con el principio de eficacia³⁹, y teniendo en cuenta que la labor de supervisión de cumplimiento de obligaciones contractuales recae sobre OSITRAN, es éste quien se encuentra en mejor posición para determinar la procedencia de la ejecución de una

³⁸ De acuerdo con este principio, los medios empleados para alcanzar el fin perseguido por la administración deben ser necesarios, adecuados y proporcionados, es decir, que además de ser imprescindibles para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la regulación adoptada y el fin que pretende alcanzarse.

³⁹ De acuerdo a este principio, se debe de preferir aquellos actos o procedimientos que conlleven el cumplimiento de la finalidad perseguida de la manera más sencilla y al menor costo posible

determinada Garantía de Fiel Cumplimiento, sin perjuicio de quién sea establecido como beneficiario de ésta⁴⁰.

Por otro lado, a fin de asegurar de mejor manera al Estado, las Garantías de Fiel Cumplimiento que se establezcan deben de ser lo más líquidas posibles. En tal sentido, por ejemplo, se recomienda el establecimiento de Fianzas de ejecución inmediata de Bancos de reconocido prestigio.

- c) El Principio de Razonabilidad debe guiar el establecimiento del capital mínimo del Concesionario:** un mecanismo de garantía alternativo o complementario es el establecimiento del capital social mínimo de la sociedad concesionaria. Ello permite asegurar que el Concesionario cuente con un capital de trabajo suficiente para el desarrollo del proyecto hasta que logre recibir los ingresos derivados de la explotación⁴¹ o para llevar a cabo mejoras en el corto plazo. Sin embargo, en aplicación del principio de Razonabilidad debemos de considerar que el capital mínimo exigido debe de ser proporcional a las inversiones a realizar y las ventas esperadas. Asimismo, debe tenerse en cuenta al establecer el capital mínimo exigido que en la mayoría de casos los proyectos no son ejecutados con capital propio del Concesionario, sino a través de préstamos que son brindados en función a la viabilidad del proyecto y de los flujos de caja que puede generar. Por consiguiente, el aporte de capital del Concesionario, debería tener como referencia la estructura que muestran concesiones similares.
- d) Pólizas de seguro: Principio de Continuidad del Servicio y de Razonabilidad:** de acuerdo con el Principio de Continuidad del Servicio, la regulación y actos que desarrolle la administración deben de estar orientados a asegurar la continuidad del servicio brindado a través de la infraestructura. A fin de asegurar la continuidad del servicio y su adecuado mantenimiento ante sucesos imprevistos, es recomendable que el Concesionario se encuentre obligado a la contratación de una póliza de seguros contra destrucción parcial o total de la obra.

En aplicación del principio de Razonabilidad, el monto mínimo al cual se encontrará obligado el Concesionario a contratar la correspondiente póliza deberá guardar proporción con el valor de la obra⁴².

El tipo de seguro y la extensión de los mismos (qué bienes de la concesión deben asegurarse) dependerá de cada caso concreto. Sin embargo, debería asegurar, al menos, los recursos necesarios para la adecuada prestación del servicio y el funcionamiento adecuado de la infraestructura. Ello en la medida que en caso se presente un siniestro sobre un bien sobre el cual no recaía la obligación de aseguramiento por parte del Concesionario, será el Concedente quien deberá pagar la reparación usando recursos de su Presupuesto, existiendo incluso el riesgo que la

⁴⁰ En este sentido, ver el Informe No. 007-06- GRE-GAL-OSITRAN.

⁴¹ Ver el Informe No. 001-06-GS-GRE-GAL-OSITRAN.

⁴² En este sentido, ver el Informe No. 011-2000-DTIV-OSITRAN.

reparación de los daños no pueda efectuarse debido a la falta de recursos del Concedente⁴³.

En el caso de Garantías para el Concesionario

- a) **Mecanismos de protección de inversiones:** usualmente el Concesionario exige que el Concedente le garantice que ciertas condiciones que no serán modificadas. Salvo excepciones, esas garantías antes que financieras son legales y constituyen la existencia de responsabilidades por cambios contrarios a los compromisos asumidos en el contrato. Aparecen entonces cláusulas de garantía, convenios de estabilidad o mecanismos de protección de inversiones como sometimiento a esquemas arbitrales como el CIADI.

- b) **Fijar nivel de Ingresos del Concesionario:** el otro tipo de garantías usualmente otorgadas se refieren a garantizar cierto nivel de ingreso al Concesionario. Si bien usualmente el riesgo comercial y financiero le corresponde al Concesionario, puede ser que por la incorporación de ciertos objetivos de política pública se trasladen a la concesión riesgos adicionales que escapan a lo meramente comercial o financiero en condiciones de negocio normales. Por ejemplo, se puede entregar en concesión una carretera cuya recuperación de inversión no esta plenamente cubierta por los ingresos por peaje, solo porque objetivos de política social llevan al Estado a motivar su construcción (por ejemplo integración regional de ciertas poblaciones) o un menor peaje para algunos usuarios. O puede ser que se estima que el riesgo es demasiado alto para conseguir postores en el concurso. En esos casos, el Estado puede garantizar financieramente ciertos retornos, comprometiéndose a rembolsar al Concesionario la diferencia entre el monto garantizado como ingreso y el monto recaudado por tarifas o peajes.

- c) **Resulta indispensable que el Estado brinde garantías acerca del mantenimiento de determinadas condiciones para el desarrollo de la Concesión:** para lograr la viabilidad de un proyecto resulta indispensable que el Estado brinde al concesionario garantías acerca del mantenimiento de determinadas condiciones durante el desarrollo de la concesión. En este sentido, suelen ser aplicables, por ejemplo, convenios de estabilidad jurídica o el establecimiento de tarifas que no podrán ser reducidas durante el período de inicio de la concesión. Ello resulta de gran importancia durante el proceso de obtención por parte del concesionario de financiamiento para el desarrollo del proyecto ya que es necesario que los Acreedores Permitidos cuenten con determinadas condiciones que respalden su inversión.

Por otro lado, es importante que en el marco de obtención de Créditos Permitidos el Estado reconozca que los acreedores permitidos serán titulares de determinados derechos derivados del financiamiento del proyecto, sin que ello implique necesariamente que el Estado se constituye en garante o responsable solidario de las obligaciones que adquiera el concesionario frente a los acreedores permitidos⁴⁴.

⁴³ En el Anexo 1 se adjunta la lista de los tipos de póliza en los Contratos de Concesión, indicándose los Contratos de Concesión respectivos en los cuales se señaló la obligación de contratar el tipo de póliza.

⁴⁴ En este sentido, ver el Informe No. 006-03-GEE-OSITRAN.

VI.8. COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

Marco Conceptual

En esta sección del Contrato se señala las facultades que le confiere al Regulador el Contrato, las leyes y Disposiciones Aplicables, de conformidad con la Ley N° 26917 y de las demás normas vigentes. En tal sentido, en esta sección de los contratos, se precisa las potestades que tendrá el Regulador, estas son:

- **Supervisión:** se precisa que los costos derivados de las actividades de supervisión de obras en que incurra el Regulador serán pagados por el Concesionario (concesión a título oneroso) o el Concedente (concesión cofinanciada). Asimismo, se precisa la facultad que tiene OSITRAN para designar a los supervisores de obras.

Asimismo, los honorarios y gastos que originan las actividades de supervisión de la explotación serán pagadas por el Regulador con cargo a la tasa de regulación.

- **Sancionadora:** se precisa que el Regulador estará facultado para aplicar sanciones al Concesionario, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la ley N° 26917 y los reglamentos que dicte sobre la materia. Asimismo, usualmente se señala que las disposiciones contempladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones debe prevalecer sobre los supuestos previstos en el Contrato.

Criterios Aplicables

Facultades de OSITRAN

Los criterios que OSITRAN toma en cuenta al momento de emitir opinión son:⁴⁵

- a) **Principio de Legalidad no implica literalidad. En este sentido, el OSITRAN cuenta con Facultades implícitas:** OSITRAN se encuentra obligado a conducir su actuación dentro de las facultades y atribuciones que la ley le confiere; ello en estricta aplicación del principio de legalidad que regula la actuación de la administración pública⁴⁶. Dicha facultad solo puede tenerse por Ley autoritativa. Sin embargo, el principio de legalidad no se erige bajo la lógica de un rígido criterio de literalidad. Existirán casos en los cuales la administración contará con atribuciones que, si bien no se encuentran expresamente señaladas en una norma, se desprenden razonablemente de la función que le ha sido

⁴⁵ La selección de Criterios Aplicables ha sido desarrollada en base a los siguientes antecedentes:

- (i) IIRSA SUR
 - Informe No. 008-05-GRE-OSITRAN
 - Informe No. 015-05-GRE-OSITRAN

Para un desarrollo más amplio de estos Antecedentes, nos remitimos al Anexo 1 del presente informe.

⁴⁶ A nivel legislativo, la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), aprobada por Ley No. 27444, es expresa en recoger este principio rector de la actuación de toda autoridad administrativa. En efecto, el Título Preliminar de dicha ley, en su artículo IV, dispone lo siguiente: "*Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*".

asignada a la entidad, sin que ello constituya una vulneración al principio de legalidad. Ello es lo que la doctrina denomina “facultades implícitas” o “poderes inherentes”. Las facultades implícitas deben derivarse necesaria y razonablemente de una función expresamente asignada por una norma a la administración y sólo aquellas facultades implícitas que razonablemente resulten necesarias para el cumplimiento de una función efectivamente asignada a la administración y con el alcance necesario para cumplir la función específica.

No se aceptarán cláusulas que contravengan el margo jurídico de las atribuciones de OSITRAN. En este caso específico, en aplicación del principio de legalidad, se opinará señalando la ilegalidad de la cláusula.

- b) El ejercicio de las facultades del OSITRAN debe realizarse conforme al Principio de Transparencia:** si bien el OSITRAN cuenta con una serie de facultades amplias; estas no son absolutas. Ciertamente, dentro del Principio de Legalidad, las facultades otorgadas por nuestra normativa a los Reguladores, y especialmente al OSITRAN, demuestran un amplio poder de discrecionalidad (como lo son las facultades de supervisión o la operación del sistema tarifario). Es a fin de evitar una desnaturalización del principio de legalidad y evitar cuestionamientos que impliquen una “captura del Regulador” que resulta pertinente adoptar el Principio de Transparencia como guía de las acciones del Regulador.

El Regulador, en aplicación del Principio de Transparencia⁴⁷, opta por políticas adecuadas de limitación de sus facultades discrecionales, especialmente justificando las razones de sus actos. Tal principio no sólo permitirá otorgar la transparencia necesaria a los participantes (Concedente, Concesionario y Usuarios) de las acciones adoptadas por el OSITRAN; sino que además permite racionalizar y objetivizar el poder del Regulador.

- c) Por el Principio de Autonomía, OSITRAN ejerce sus facultades y atribuciones de manera exclusiva; no siendo posible que el Concedente, el Concesionario o alguna entidad pública o privada se arroguen dichas facultades vía contrato de Concesión.-** OSITRAN ejerce sus atribuciones de manera exclusiva por mandato legal (Ley y Reglamento del OSITRAN, Ley Marco de los Organismos Reguladores y su Reglamento) y, por lo tanto, el Concedente, el Concesionario o alguna entidad pública o privada no podrán arrogarse dichas atribuciones vía Contrato de Concesión; ello en aplicación directa del Principio de Autonomía⁴⁸.

- d) La competencia del OSITRAN se circunscribe a materias estrictamente regulatorias:** Si bien las normas que regulan su ámbito de competencia se han

⁴⁷ Artículo 7 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante D.S. No. 044-2006-PCM: “*Toda decisión de cualquier ORGANISMO DEL OSITRAN deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles. Las decisiones del OSITRAN serán debidamente motivadas y las decisiones normativas y/o regulatorias serán publicadas antes de su entrada en vigencia para recibir comentarios y sugerencias de los interesados.*”

⁴⁸ Artículo 9 del Reglamento del OSITRAN de acuerdo al cual: “*El OSITRAN no está sujeto a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado en los temas de su competencia. Su accionar se basará en las normas legales aplicables y en estudios técnicos debidamente sustentados.*”

limitado a señalar que “El OSITRAN ejerce las funciones (...) sobre las actividades que involucran la explotación de la INFRAESTRUCTURA.”⁴⁹ la norma antes referida no debe llevarnos a confusión. Así, existen aspectos que no se encontrarán dentro del ámbito de competencia del OSITRAN pese a que se relacionen con las actividades de explotación de infraestructura pública de transportes, como lo son los aspectos tributarios o laborales. En este sentido, queda claro que la competencia del OSITRAN se circunscribe a materias estrictamente regulatorias.

Sin perjuicio de ello, anotamos que el artículo 19 del Reglamento del OSITRAN prevé el supuesto excepcional de competencia del OSITRAN, incluso en actividades no reguladas; siempre que las mismas impliquen una afectación a la explotación de la infraestructura. Esta competencia excepcional debe ser interpretada de manera restrictiva y supletoria. Por ello, sólo deberá ser aplicada cuando exista una evidente afectación al interés público que motivó, en principio, la necesidad de un mercado regulado. Por lo tanto, ante la duda, deberá preferirse su inaplicación.

- e) El Principio de Especialidad determina cuándo se aplican las normas de Regulación (a cargo del OSITRAN) y cuándo las normas generales de libre competencia (a cargo del INDECOPI):** Las normas regulatorias sectoriales son especiales del sector correspondiente. Por su parte, las normas de libre competencia son generales, porque se aplican a todos los sectores que no tengan regulación específica para un tema. Se trata de dos medios distintos para solucionar un mismo problema.

En ese sentido, las normas de competencia (dado su carácter general) tendrán una aplicación residual. Se aplicarán siempre que no exista una regulación específica que haya tratado el problema concreto de manera directa. Ello en aplicación directa del principio de especialidad el cual dispone que la norma especial prima sobre la norma general. Sin embargo, ello no quiere decir que las normas de competencia no sean aplicables en el caso de mercados regulados. Dichas normas, sean de competencia desleal o de libre competencia, serán aplicables para atacar las fallas de mercado que se produzcan siempre que existan vacíos en la regulación, es decir situaciones no reguladas específicamente.

Así pues, por ejemplo, aplicando el principio de especialidad, el OSITRAN podrá sancionar el incumplimiento de las órdenes de acceso (actividad regulatoria) con finalidad anticompetitiva de obtener ventajas en los mercados regulados, sin que pueda a su vez imponerse sanciones por negativa injustificada a contratar por parte de INDECOPI en base a las normas generales de libre competencia⁵⁰. Sin embargo, para el caso de precios predatorios, serán de aplicación las normas generales de competencia,

⁴⁹ Artículo 19 del Reglamento General del OSITRAN.

⁵⁰ La Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte el Reglamento General del OSITRAN, promulgada mediante Ley No. 26917, establece en su artículo 5 literal d), lo siguiente: “Artículo 5.- *Objetivos OSITRAN tiene los siguientes objetivos:*

(...)

d) *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”.*

a cargo de INDECOPI, para imponer sanciones, siempre que no exista una tarifa regulada dirigida a evitar precios muy bajos.⁵¹

- f) Principio de Supletoriedad de las normas de Competencia.**- Como se ha concluido del acápite precedente, el rol del INDECOPI está en velar, dentro del sector, por aquellos casos que, no comprendidos dentro de las normas regulatorias sectoriales específicas, estén comprendidos dentro de los supuestos de hecho del Decreto Legislativo No. 701 (Ley antimonopolios). Esa es precisamente la idea de "sistema"; es decir, de un conjunto de organizaciones y normas que se complementan en su labor, pero que no se contraponen en sus funciones.

De acuerdo al principio de supletoriedad⁵² en materia de regulación, las normas de libre competencia se aplican de manera supletoria a las normas regulatorias. En efecto, queda claro sobre la base de lo dispuesto por dicha norma que nuestro ordenamiento legal privilegia la regulación y le da un carácter secundario a la aplicación de las normas de libre competencia⁵³.

Este marco se complementa con lo dispuesto por el artículo 41 del Reglamento General del OSITRAN⁵⁴. La norma se refiere precisamente al caso en que el OSITRAN encuentre durante sus actividades un supuesto no regulado que pueda afectar el mercado correspondiente, y en el que sean aplicables las normas del INDECOPI. Así se compatibilizan las normas de competencia con la actuación del Regulador, ante vacíos de la regulación. Cabe señalar que la aplicación supletoria de las normas de competencia frente a las normas regulatorias ya ha sido reconocida por el propio INDECOPI⁵⁵.

Función Supervisora ⁵⁵

⁵¹ Así, resulta pertinente lo señalado por el OSITRAN en su Informe No. 016-06-GRE-GAL-OSITRAN - Opinión al Proyecto de Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur al señalarse que: *"De otro lado, la presencia de tarifas predatorias es una conducta sancionable para cualquier competidor, incluido el Concesionario, pues ambos coexisten bajo el régimen de competencia. En el caso de conductas predatorias serían de aplicación las normas de protección de la libre competencia, lo que correspondería a un pronunciamiento de INDECOPI."* (El subrayado es nuestro).

⁵² Dispuesto por el artículo 11 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo No. 044-2006-PCM, según el cual: *"Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSITRAN en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSITRAN"*

⁵³ Así, por ejemplo, si marcos regulatorios como el de telecomunicaciones establecen la obligación objetiva de interconexión, carece de objeto traer tratar una negativa injustificada a contratar bajo el Decreto Legislativo No. 701. La solución específica prima sobre la general. Allí no hay espacio para la aplicación del Decreto Legislativo No. 701; la falla de mercado se corrige directamente por una regulación y con ello se excluye la aplicación del régimen supletorio.

⁵⁴ *"Si en el ejercicio de sus funciones, cualquier ORGANISMO DEL OSITRAN tuviera indicios de la comisión de una infracción, en los mercados de explotación de INFRAESTRUCTURA o en otros mercados conexos, a las normas cuya aplicación es de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, el OSITRAN podrá actuar remitiendo la información respectiva o presentando una denuncia, teniendo en consideración la gravedad de los hechos y su habitualidad. La misma facultad le corresponderá en el caso de infracciones cuya decisión esté a cargo de otras autoridades."*

⁵⁵ En efecto, mediante Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo de 2002 la Comisión de Libre Competencia declaró su propia incompetencia para conocer la denuncia presentada por Paneles Napsa S.A. contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte S.A.A. (Edelnor).

Los criterios que OSITRAN toma en cuenta al momento de emitir opinión son⁵⁶:

- a) El Principio de Razonabilidad como delimitador de la Función Supervisora del OSITRAN:** la función supervisora del OSITRAN comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada⁵⁷. Sin embargo, los medios empleados para alcanzar el fin perseguido por la administración a través de la supervisión deben ser necesarios, adecuados y proporcionados, debiendo existir una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la regulación adoptada y el fin que pretende alcanzarse.

En tal sentido, durante el desarrollo de su función supervisora, el OSITRAN deberá tener en cuenta lo siguiente: (i) que las acciones de supervisión a desarrollar sean realmente necesarias; (ii) que las acciones a desarrollarse sean adecuadas para alcanzar el objetivo buscado, y (iii) que las acciones a adoptarse sean aquellas que generen la menor carga a las Entidades Prestadoras.

- b) Materias de Supervisión:** las materias que pueden ser objeto de supervisión son todas aquellas vinculadas con el objeto del Contrato de Concesión de que se trate, incluso cuando aquellas no se encuentren expresamente señaladas en el Contrato, siempre que se puedan derivar razonablemente de las funciones asignadas al OSITRAN⁵⁸. Las materias objeto de supervisión se refieren no solo a aquellas vinculadas con la infraestructura existente al momento de la concesión y aquella que se desarrolle a través de las inversiones comprometidas, sino también aquella desarrollada por inversiones voluntarias del concesionario⁵⁹.

La denuncia se centraba básicamente en la negativa injustificada de Edelnor de satisfacer la solicitud de suministro de energía de 0.30 kw de Paneles Napsa para abastecer de energía a dos paneles publicitarios de su propiedad ubicados en las cuadras 12 y 13 de la Av. La Marina, así como en la supuesta aplicación de condiciones iguales diferentes a las relaciones comerciales mantenidas con Paneles Napsa y la empresa Punto Visual, a pesar de tratarse de prestaciones equivalentes, sin justificación alguna.

La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI consideró que al encontrarse regulada la obligación de dar el servicio de electricidad a quien lo solicite dentro de sus zonas de concesión para el mercado de electricidad, las normas de competencia no resultaban aplicables. Así pues, la Comisión señaló expresamente lo siguiente: *“si el Estado a través de OSINERG determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por este, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia)”* (el subrayado es nuestro).

⁵⁶ La selección de Criterios Aplicables ha sido desarrollada en base a los siguientes antecedentes:

(ii) IIRSA SUR

- Informe No. 008-05-GRE-OSITRAN
- Informe No. 015-05-GRE-OSITRAN

Para un desarrollo más amplio de estos Antecedentes, nos remitimos al Anexo 1 del presente informe.

⁵⁷ Ver Artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores y 32 del Reglamento General del OSITRAN

⁵⁸ En este sentido ver los artículos 20 a 23 del Reglamento General de Supervisión del OSITRAN.

Asimismo, resulta ejemplificativo el Plan Operativo 2001 – División de Infraestructura Vial de CONCAR.

⁵⁹ Existe una excepción con relación a la supervisión de los estudios de ingeniería en los contratos de concesión de infraestructura portuaria. En estos casos específicos, la supervisión de esta obligación recae sobre la Autoridad Portuaria Nacional, de conformidad a la Ley del Sistema Portuario Nacional y su Reglamento.

- c) La figura del supervisor de obra:** la función supervisora es ejercida por la OSITRAN. Asimismo, el Órgano Regulador puede delegar las funciones de supervisión a Empresas Supervisoras, las cuales podrán ser entidades públicas o privadas que garanticen su autonomía e idoneidad técnica. La designación de quién podrá ejercer funciones de supervisión y la delimitación de sus obligaciones corresponde exclusivamente al OSITRAN, sin que participen en ello el Concesionario ni el Concedente.

El Supervisor designado por el OSITRAN actuará por cuenta y en representación únicamente del OSITRAN, por lo que no debe de tener vinculación de ningún tipo con el concesionario o el concedente ni debe de responder a instrucciones de alguno de éstos, garantizándose con ello su imparcialidad. Asimismo, el Supervisor no debe tener facultades decisorias o de aprobación respecto de las obras, inversiones y actividades materia de regulación, lo cual constituye competencia exclusiva del OSITRAN.

Finalmente, debe tenerse presente que la figura del Supervisor de Obras, no elimina la obligación del OSITRAN de realizar una supervisión de “segundo piso” al desempeño del Supervisor de Obras designado.

- d) En aplicación de los Principios de no discriminación y predictibilidad, no deben regularse las funciones de supervisión en el Contrato de Concesión:** En aplicación del principio de no discriminación y predictibilidad⁶⁰, no resulta conveniente regular las funciones específicas de supervisión en cada uno de los contratos de concesión, siendo recomendable remitirse a la regulación general existente. En todo caso, de ser necesario establecer alguna regulación específica derivada de las características particulares del proyecto, debería dejarse establecido que esta resulta adicional a la regulación general.

Tasa de regulación y pagos por supervisión

Los criterios que OSITRAN toma en cuenta al momento de emitir opinión son⁶¹:

- a) **El pago por concepto de supervisión debe vincularse a la fecha de inicio de las obras y no a la fecha de suscripción del Contrato:** el pago que hace el Concesionario al Regulador por concepto de Supervisión de Obras se vincula a la fecha de inicio de las obras (y no a la fecha de suscripción del Contrato) toda vez que pueden existir una serie de motivos no atribuibles al Concesionario por los que las obras podrían retrasarse. No obstante, si se incluye la revisión de estudios de ingeniería de detalle, entonces, dicha tasa o monto se pagaría a partir de la suscripción del Contrato con el Supervisor.

⁶⁰ Ambos principios se encuentran expresamente recogidos en los numerales 1.5 y 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General

⁶¹ La selección de Criterios Aplicables ha sido desarrollada en base a los siguientes antecedentes:

(iii) IIRSA SUR

- Informe No. 008-05-GRE-OSITRAN
- Informe No. 015-05-GRE-OSITRAN

Para un desarrollo más amplio de estos Antecedentes, nos remitimos al Anexo 1 del presente informe.

- b) **Es conveniente adicionar al pago por “Supervisión de Obras”, un porcentaje por concepto de control que el Regulador debe hacer a la empresa contratada para la supervisión de obras:** Este pago por supervisión de obras es un pago adicional y distinto al de tasa de regulación y es una actividad no contemplada en la tasa, y que significa una actividad más específica y vinculada a cada contrato de concesión en particular. Ello se debe a que no sólo deben solventarse los gastos por la contratación del Supervisor de Obras, sino también la vigilancia y control que deba realizar el OSITRAN a dicho Supervisor⁶². En el Anexo II, se presentan algunos de los montos por Costos de Supervisión señalados en los Contratos de Concesión:

La contratación de una empresa supervisora no libera al OSITRAN de su responsabilidad de supervisar el trabajo que esta empresa realice, debiendo ejecutar una “supervisión de segundo piso” de obras y estudios. Este pago deberá ser efectuado por el Concesionario. Entonces, se debe diferenciar tres conceptos diferentes: (i) Tasa de Regulación (pago establecido por mandato legal como recursos propios del OSITRAN); (ii) Pagos por Supervisión (establecidos contractualmente para solventar los gastos de contratación de la empresa Supervisora de Obras y Estudios); y, (iii) Pagos para solventar los gastos del OSITRAN para la vigilancia y control o “supervisión de segundo piso” a la empresa Supervisora.

El pago de la Tasa de Regulación se calcula sobre el monto total de lo facturado por el Concesionario, en algunos casos como concesiones con ingresos menores o sin ellos, se establecen montos mínimos por aporte por regulación⁶³. En el caso de las infraestructuras cofinanciada esta tasa se cobrará sobre el valor del PAO, PAMO y el monto del peaje cobrado⁶⁴.

Potestad sancionadora

El artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N°. 27444 (en adelante, LPAG) contiene una regulación exhaustiva de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa por parte de las entidades que posean tal atribución de manera expresa⁶⁵. OSITRAN

⁶² Para el caso de IIRSA SUR, OSITRAN consideró adecuado un 5% de la inversión ejecutada reconocida para el Supervisor y 10% del monto a pagar al Supervisor para OSITRAN (Informe No. 015-05-GREOSITRAN). Ambos montos, a ser pagados por el CONCESIONARIO. En el caso de LAP se estableció 5% de la inversión necesaria para las mejoras como monto máximo. En IIRSA NORTE se estableció que el pago por supervisión no sería mayor a 4% de la inversión proyectada en cada etapa. En Aeropuertos Regionales se aconsejó un máximo de 5% del valor de las obras (Informe No. 007-06GRE-GALOSITRAN).

⁶³ Tal es el caso de la concesión de la carretera Buenos Aires – Canchaque, que establece un aporte por regulación mínimo de US\$ 50.000,00 anuales.

⁶⁴ Ver informe N°019-07-GAL-OSITRAN e informe N° 033-07-GAL-OSITRAN

⁶⁵ Así, tal artículo desarrolla expresamente los Principios de Legalidad (sólo por Ley se puede atribuir la potestad sancionadora y las consecuencias administrativas de las sanciones, las que nunca incluirán la privación de libertad), de Debido Procedimiento (las entidades deben sujetarse al procedimiento establecido, respetando las garantías respectivas), de Razonabilidad (que la comisión de la conducta sancionable no resulte más beneficiosa que la sanción y que la determinación de la sanción considere criterios como existencia o no de intencionalidad, perjuicio causado, repetición, etc.), de Tipicidad (sólo serán sancionables las infracciones previstas por norma con rango de Ley; sus Reglamentos pueden especificarlas o graduarlas, mas no crear nuevas), de Irretroactividad (son aplicables las disposiciones sancionadoras en el momento de incurrir el administrado en la conducta sancionable, salvo que le sean más favorables), de Concurso de Infracciones (cuando la conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción de la que reviste mayor gravedad, sin perjuicio de que se exijan las demás responsabilidades que establezcan las leyes), de Continuación de Infracciones (en caso de infracciones que se incurrir de manera continua, se requiere que hayan transcurrido al menos 30 días desde la fecha imposición de la última sanción y se solicite al administrado haber cesado la infracción dentro del

considera como los más relevantes para la emisión de opinión en nuevos Contratos de Concesión, a los siguientes:

- a) **“Non bis in idem” – sí cabe la aplicación de sanción administrativa y penalidad contractual por el mismo incumplimiento:** El principio “Non bis in idem”⁶⁶ no impide que una misma conducta sea sancionada administrativamente (tipificada por norma con rango de Ley de acuerdo al principio de tipicidad), y a la vez configure una penalidad contractual (acordada por las partes en el mismo contrato). Ello porque mientras que la sanción administrativa supone el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y constituye una responsabilidad administrativa; la penalidad contractual es una manifestación de la responsabilidad civil cuyo origen es un acuerdo de partes. Debe tenerse presente que el artículo 232⁶⁷ de la LPAG ha contemplado la posibilidad de que coexistan estas dos figuras.

En este sentido, la existencia de penalidades no exonera al concesionario de ser acreedor a Sanciones Administrativas por parte del Regulador⁶⁸. En caso que el Concesionario no se encuentre conforme con la sanción administrativa, podrá recurrir a los mecanismos legales de impugnación de los actos administrativos (Impugnación administrativa o iniciar un Proceso Contencioso Administrativo); cuestión diferente ocurrirá cuando exista desavenencia respecto de una penalidad contractual pues en este caso se acudiría a los mecanismos contractuales de solución de controversias pactados por las partes.

- b) **Principio de Legalidad – no cabe negociación de la potestad sancionadora:** Es claro que la potestad sancionadora de la Administración (y, por tanto, de los Reguladores) no puede ser objeto de negociación entre el Concedente y el Concesionario pues es una faculta indisponible e irrenunciable por parte de la Administración⁷⁰. Más aún si se trata de la Potestad Sancionadora del Regulador, ente independiente respecto del Concedente. Ello en aplicación estricta del Principio de Legalidad⁷¹.

plazo); de Presunción de Licitud (se presume que la actuación del administrado fue apegada a sus deberes, salvo prueba en contrario), de *Non Bis in Idem* (no cabe doble sanción por el mismo hecho).

⁶⁶ Este principio estipula que “no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (Artículo 230.10 de la LPAG).

⁶⁷ LPAG.- “Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.” (El subrayado es nuestro).

⁶⁸ Por ejemplo, Informes No. 004-06-GRE-GAL-OSITRAN, No. 008-05-GRE-OSITRAN, No. 017-05-GREGAL-OSITRAN, No. 028-2006-GRE-GAL-OSITRAN. Si bien en la mayoría de los casos el OSITRAN ha compartido esta opinión ha habido casos en el que erróneamente se ha equiparado la sanción administrativa con la penalidad contractual

⁶⁹ Así, en el informe No. 016-06-GRE-GAL-OSITRAN se señaló que “Las disposiciones contempladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del REGULADOR referidas a supuestos previstos en el presente Contrato, primarán sobre éstos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en el referido reglamento.”

⁷⁰ Como bien señala Cassagne: “el poder de configurar sanciones puede devenir tanto de la ley como de la legislación delegada (...) y esa potestad sancionatoria (...) no puede ser objeto de pacto en el contrato administrativo habida cuenta la indisponibilidad e irrenunciabilidad que caracteriza a la figura de la potestad.” CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo” “Lexis Nexos – Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. pp.142.

⁷¹ Según señalamos, de acuerdo a este principio, “sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado (...).” (Artículo 230.1 de la LPAG)

- c) **Principio de Razonabilidad en la graduación de la sanción:** Dicho principio⁷² no plantea el análisis de la culpabilidad o del perjuicio causado para considerar un acto como sancionable. El acto sancionable lo es de manera objetiva. Los elementos de culpabilidad, perjuicio causado, circunstancias de la infracción, reincidencia, etc. contemplados en el artículo bajo comentario, son empleados cuando la responsabilidad administrativa objetiva ya se ha verificado; y son utilizados para la graduación de la sanción aplicable. En este sentido el administrado será objetivamente responsable por el acto sancionable aún en caso que no exista intencionalidad, daño, reincidencia, etc.⁷³

VII.9 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Marco Conceptual

Esta sección se contempla en todos los Contratos de Concesión y tiene por objetivo regular la solución de controversias que se podrían generar entre las partes durante la Concesión. Usualmente, los Contratos prevén que en caso de divergencia en la interpretación del Contrato, se siga el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

- a. El Contrato
- b. Circulares a que se hace referencia en las Bases;y
- c. Las bases.

Las discrepancias que existen entre el Concedente y el Concesionario, se pueden solucionar de dos formas. Estas son:

- **Trato Directo:** En el primer caso, la solución de la controversia se hace directamente entre el Concedente y el Concesionario. Las partes del Contrato tienen un plazo de 15 a 30 días para resolver los conflictos o incertidumbres que con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo referente al régimen de tarifas reguladas por el Regulador.
- **Arbitraje:** en el caso que las partes no lo resuelvan por trato directo sus conflictos, entonces deberán someterlo al arbitraje. Para ello las partes del Contrato deben determinar si se trata de un conflicto o incertidumbre de carácter técnico o no técnico según sea el caso. Si se trata del primer caso, entonces se somete un arbitraje de conciencia.

Por otra parte si se trata de una controversia de tipo “no técnica”, entonces se recurre al “arbitraje de derecho”. En este caso, el arbitraje podrá ser local (en este caso el árbitro es

⁷² Según este principio, “Las autoridades deben prever que (...) la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.” (artículo 230.3 de la LPAG)

⁷³ Esta ha sido la correcta interpretación hecha por el OSITRAN en el Informe No. 071-05-GAL-OSITRAN.

Cámara Comercio de Lima, sólo se recurre a esta instancia si la controversia involucra un monto inferior a los US\$ 5 millones) o internacional (en este caso el árbitro es CIADI, sólo se recurre a esta instancia si la controversia involucra un monto superior a los US\$ 5 millones).

Criterios Aplicables

OSITRAN considera los siguientes principios y criterios al momento de emitir su opinión en los proyectos de Contratos de Concesión:

- a) Principio de Especialidad – Una ley especial puede fijar como controversia arbitrable incluso aquellos temas considerados como no arbitrables por la Ley General de Arbitraje:** De acuerdo a este principio, la Ley especial prima sobre la Ley general. Traspolando dicho principio a las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje en el ámbito de las Concesiones; las leyes que regulan los Contratos de Concesión son las que habilitan en términos sustantivos aquellos temas que no podrán ser sometidos a arbitraje⁷⁴. De esta manera, cabe la posibilidad de que un tema no pueda ser de “libre disposición de las partes” en los términos de la Ley General de Arbitraje – Ley No. 26572 (en adelante, LGA); y que sin embargo sí lo sea para la Ley especial que regulen los Contratos de Concesión. Por lo tanto, debe tenerse presente que la LGA no es la única que determina aquellas materias arbitrables.

Debe precisarse que la determinación de las materias que sean de “libre disposición de las partes” no puede establecerse vía contractual (en el propio Contrato de Concesión).

- b) Principio de Razonabilidad en la elección de una instancia arbitral alternativa:** La legislación peruana obliga al inversionista a constituir en el país a una persona jurídica, el arbitraje CIADI ya no sería aplicable en la medida que uno de los requisitos para la competencia jurisdiccional del CIADI es que el inversionista sea un “nacional de otro Estado Contratante” (Artículo 25 del Reglamento CIADI)⁷⁵. De esta manera, se puede condenar al inversionista a tener que arbitrar dentro del país, negando la posibilidad de buscar foros neutrales. Resulta pertinente pactar una instancia arbitral alternativa que otorgue similares garantías de neutralidad al Inversionista que las otorgadas por el CIADI. Esta ha sido la opción seguida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones quien, como se deriva de los antecedentes, ha mostrado cierta preferencia por la Cámara de Comercio de París (en adelante, CCP).

⁷⁴ Al respecto, Cantuarias señala: “La ley que regula la forma de acceder al arbitraje es efectivamente la Ley General de Arbitraje, pero son las leyes que regulan los Contratos de Concesión las que habilitan en términos sustantivos el acceso de estos temas que no son de libre disposición a la vía arbitral. Por lo tanto, cuando existe una ley especial, no resulta de aplicación el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, ya que es esa ley especial la que deriva al arbitraje una materia que no es de “libre disposición de las partes”, pero que el Estado ha decidido soberanamente someterla al conocimiento de los árbitros.” CANTUARIAS, Fernando. “Borrador Libro Arbitraje”. pp. 367. Citado por BULLARD, Alfredo En: “Enemigos Íntimos, El Arbitraje y los Contratos Administrativos” Revista Peruana de Arbitraje. 02/2006. Grijley, Lima, 2006.

⁷⁵ Aunque debemos precisar que el propio Reglamento CIADI ha previsto la posibilidad de que las personas jurídicas con nacionalidad del Estado parte de en la controversia pueda acudir a este fuero arbitral en caso que se hubiera acordado con dicho Estado, atribuirle el carácter de nacionalidad de otro Estado Contratante, y que se encuentre sometida a control extranjero.

Sería más conveniente pactar las Reglas Arbitrales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés); no sólo por el prestigio de dicha entidad internacional, sino porque la práctica actual ha determinado un mayor uso de estas Reglas sobre las de la CCP. Asimismo, por la cercanía geográfica que permiten las Reglas del UNCITRAL, existen evidentes ventajas de economía procesal entre una y otra.

c) Materia Arbitrable en los arbitrajes CIADI – No Son arbitrables las decisiones del Regulador: si bien los Contratos de Concesión recaen sobre facultades asumidas como inherentes al Estado y a su *ius imperium*, las necesidades prácticas de dotar de un marco que brinde seguridad a los inversionistas han obligado muchas veces a los Estados a flexibilizar su posición respecto a las consecuencias económicas que puedan derivarse en el uso de estas facultades inherentes. En este sentido, que el Estado Peruano optó por ser parte del Convenio de Washington de 1965⁷⁶ y, como tal, puede ser demandado por un Concesionario que sea nacional de otro país miembro en caso que exista un convenio arbitral con el inversionista o un BIT suscrito con su país⁷⁷.

Nótese que la existencia de un BIT o Tratado Bilateral de Protección de inversiones podría permitir someterse a arbitraje del CIADI así no exista un contrato con cláusula arbitral de sometimiento, si el inversionista es nacional de uno de los países que suscribió el BIT y quien no respeta la garantía a la inversión es el otro Estado.

En estos casos (sea por Convenio o por la existencia de un BIT), cabe la posibilidad de que, ante una Decisión del Regulador, el Concesionario demande al Estado Peruano (en su calidad de concedente) a fin de que resarza los eventuales perjuicios que le fueron generados si la decisión del Regulador (o de cualquier ente estatal) ha envuelto un incumplimiento del Contrato de Concesión y/o una vulneración a los derechos del Concesionario derivados de las garantías al inversionista. Tal posibilidad se deriva del artículo 25.1 de las Reglas CIADI al señalar que ***“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (...)”***.

El arbitraje no tendría el objetivo de “apelar” o “declarar la nulidad” de la Decisión del Regulador (la cuál no puede ser sometida a arbitraje debido a que nos encontramos frente a un acto de *ius imperium* del Estado), sino de los efectos de la misma sobre los derechos contractuales del Concesionario. De esta manera, si bien el Regulador mantiene sus facultades de manera exclusiva y no podrán ser sometidas a un arbitraje, quiérase o no, las consecuencias de las mismas sí podrán serlo⁷⁸. En este sentido, las

⁷⁶ El atractivo del CIADI como instancia arbitral se debe a que todo el proceso arbitral hasta la etapa de ejecución del laudo, se encuentra libre de interferencia de cualquier Estado, sólo siendo de aplicación las normas arbitrales CIADI. Cabe señalar que el Perú es parte del Convenio CIADI desde el año 1993.

⁷⁷ Quizá resulta pertinente precisar que, el Reglamento CIADI exige que el pacto de jurisdicción CIADI debe ser por escrito; por lo que no basta la mera adhesión al Convenio de Washington de 1965, sino que se requiere un pacto posterior. Sin embargo,

⁷⁸ Tal posibilidad se ve reforzada teniendo en cuenta la interpretación amplia de jurisdicción que han tenido los Tribunales CIADI al momento de determinar su competencia. Paradigmático es el caso de *CMS c. Argentina* en el cual el tribunal rechazó la excepción de jurisdicción, reafirmando su competencia *“(...) para examinar si medidas específicas que afectan*

cuestiones derivadas incluso del poder del Estado pueden ser sometidas a un arbitraje CIADI, siempre y cuando exista una afectación a la inversión extranjera.

Finalmente, debe tenerse presente que el OSITRAN o el propio Estado Peruano no es competente para determinar si corresponde o no someter dichos temas a arbitraje; será el propio Tribunal Arbitral quien emita su decisión de jurisdicción. En este sentido, la opinión del Regulador no tendrá ninguna incidencia dentro del proceso arbitral en vista de que será el Estado Peruano, y no el Regulador, quien será emplazado como parte demandada en el proceso. Pero además el sistema CIADI conduce a arbitraje así el Estado se niegue a someterse, pues son los árbitros quienes decidirán si son competentes o no. Y su decisión no será revisable por el Poder Judicial de ningún país, sino por el propio sistema CIADI, que conocerá de cualquier recurso de anulación contra el laudo que se dicte. Por tanto, resulta pertinente que al momento de la toma de decisiones, el Regulador incorpore a su análisis de contingencias la posibilidad de que el Concesionario demande al Estado Peruano (como Concedente) con motivo de los perjuicios económicos que podrían generarse al Concesionario.

la inversión de la Demandante, o medidas generales de política económica que tienen relación directa con la inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos.”CMS Gas Transmission Co. c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción (17 de julio de 2003), 42 ILM 788 (2003); también disponible en Internet en www.worldbank.org/icsid; Autoridades Legales de las Demandantes, No. 85. En dicho caso, el inversionista demandó al Estado Argentino debido a la afectación de sus inversiones como consecuencias de la política tarifaria adoptada por el Gobierno; específicamente, a la suspensión por el Estado Argentino del procedimiento para reajustar las tarifas para el transporte de gas con que operaba la empresa en la que CMS realizó una inversión.

ANEXO I

TIPO DE POLIZA DE SEGURO	ALCANCES DE LA POLIZA	CONTRATO DE CONCESION
<p>Accidentes Personales o seguro de Accidentes</p>	<p>Seguro a cargo del Concesionario, a favor de los usuarios que cubren daños ocurridos mientras estén haciendo uso del servicio materia de concesión cuando el siniestro se relacione con los índices de servicialidad. Otorga indemnización por muerte natural e invalidez permanente parcial y/o total, y gastos de curación [CLAUSULA 10.2. b COVIPERU]</p> <p>Estas pólizas y las pólizas de responsabilidad civil son independientes de las pólizas contra todo riesgo [CLAUSULA 10.2.b. NORVIAL]</p>	<p>COVI PERU NORVIAL</p>
<p>Bienes de la Concesión</p>	<p>Seguro a cargo del Concesionario contra todo riesgo de construcción que cubre como mínimo dentro de la cobertura básica el 100% del valor de reposición de los bienes en construcción que son objeto de concesión. Adicionalmente se debe contar con otras coberturas como: riesgo de diseño, riesgo de ingeniería y eventos catastróficos como terremotos, lluvias, incendios, explosiones, terrorismo, vandalismo, conmoción civil y cualquier cobertura contemplada bajo una póliza contra todo riesgo de construcción</p> <p>[CLAUSULA 10.2.b IIRSA NORTE]</p>	<p>IIRSA NORTE, IIRSA SUR TRAMO 2, IIRSA SUR TRAMO 3, IIRSA SUR TRAMO 4, COVI PERU</p>

Bienes en Operación del Concesionario	Póliza a cargo del Concesionario que abarca el resto de bienes u otras que forman parte de la Concesión que cubra como mínimo el 15% del valor de reposición de los bienes comprendidos en el área de Concesión y deberá ser del tipo todo riesgo [CLAUSULA 10.2.c. IIRSA NORTE]	IIRSA NORTE, COVI PERU
Caso de emergencia que originen destrucción total o parcial de la obra	Seguro a cargo del Concesionario para los casos de emergencia que originen destrucción parcial o total de la obra [CLAUSULA 2.2 de la ADDENDA 2 – CONCAR]	CONCAR
Obras Civiles Terminadas	Seguro a cargo del Concesionario con el fin de proteger, ante cualquier siniestro, los activos y/o bienes entregados en Concesión y obras luego de las etapas constructivas. Llamada también póliza de estabilidad de obra. [CLAUSULA 10.2.e. NORVIAL]	NORVIAL, COVI PERU
Pólizas 3D	Seguro a cargo del Concesionario que	NORVIAL,
TIPO DE POLIZA DE SEGURO	ALCANCES DE LA POLIZA	CONTRATO DE CONCESION
	cubre el buen manejo de los recursos recaudados en las Unidades de Peaje y cubre el hurto, robo, extravío y cualquier otra pérdida. Las sumas aseguradas deberán corresponder al valor de los bienes del Concesionario relacionados con la operación [CLAUSULA 10.2.g. NORVIAL]	COVI PERU
Pólizas de operación	Seguro a cargo del Concesionario que cubre el 100% del valor de los bienes reversibles (construcciones, obras entre otros) que son entregados al Concesionario en la fecha de cierre o que hayan sido incorporados por el Concesionario en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en tanto no se encuentren cubiertos por la póliza de obras civiles terminadas [CLAUSULA 10.2.f. NORVIAL]	NORVIAL,

Responsabilidad civil sobre bienes o contra terceros	Seguro que cubre daños, pérdida o lesión que pudieran sobrevenir a bienes o a terceros a causa de cualquier acción del Concesionario, sus contratistas, subcontratistas, funcionarios y/o dependientes en relación con la ejecución del presente Contrato [CLAUSULA 10.2.a. NORVIAL].	LAP, NORVIAL, IIRSA NORTE, IIRSA SUR TRAMO 2, IIRSA SUR TRAMO 3, IIRSA SUR TRAMO 4, COVI PERU
Riesgos Laborales	Seguro complementario de trabajo de riesgo a cargo del Concesionario a favor de sus trabajadores. [CLAUSULA 10.2.c. NORVIAL]	NORVIAL, IIRSA NORTE, IIRSA SUR TRAMO 2, IIRSA SUR TRAMO 3, IIRSA SUR TRAMO 4, COVI PERU
Siniestros de bienes afectados	Seguro contra todo riesgo que cubra como mínimo el 50% del valor de reposición de los bienes que forman parte de la Concesión. Debe estar vigente durante el desarrollo de las etapas constructivas. Incluye coberturas especiales como riesgo de diseño, de ingeniería y eventos catastróficos[CLAUSULA 10.2.d. NORVIAL]	NORVIAL
Otros seguros (voluntarios)	El Concesionario podrá, de acuerdo a su propia visión estratégica de manejo y distribución de riegos, o para cumplir con obligaciones legales o por otra causa justificada, tomar cualquier póliza de seguros. [CLAUSULA 10.2.h. COVIPERU]	COVI PERU
De responsabilidad de trabajadores y empleados	Seguros que cumplan todas las leyes y reglamentos sobre responsabilidad y seguros de trabajadores y empleadores del Perú [CLAUSULA 20.1 TISUR]	LAP, TISUR
Seguro que cubra costo de reemplazo, construcciones, maquinaria y equipos del aeropuerto	Seguro a cargo del Concesionario que cubra el costo de reemplazo, las construcciones, maquinaria y equipo. La contratación de las pólizas deberá adecuarse a la naturaleza de cada bien y las coberturas serán al menos: daños	LAP TISUR

TIPO DE POLIZA DE SEGURO	ALCANCES DE LA POLIZA	CONTRATO DE CONCESION
	parciales o totales por agua, terremoto, incendio, explosión, guerra, terrorismo, vandalismo, conmoción civil, robo, hurto y apropiación ilícita. [CLAUSULA 20.2.1 LAP]	
Responsabilidad civil de operadores de aeropuerto por daños a personas, bienes y responsabilidad pública	Seguro a cargo del Concesionario por daños a personas y bienes y responsabilidad pública con cobertura por concepto de defunción daño, pérdidas o lesiones que puedan sufrir bienes o personas, incluidos los daños que puedan generarse, según las responsabilidades establecidas en el Anexo 3 del contrato. La cobertura deberá incluir una cláusula de responsabilidad civil por medio de la cual se garantice una indemnización por cada una de las partes de acuerdo con la Marco Conceptual de "asegurado", como si se hubiere emitido una póliza separada para cada uno de ellos. [CLAUSULA 20.2.3 LAP]	LAP TISUR
Contra daños y perjuicios a pasajeros, carga y daño a terceros	Seguro a cargo del Concesionario contra daños y perjuicios a pasajeros y carga así como por daños terceros, incluyendo daños derivados por polución y contaminación [CLAUSULA 21.1.1 FETRANSA]	FETRANSA, FERROVIAS
Contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria en el área matriz y destrucción total o parcial de los bienes de la concesión	Seguro a cargo del Concesionario contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura ferroviaria en el área matriz y destrucción parcial o total de los Bienes de la Concesión el cual debe incluir, pero no limitarse, a destrucción ocasionados por desastres naturales o terrorismo o sabotaje. [CLAUSULA 21.1.2 FETRANSA]	FETRANSA, FERROVIAS

ANEXO II

CONTRATO	CONCEPTO Y PORCENTAJE
LAP	Costo de la Supervisión asumido por el Concesionario: hasta 5% de la inversión necesaria para la construcción de las mejoras.
IIRSA SUR TRAMO II, TRAMO III y TRAMO IV	Costo de la Supervisión asumido por el Concedente: un porcentaje del monto de inversión contemplado en el Proyecto Referencial para cada etapa. El Regulador informa al Concedente el monto a pagar tan pronto contrate los servicios de supervisión.
IIRSA NORTE	Costo de la Supervisión asumido por el Concesionario: no mayor al 4% de la inversión proyectada en cada etapa. Costo por supervisión de "segundo piso": 0,5% de la inversión proyectada de cada etapa.
NORVIAL	Costo de Supervisión asumido por el Concesionario: hasta el 2% de la inversión proyectada referencial para cada etapa. Costo por supervisión de "segundo piso": 0,5% de la inversión proyectada referencial en cada etapa.

