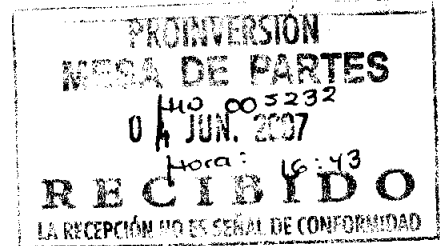


Oficio N° 059-07-SCD-OSITRAN

Lima, 1° de junio de 2007

Señora
ANA REATEGUI
Directora de Proyectos
PROINVERSION
Presente.-



Asunto : Opinión Técnica relativa a la versión revisada del proyecto de Contrato de Concesión de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, Perú – Brasil"

Referencia : Oficio N° 72/2007/CPI-IIR/PROINVERSION

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle el Acuerdo N° 967-243-07-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo, en su Sesión Ordinaria N° 243-2007-CD de fecha 30 de mayo de 2007.

Al respecto, remito a usted copia fedateada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 023-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, conteniendo la Opinión Técnica sobre la Versión Revisada del proyecto de Contrato de Concesión de los tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, Perú – Brasil"; de acuerdo a lo solicitado por ustedes mediante el oficio de la referencia.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Secretario del Consejo Directivo (e)

Adj. : Lo indicado

XV
REG.SAL.SCD-07
MP 6784

1. Opinión Técnica relativa a la versión revisada del proyecto de Contrato de Concesión de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, Perú – Brasil" (remitida por PROINVERSION con fecha 15 de mayo).

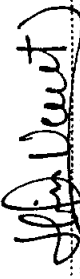
**ACUERDO No. 967-243-07-CD-OSITRAN
de fecha 30 de mayo de 2007**

Vistos el Informe N° 023-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, el Oficio N° 72/2007/CPI-IIR/PROINVERSION, recibido por OSITRAN con fecha 15 de mayo del 2007, la Versión Revisada del proyecto de Contrato de Concesión de los tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Centro, Perú – Brasil (versión revisada), y la Exposición Oral del señor Sergio Bravo Orellana, Viceministro de Transportes y Director del Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en uso de su función de Opinión Previa y Supervisión de los Contratos, prevista en el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad:

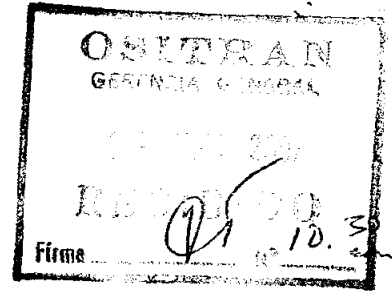
- a) Aprobar el Informe N° 023-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN que emite Opinión Técnica sobre la Versión Revisada del proyecto de Contrato de Concesión de los tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, Perú – Brasil", remitida por PROINVERSION con fecha 15 de mayo de 2007.
- b) Señalar que las Opiniones Técnicas de OSITRAN se orientan a cautelar la concordancia que debe existir entre los modelos de contrato de concesión propuestos por el órgano licitante y el marco normativo regulatorio, así como promover la eficiencia de los esquemas contemplados en cada proyecto, así como una adecuada distribución de riesgos entre las partes, consistente con la naturaleza del modelo concesional.
- c) Dicho informe tiene el carácter de Opinión Técnica no vinculante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 171.2 de la Ley N° 27444, que señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.
- d) Notificar el Informe N° 023-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a PROINVERSION.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

Caratula que el Texto del Acuerdo N° 967-243-07-CD-OSITRAN correspondiente a la Sesión de Consejo Directivo N° 243-2007-CD, de fecha 30 de mayo del año 2007, es copia fiel del original que se tiene a la vista.

Fecha: 1° JUNIO 2007



DRA. ARLENE VELIZ POSILETE
Secretaria del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN



INFORME N° 023-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Para : Julio Escudero Meza
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Diaz
Gerente de Regulación

Patricia Benavente Donayre
Gerente de Asesoría Legal (e)

Fernando Llanos Correa
Gerente de Supervisión

Christy García-Godos Naveda
Analista de Regulación

Asunto : Opinión a la versión final del proyecto de Contrato de
Concesión de los tramos viales del Eje Multimodal
Amazonas Centro (Mayo 2007 – 15/05/2007).

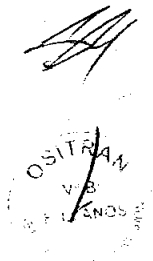
Fecha : 23 de mayo de 2007

I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto a la concordancia normativa entre el proyecto de contrato de concesión (Versión Final del Contrato para el Concurso de Proyectos Integrales para la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras y el Mantenimiento de la Infraestructura de Transporte del Eje Multimodal del Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA; en adelante, Concesión IIRSA Centro) y la legislación regulatoria, que fuera remitida por PROINVERSIÓN el 15 de mayo del presente año, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria.

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Oficio N° 45/2007/CPI-IIR/PROINVERSION sin fecha, recibido por OSITRAN el 02 de abril de 2007, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión de OSITRAN sobre la Versión Final del Contrato de Concesión de los tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Centro, Perú – Brasil (versión de marzo 2007).



[Handwritten signature]

3. Mediante comunicación electrónica (correo electrónico) de fecha 18 de abril del 2007 OSITRAN solicitó a PROINVERSION la remisión del Anexo I del Contrato de Concesión.
4. Mediante Oficio N° 65/2007/CPI-IIR/PROINVERSION del 25 de abril de 2007, PROINVERSION remitió a OSITRAN el Anexo I del Contrato de Concesión.
5. PROINVERSION a través de Oficio N° 69/2007/CPI-IIR/PROINVERSION de fecha 08 de mayo de 2007, remitió nueva versión física del Anexo I del Contrato de Concesión.
6. Mediante Oficio N° 049-07-SCD-OSITRAN de fecha 08 de mayo de 2007, OSITRAN comunicó a PROINVERSION el Acuerdo N° 858-241-07-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo en su sesión extraordinaria N° 241-2007-CD de fecha 04 de mayo de 2007, por medio del cual se aprueba el Informe N° 018-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 03 de mayo de 2007, en el que se emite la opinión de OSITRAN respecto a las versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión recibido el 02 de abril de 2007.
7. Mediante Oficio N° 71/2007/CPI-IIR/PROINVERSION de fecha 10 de mayo de 2007, PROINVERSION comunicó a OSITRAN que algunos de los comentarios realizados en el informe N° Informe N° 018-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN serían incorporados en el Contrato de Concesión, razón por la cual se prepararía una nueva versión del Contrato de Concesión que requeriría opinión de OSITRAN.
8. Por medio del Oficio N° 72/2007/CPI-IIR/PROINVERSION de fecha 15 de mayo de 2007, PROINVERSION remitió a OSITRAN la versión revisada del Contrato de Concesión de los tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Centro, Perú – Brasil, señalando que esta versión incluía las opiniones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del Ministerio de Economía y Finanzas y de OSITRAN.
9. Mediante Correo Electrónico de fecha 16 de mayo de 2007, se solicitó a PROINVERSION la versión modificada del Anexo I del Contrato de Concesión.
10. A través de Correo Electrónico de fecha 16 de mayo, PROINVERSION informó que el anexo I a ser tomado en consideración para efectos de la revisión de la Nueva versión del Contrato de Concesión era el remitido a OSITRAN con fecha 08 de mayo de 2007.

III. MARCO LEGAL

11. De acuerdo al texto del artículo 1° de la Ley N° 27701¹, ésta tiene por objeto garantizar la plena concordancia normativa entre los procesos de concesión y las disposiciones de los organismos reguladores precisadas en la Ley N° 27332.

¹ Artículo 1.- Objeto de la ley



C47

12. 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 Nº 674 y al Decreto Supremo Nº 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."

13. El mecanismo previsto por la Ley Nº 27701 para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de concesión y las normas que regulan las facultades de los organismos reguladores ha sido el establecimiento, como requisito previo a la aprobación por parte de PROINVERSION de un proceso de promoción inversión privada, de la obligación de contar con la opinión del Consejo Directivo del Organismo Regulador competente.
14. La opinión mencionada debe referirse a aquellas disposiciones comprendidas en los expedientes finales de los procesos de concesión que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores.
15. Se debe señalar que la intención del legislador, es establecer un mecanismo de control de la legalidad regulatoria aplicable sobre del contenido de los procesos de concesión de infraestructura de transportes implementados por PROINVERSION. En ese sentido, la opinión de OSITRAN debe cautelar por que el régimen regulatorio establecido en las normas legales, haya sido correctamente aplicado en el diseño del proceso de concesión por PROINVERSION como organismo responsable en la etapa previa a la entrada en vigencia del Contrato de Concesión.
16. Por su parte, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y modificado por Decreto Supremo Nº 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. (...)"

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 Nº 27332."



077



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

IV. ANÁLISIS

IV.1 Modelo de Concesión y comentarios preliminares

18. En esta sección se presentan comentarios generales al modelo de concesión propuesto con relación al proyecto de contrato de concesión presentado por PROINVERSION. En la siguiente sección se procederá a comentar y opinar sobre las cláusulas y anexos del mismo de manera específica.
19. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSION contempla las siguientes características
- Tipo de Concesión: Onerosa – Proyecto Auto sostenible
 - Periodo de Concesión: 30 años
 - Inversión Proyectada Referencial: US\$ 88,4 MM (incluido el IGV)²
 - Extensión: 867,20 Km
 - Factor de Competencia: Nivel de riesgo de ingresos (que determina el Ingreso Mínimo Anual Garantizado)
 - Ingresos del Concesionario: PAO y PAMO
20. El Proyecto de Contrato de Concesión elaborado por PROINVERSION, presenta características de un modelo de contrato diseñado para Concesiones Cofinanciadas (IIRSA Norte, Interoceánica, Costa Sierra), aplicados a una concesión onerosa o auto sostenible (distintas a otras, como la Red Vial 5 y Red Vial 6). De acuerdo al modelo propuesto, la Empresa Concesionaria se constituye en recaudador de los peajes con obligaciones en materia de rehabilitación, mantenimiento y operación principalmente, recibiendo por estas actividades, vía un fideicomiso³, ingresos fijos (PAO y PAMO)⁴, cuyos pagos se encuentran supeditados al cumplimiento de las obligaciones contractualmente establecidas.
21. En términos generales el modelo de concesión propuesto por PROINVERSION implica un control directo de parte del Concedente de las decisiones de inversión que debe realizar la Empresa Concesionaria, y en tal sentido, una transferencia de los riesgos propios de la concesión al Concedente. Así por ejemplo, la fijación de montos fijos de PAO y PAMO, permitiéndose ajustes a los mismos, implica directamente un traslado del riesgo de la construcción y diseño del Concesionario al Concedente, pues éste último deberá realizar los pagos adicionales que se determinen como necesarios, además que será el que apruebe o no las modificaciones. Los traslados de riesgos antes mencionados, generan incentivos para una menor eficiencia por parte del Concesionario con relación a la demanda

² De acuerdo a información presentada por PROINVERSION en reunión realizada el 12 de abril de 2007.

³ Fideicomiso de Administración, el Concedente se constituye en Fideicomisario.

⁴ Los montos del PAO y PAMO son propuestos por PROINVERSION.



247

del tráfico, costos e inversiones, lo que no es propio de concesiones onerosas. En este sentido, los riesgos asociados a las concesiones a título oneroso deben recaer sobre el Concesionario, de lo contrario se generarían incentivos para menores eficiencias. Según Estache (2000)⁵, los riesgos asociados a los costos operativos, ingresos y financieros deben ser asignados al concesionario, siendo la intervención del Estado justificada en los casos que exista poco interés en la concesión. Ello es corroborado por Kerf, Gray D., Irwin T., Levesque C. y Taylor R. (1998)⁶ quienes señalan que la asignación de dichos riesgos al concesionario constituye una buena práctica para el diseño de Contratos de Concesión, en el Anexo I del presente informe se resume las conclusiones de dichos autores respecto de la correcta asignación de los riesgos en el contexto de concesiones. A mayor abundamiento, Guash (2004)⁷ suscribe las conclusiones de los autores antes mencionados. Guash por su parte

22. Un mecanismo de aceptación de obras que implica por parte del Regulador la emisión de los respectivos certificados, con la posibilidad de que a fin de coadyuvar al cierre financiero el Concedente y el Ministerio de Economía y Finanzas puedan evaluar y proponer un mecanismo financiero para la Concesión, permitiendo además que como consecuencia de esta propuesta se pueda realizar un ajuste al factor de competencia, transfiere al Estado la obligación de participar directamente en la obtención del financiamiento, que en concesiones onerosas o auto sostenibles debe ser obtenido por el Concesionario sin mediar intervención del Estado Peruano. Sobre este aspecto, corresponde pronunciarse al Ministerio de Economía y Finanzas⁸.
23. El tramo a ser concesionado, genera a la fecha ingresos anuales de aproximadamente US\$ 9 millones⁹, además se proyectan ingresos por recaudación superiores a US\$ 13 millones. Por lo tanto la posibilidad del Concesionario de obtener financiamiento directo¹⁰ para obras valorizadas en aproximadamente US\$ 88 millones (incluido el IGV) es posible. Por otra parte debe tenerse presente que el cambio de modalidad (a un mecanismo sin PAO y PAMO) reduciría las obligaciones del Estado de largo plazo y éstas se justificarían para el caso de concesiones cofinanciadas, compatible con el Rol Subsidiario del Estado.
24. En el siguiente cuadro se muestran los ingresos anuales y la inversión proyectada referencial de las Concesiones de carreteras onerosas que se vienen desarrollando y que no han requerido la aplicación de pagos por parte del Estado como el PAO y el PAMO. Por el contrario, en el caso del tramo Ancón Huacho Pativilca, esta concesión ha logrado conseguir financiamiento externo.

⁵ Privatización y regulación de infraestructura de transporte. Banco Mundial. Pp 23-25.

⁶ Kerf M., Gray D., Irwin T., Levesque C. y Taylor R. (1998) "Concessions: A Guide to the Design and Implementation of Concesión Arrangements for Infrastructure Services", The World Bank, PPI Group

⁷ Guasch, Jose Luis (2004) Granting and renegotiating Infrastructure Concessions. Doing it right", World Bank

⁸ De acuerdo a lo informado por PROINVERSION en el Oficio N° 72/2007/CPI-IIR/PROINVERSION la nueva versión del Contrato de Concesión habría sido coordinada con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y con el Ministerio de Economía y Finanzas.

⁹ Información proporcionada por Provias Nacional

¹⁰ Como ha ocurrido en el caso de la Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca (Red Vial 5) o el tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial 6)



em

	Ingresos (miles de US\$)				Inversión Proyectada (miles de US\$)
	2003	2004	2005	2006	
Pte. Pucusana - Cerro Azul - Ica	-	-	3,823.20	18,381.08	192,091.31
Ancón - Huacho - Pativilca	10,563.49	13,121.15	13,570.30	15,082.81	61,400.00

Los montos no incluyen IGV.

25. Adicionalmente, cabe mencionar que las concesiones onerosas citadas en el cuadro anterior presentan ingresos menores a los proyectados para el tramo a ser concesionado. Así mismo, en el caso del tramo Puente - Pucusana – Cerro Azul, las inversiones proyectadas superan largamente la inversión referencial para el tramo materia de análisis. De otro lado, según Estache (2000), una carretera es atractiva para la participación privada cuando sobrepasa los 10,000 vehículos diarios. En otros términos, no existen elementos suficientes que justifiquen una intervención del Estado en el grado que PROINVERSION propone en el proyecto de Contrato de Concesión.
26. Según lo manifestado por PROINVERSION en la reunión realizada el 12 de abril de 2007, el mecanismo propuesto buscaría garantizar el inicio de las obras dentro de los plazos previstos y no generaría periodos durante los cuales el Concesionario recauda peaje sin realizar obras de construcción.
27. Al respecto, consideramos necesario señalar que en el caso de los tramos viales entregados en concesión uno de los principales obstáculos a la cabal ejecución de las obras ha sido la no entrega oportuna por parte del Concedente de los predios necesarios, situación que ha sido a todas luces responsabilidad directa de éste. Cabe señalar que los contratos de concesión plantearon plazos para la entrega de los predios que no se ajustaban a la problemática real, por lo que recomendamos que el Concedente y PROINVERSION coordinen el establecimiento de plazos adecuados para la entrega de los terrenos, los mismos que deben considerar estudios y diagnósticos previos para reducir los riesgos asociados a la demora en la entrega de las áreas.
28. En las Concesiones antes citadas, si bien es cierto, los concesionarios han aplicado el cobro del peaje incrementado pese a no haber ejecutado las obras, este cobro se habría realizado por estar así dispuesto en el Contrato, es decir el problema surge a partir del diseño de esos Contratos de Concesión. Cabe señalar que este problema estaría resuelto en el presente contrato toda vez que el incremento de los peajes esta asociado directamente al cumplimiento de las obras de rehabilitación. Así mismo, si el objetivo del modelo propuesto por PROINVERSION, como se señaló en la reunión realizada el 12 de abril de 2007, es garantizar la ejecución oportuna de las obras y además el cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro de los plazos previstos en el Contrato de Concesión, estos objetivos son plenamente alcanzables estableciendo plazos adecuados que permitan el cumplimiento de cada una de las obligaciones del Contrato.
29. OSITRAN como organismo especializado en la supervisión de las obligaciones, considera en base a su experiencia que resulta eficiente la supervisión y el control



Ortiz



de las obligaciones de los Concesionarios a partir del cumplimiento de ciertos estándares de calidad y condiciones de serviabilidad. Este tipo de supervisión por cumplimiento de metas u objetivos resulta más eficiente y garantiza un mejor uso de los recursos del Estado que el modelo propuesto en el Proyecto del Contrato de Concesión materia de análisis, que implica la emisión de CAOs, y un seguimiento y control de las actividades y gastos del Concesionario.

30. En tal sentido, consideramos que las aprobaciones y aceptación de obras a favor del concesionario, no son una herramienta necesaria para lograr los objetivos propuestos en el proyecto del Contrato de Concesión, en la medida que este procedimiento resultaría oneroso para el Estado ya que implica altos costos de transacción, entre otros los costos de constitución y administración del fideicomiso, emisión de CAOs, supervisión, costos de auditoría, entre otros.
31. Habiéndose propuesto como factor de competencia el Nivel de Riesgo de Ingresos (que determina el Menor Ingreso Mínimo Anual Garantizado), desde el punto de vista regulatorio este mecanismo resulta incompatible con un esquema de pagos garantizados por PAO y PAMO¹¹ y pagos adicionales a cargo del Concedente por concepto de Mantenimiento Periódico o eventos catastróficos. Por el contrario el mecanismo propuesto por PROINVERSIÓN no garantiza una adecuada distribución de riesgos y reduce los incentivos a la eficiencia de parte del Concesionario.
32. De acuerdo a los comentarios recibidos por funcionarios de PROINVERSIÓN y el Vice Ministerio de Transportes, el esquema establecido en el proyecto de Contrato de Concesión materia de análisis cumple los siguientes objetivos:
 - Asegura una correcta determinación de los pagos que debe hacer el Concedente al Concesionario en caso se resuelva el Contrato de Concesión
 - Brinda incentivos adecuados para la construcción oportuna de las obras.
 - Asegura una estructuración financiera más rápida.
 - Permite controlar al Concedente los eventuales excedentes de caja, que se generen por encima del costo de mantenimiento y construcción.
 - Uso del IMAG únicamente para cubrir los costos de inversión.
33. Con relación al primer argumento debemos señalar que en caso se resuelva el Contrato de Concesión, por causa atribuible al Concedente, éste solo debe retribuir al Concesionario el costo correspondiente a las obras culminada y aceptadas. Es importante tener en cuenta que lo que retribuye el Concedente en esta eventualidad son obras terminadas las cuales pueden ser valorizadas por peritos y no derechos acumulados de pago que pueden estar relacionadas a actividades que no implican necesariamente obras terminadas¹²¹³.

¹¹ En las definiciones de PAO y PAMO se indica "Retribución que ejecuta el CONCEDENTE a favor del CONCESIONARIO".

¹² Cabe mencionar que el Anexo A – Apéndice 1 establece que el CAO implica el reconocimiento de la aceptación de obras ejecutadas, generando a su vez la obligación incondicional e irrevocable del Concedente del pago al Concesionario de la fracción de PAO que corresponda por la aceptación de obras antes mencionadas.

¹³ El Contrato contempla la existencia de CAO's por partidas

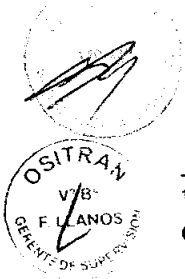


ery

34. A nuestro juicio el proyecto de PROINVERSIÓN se basa en un diagnóstico inexacto respecto de los retrasos en que se ha incurrido en la realización de las obras de las concesiones viales de la Red Vial 5. Al respecto, como se señaló anteriormente estos retrasos están vinculados con el incumplimiento por parte del Concedente de la entrega oportuna de los terrenos¹⁴. Así mismo, debemos mencionar que el incumplimiento por parte del Concesionario en la ejecución oportuna de las obras se encuentra penalizado en el propio contrato. En todo caso, los incentivos para cumplir oportunamente con las obligaciones de construcción deberían estar correctamente establecidos mediante las penalidades que contempla el contrato o asociando cualquier incremento de peajes con la conclusión y aceptación de las mismas por parte del Concedente.
35. Con relación al tercer argumento propuesto por PROINVERSIÓN consideramos que el riesgo financiero asociado a una concesión onerosa debe ser trasladado totalmente al Concesionario (ver anexo I). En tal sentido, no constituye un argumento válido, a nuestro entender, que el Concedente asuma riesgos financieros parcial o totalmente, con la finalidad de acelerar el cierre financiero por parte del Concesionario.
36. Con relación al cuarto comentario, en principio la adjudicación de la Buena Pro a través de un proceso competitivo, debería garantizar que los excedentes de caja por encima de los costos de construcción y mantenimiento no sean significativos. En tal sentido, establecer un mecanismo de control de dichos excedentes bajo el supuesto de que el Concesionario no reservará dichos recursos para las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión, resulta injustificado. Adicionalmente, tal como se planteó en el Contrato de la Red Vial 6, dicha preocupación podría ser atendida estableciendo la constitución de un fideicomiso en el que se depositen los recursos necesarios para la realización de las obras y que ante una eventual salida del Concesionario, revertirían al Concedente.
37. Finalmente respecto al último argumento, debemos señalar que independientemente de la obligación contingente que asume el Estado con el IMAG, se mantiene en el proyecto de Contrato la obligación del Concedente pagar PAO y PAMO (incluso con penalidades en caso de retraso), que si bien es cierto se tiene previsto serán cubiertos con los fondos del Fideicomiso de Administración, en caso los fondos de las cuentas de este fideicomiso no sean suficientes para cubrir los montos de PAO y PAMO, el remanente deberá ser cubierto por el Estado.
38. A partir de los comentarios señalados en los párrafos anteriores podemos proponer las siguientes recomendaciones al modelo propuesto por PROINVERSIÓN y que a nuestro entender reducirá el nivel de riesgo que el Estado Peruano debe asumir en este proyecto de Concesión :

- Mantener como factor de competencia el factor de riesgo que da lugar al Ingreso Mínimo Garantizado, con salvedad que el mismo cubra tanto las obras como el mantenimiento en general

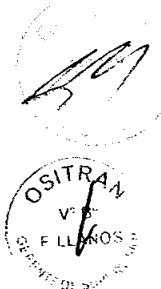
¹⁴ Dos solicitudes de adendas del Contrato de Concesión están vinculadas a la no entrega por parte del Concedente de los terrenos necesarios para la realización de las obras e construcción.



emj



- Mantener el mecanismo de coparticipación de las bandas superiores al Ingreso Mínimo Garantizado, trasladando la parte correspondiente al Concedente al Fondo Vial o a la cuenta que para tal efecto decida el Concedente.
 - Si se desea reforzar los incentivos para el cumplimiento oportuno de los plazos de ejecución de las obras, incrementar las penalidades aplicables para dicho incumplimiento.
 - Establecer un fideicomiso financiado con recursos del peaje y destinado a aprovisionar los fondos necesarios para la ejecución de las obras.
39. Finalmente, un aspecto fundamental que se debe tener en cuenta, considerando el hecho de que el factor de competencia utilizado para la concesión es una garantía de ingresos; es la presencia - en la cartera de proyectos del MTC - para los próximos años, de vías que podrían absorber parcialmente el tráfico correspondiente al tramo concesionado, reduciendo con ello la demanda efectiva, el volumen de ingresos correspondientes al eje IIRSA Centro y por consiguiente afectar el equilibrio económico financiero de la concesión. En efecto, la presencia, en el Marco del denominado Proyecto Perú, de vías alternas a la de IIRSA Centro como el Eje Vial N° 13 (Cañete-Lunahuaná-Huancayo) o el Eje Vial N° 10 (Huaura-Sayán-Churín-Oyón-Yanahuanca-Ambo) incrementa el riesgo de tráfico del Proyecto bajo análisis; las proyecciones de demanda de estos proyectos viales deben ser tomadas en cuenta por PROINVERSION y el MEF, en la medida que ello implicaría mayores contingencias presupuestales futuras.
40. En lo que respecta al mecanismo de Supervisión propuesto por PROINVERSION, en el Anexo I del Proyecto del Contrato de Concesión se señala que **“el CONCEDENTE, a través del REGULADOR”** realizara diversas actividades de supervisión. Al respecto hay que señalar que las funciones de Supervisión de las obligaciones del Contrato de Concesión son una competencia exclusiva de OSITRAN, derivadas de la Ley 27332, y no de la voluntad del Concedente, tal como se indica reiteradamente en el Anexo N° 1 (numerales 3.5, 4.20, 4.21, y 4.25). La participación del Concedente en la supervisión del Contrato de Concesión, se opone al marco regulatorio de la supervisión de la inversión privada, contenido en la Ley 26917, 27332 y otras normas complementarias.
41. Sobre la base de lo dicho en los párrafos anteriores, OSITRAN no suscribe el modelo de concesión propuesto por PROINVERSION y considera necesario que se modifique el modelo de financiamiento de la Concesión, suprimiéndose la expedición de CAOs sobre la base de Hitos Constructivos, la utilización de PAO y PAMO, y se realicen los cambios pertinentes en el Contrato de Concesión a fin de que se establezca un Contrato en el cual el Concesionario asume directamente el manejo de la Concesión y se elimina todo tipo de intervención del Concedente en la administración, financiamiento y supervisión de la misma. En otras palabras recomendamos se retorne al modelo inicial del Contrato de Concesión, que fuera remitido a OSITRAN mediante Oficio N° 43/2006/CPI-IIR/PROINVERSION de fecha 26 de octubre de 2006.



047

IV.2 Comentarios aceptados y no aceptados por PROINVERSION (Informe N° 018-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN)

42. El informe materia de análisis recoge en parte los comentarios y recomendaciones que presentara OSITRAN en su informe N° 018-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN. A continuación se detalla el total de comentarios aceptados, no aceptados y aceptados en parte:

Categoría	Número
Aceptados	18
Aceptados en Parte	13
No Aceptados	30

43. Los comentarios no aceptados están vinculados a los siguientes temas:

1. Autoridad Ambiental Competente
2. Días
3. Mantenimiento de Emergencia (2 comentarios)
4. Pago por derecho de concesión(2 comentarios)
5. Pago Anual por Obras
6. Regulador
7. Transitabilidad
8. Ampliación de Plazo para entrega de terrenos
9. De los proyectos de Ingeniería
10. Libro de Obras y sugerencias
11. Servicios Obligatorios
12. Régimen Económico
13. Peaje y Tarifa
14. Tarifa con Descuento
15. Pagos del Concesionario por concepto de Supervisión de Obras
16. Mecanismo de compensación por actividades de mantenimiento periódico
17. Equilibrio Económico y Financiero
18. Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de obras
19. Garantías a favor de los acreedores permitidos
20. Seguros sobre bienes en operación
21. Mecanismo de declaración de eventos catastróficos
22. Daños que excedan el monto Garantizado
23. Posibilidad de revisión de los términos de la obligación de contratar seguros
24. Aporte por regulación
25. Fideicomiso de Administración
26. Ajuste del PAMO
27. Ajuste del PAO por Variaciones en la Tasa Interés
28. Anexo I: Procedimiento para la Conservación, Explotación, control y guía para el desarrollo del sistema de gestión para la conservación de los tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Centro



cu



IV.3 Acreedores Permitidos (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 10)

44. En el literal iv) de la definición de Acreedores Permitidos se observa que en la nueva versión del contrato de concesión hay una variación en la clasificación de riesgo de las instituciones financieras que pueden participar como Acreedores Permitidos, así se estaría reduciendo la calidad del Acreedor de "A" a "BBB". Toda vez que OSITRAN no cuenta con justificación para esta modificación, consideramos que PROINVERSION deberá justificar este cambio.
45. En esta definición se comprende como "Acreedores Permitidos" a *"cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública"* (literal vii).
46. Al respecto, es necesario considerar que el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante el Acuerdo N° 484-143-04-CD-OSITRAN, aprobó su opinión en el sentido que se elimine de la categoría de Acreedores Permitidos a *"cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por EL CONCESIONARIO mediante oferta pública"*, categoría que en el Contrato de Concesión materia de análisis corresponde al literal vii). De acuerdo al texto del mencionado Acuerdo, dicha recomendación estuvo sustentada en una comunicación enviada por PROINVERSION el 7 de junio de 2004, a pedido de OSITRAN, la misma que establecía la conveniencia de mantener criterios uniformes para los diferentes contratos de concesión.

IV.4 Autoridad Ambiental Competente (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 12)

47. En la sección correspondiente a definiciones se ha incluido la definición de "Autoridad Ambiental Competente".
48. Consideramos que allí debe indicarse que OSITRAN tiene una competencia residual en materia ambiental, de acuerdo a lo establecido en el Literal d) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de creación de OSITRAN.

IV.5 Certificado de Aceptación de Obras - CAO (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 14)

49. En primer lugar debemos señalar que a nuestro entender la modalidad de la Concesión debe ser modificada, y por lo tanto debe retirarse el concepto de CAO, así como todas las referencias al mismo.
50. No obstante ello debe precisarse que en caso se mantenga el modelo del Proyecto de Contrato de Concesión materia de análisis, la aceptación de las obras corresponde al Concedente quien para estos efectos contará con la opinión del Regulador. Así en los contratos de Concesiones cofinanciadas como IIRSA Sur e IIRSA Norte el CAO es un Certificado de Avance de Obra, y no de aceptación.



047

IV.6 Derecho de Vía (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 15)

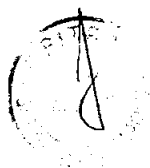
51. En la definición se señala que el Derecho de vía incluye la *"franja de territorio de dominio público del Estado o en proceso de adquisición por parte de éste"*. En el Contrato no se precisa el plazo en que el Concedente entregará el Derecho de vía ni el estado en que se encuentra a la fecha de suscripción del Contrato la adquisición de dichos terrenos. Consideramos necesario que se precise el plazo con que contará el Concedente para cumplir con entregar el 100% de los terrenos que comprenden el derecho de vía, estableciéndose además que el Concesionario asume responsabilidad sobre estos terrenos a partir del momento en que le son entregados (entregas parciales).

IV.7 Días (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 15)

52. En esta definición se indica que la referencia "Días" se deberá entender como aquellos días hábiles, es decir que no sean sábado, domingo o feriado no laborable en la ciudad de Lima, incluyéndose además como feriados los días que los bancos en la ciudad de Lima no se encuentren obligados a atender al público por disposiciones del la Autoridad Gubernamental.
53. Consideramos recomendable, que la definición de los días como "Días hábiles" no se debe restringir al ámbito de la ciudad de Lima, y que se tome en consideración el hecho que existe también los llamados "feriados regionales".

IV.8 Mantenimiento de Emergencia (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 21)

54. En la sección correspondiente a definiciones se ha incluido la definición de "Mantenimiento de Emergencia", donde no se precisa quien asume el costo por dicho concepto, aunque en la cláusula 5.15, sobre Obligaciones del concesionario respecto a bienes reversibles, se menciona que *"el CONCESIONARIO está obligado también a realizar actividades de Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia y, en general, todos aquellos trabajos que procuren mantener la operatividad de los Bienes Reversibles y eviten un impacto ambiental negativo conforme al alcance definido en el Estudio de Impacto Ambiental a nivel de Factibilidad."*
55. Por otra parte el literal c) de la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión, prevé que *"en caso de presentarse algún siniestro que afecte los bienes en operación, y siempre que la causa no sea imputable directa ni indirectamente al CONCESIONARIO, el CONCEDENTE será responsable por los costos directos e indirectos, relacionados con los daños ocasionados, así como por las franquicias que deberán ser pagadas a las compañías aseguradoras en caso corresponda"*.
56. Entonces una lectura sistemática del Proyecto de Contrato de Concesión, nos llevaría a concluir que corresponderá al Concedente asumir los costos que le Mantenimiento de Emergencia demande. Al respecto, consideramos que se debe



017

eliminar esta obligación del Concedente, ya que este riesgo debe ser cubierto por pólizas de seguros que el Concesionario contrate. En atención a ello, consideramos que podría establecerse expresamente en el Contrato la cobertura de estos riesgos a través de pólizas de seguros contratadas por el Concesionario. En caso que Preinversión considere necesario realizar una modificación en este principio general de asignación de riesgos entre las partes, deberá sustentarlo adecuadamente.

IV.9 Obras Adicionales (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 22)

57. En la nueva versión del Contrato de Concesión se ha incluido un último párrafo a la definición de "Obras Adicionales", en este párrafo se agregan un nuevo tipo de obras adicionales que incluye la ejecución de nueva infraestructura vial, tal como incorporación de nuevos sub tramos viales con obras inconclusas para ser terminados por el Concesionario, o la ampliación de alguna calzada. La ejecución de estas obras deberá ser aprobada por el Concedente.
58. Consideramos que este nuevo tipo de "obras adicionales" no sólo deberán ser aprobadas por el Concedente, sino que también deberán cumplir con la normativa de inversión y contratación pública que resulte aplicable.

IV.10 Pago por derecho de concesión (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 23)

59. En la sección correspondiente a definiciones se menciona que el "*Pago por derecho de concesión es el monto a favor del CONCEDENTE a que se refiere el Literal a) del Artículo 14 del TUO, conforme se indica en la Cláusula 9.19.*"¹⁵
60. Cabe mencionar que tanto la cláusula 9.19 como la cláusula 20.9 también hacen referencia al Pago por Derecho de Concesión, donde se supedita el pago por dicho concepto a la existencia de un remanente que resulte de la liquidación de la Cuenta de Reserva del Fideicomiso de Administración, regulado en la Sección XX.
61. Consideramos que la forma cómo ha sido diseñado este mecanismo contractual de pago por derecho de la concesión, eventualmente puede implicar que el Concedente no llegue a percibir monto alguno por este concepto, lo cual desnaturaliza la finalidad del pago por obtener la concesión, En consecuencia, proponemos reformular el mecanismo de pago por derecho de concesión.
62. Por otra parte, consideramos que resulta más conveniente, como se señala en el comentario relativo a la cláusula 9.19, que se establezca un pago por concepto de Retribución y que el mismo sea destinado al Fondo Vial.

¹⁵ El mencionado dispositivo legal señala:

"Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado;

1. (...)."



227



IV.11 Pago Anual por Obras (PAO) (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 23)

63. En la sección correspondiente a definiciones se menciona que el "Pago por Obras (PAO) es la cuota que tiene como finalidad retribuir la inversión en que incurre el CONCESIONARIO para, entre otros conceptos, el costo de Supervisión de Obras.
64. Al respecto, debemos mencionar que en la cláusula 9.12 se señala que "el CONCESIONARIO deberá abonar al supervisor de Obras un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial". En tal sentido debe entenderse que corresponde al Concesionario asumir directamente este costo, no pudiendo estar incluido en el PAO. Cabe señalar que este concepto esta vinculado directamente a las actividades de Construcción de obras, no debiendo incluirse el pago al Supervisor de Obras.
65. Por otra parte debe tenerse presente que a nuestro entender la modalidad de la Concesión debe ser modificada, y por lo tanto debe retirarse el concepto de PAO, así como todas las referencias al mismo.

IV.12 Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 24)

66. Como se ha señalado anteriormente, a nuestro entender la modalidad de la Concesión debe ser modificada, y por lo tanto debe retirarse el concepto de PAMO, así como todas las referencias al mismo.

IV.13 Peaje (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 25)

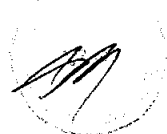
67. En esta definición consideramos necesario que se precise que el cobro por concepto de peaje se realiza en cada Unidad de Peaje de la Concesión.
68. Por otra parte como segundo párrafo de esta definición se incluye el uso de los fondos recaudados. Esta precisión resulta innecesaria, ya que corresponde, al Concesionario decidir sobre la forma de financiamiento de sus obligaciones contractuales.

IV.14 REGULADOR (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 25)

69. En esta parte se define al REGULADOR y se cita su marco legal aplicable. En la parte final de ésta definición se indica que *"El REGULADOR podrá nombrar a los Supervisores de Obra, de Explotación y de Conservación"*
70. Consideramos que no es necesario incluir esta última frase toda vez que las normas vigentes confieren expresamente esta facultad al Regulador.

IV.15 Transitabilidad (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 28)

71. En esta parte se define a Transitabilidad como el *"nivel de servicio de la infraestructura vial que asegura un estado tal de la misma, que permite un flujo vehicular regular durante un determinado período de tiempo"*.



erj



72. El Contrato de Concesión no contiene una referencia a cuáles son esos niveles de servicios para acreditar la transitabilidad; Recomendamos que se definan parámetros para medir la transitabilidad.

IV.16 Cierre Financiero (Sección III: Eventos a la Fecha de Suscripción del Contrato, página 39)

73. En la nueva versión del Contrato de Concesión se ha eliminado la posibilidad de que el Concedente emita su decisión de emitir o garantizar los CRPAO.
74. Así la nueva versión de la cláusula 3.5 introduce una modificación sustancial de las obligaciones del Concesionario relacionadas con el cierre financiero. Estas nuevas condiciones implican la obligación del Concesionario de lograr el cierre financiero en los primero ocho (08) meses de la Concesión, bajo sanción de caducidad, con la posibilidad de que dicho plazo sea ampliado a dos (02) meses adicionales. Así mismo se establecen penalidades para el Concesionario.
75. Atendiendo a que la obtención del Cierre Financiero, no depende exclusivamente de la voluntad del Concesionario, sino que se puede ver afectado por las condiciones del mercado de financiamiento y sus diversos actores, consideramos que en esta cláusula debe preverse el supuesto en que el incumplimiento de esta obligación, no sea atribuible al concesionaria. Por otra parte consideramos que debe preverse la posibilidad que las inversiones sean financiadas directamente por el Concesionario.
76. Por otra parte, nada garantiza que el texto del Contrato de Concesión sea aceptado por los posibles Acreedores Permitidos como un instrumento adecuado para lograr el financiamiento, especialmente si tenemos en cuenta que la cláusula referida a las Garantías a Favor de los Acreedores Permitidos (11.6 a 11.8) no refleja algunas de las condiciones necesarias normalmente requeridas por los financistas en este tipo de transacciones. Esta situación puede requerir adendas al contrato y por lo tanto aprobaciones que suelen tomar plazos considerables.
77. En virtud de lo dicho anteriormente, recomendamos que se incluya la siguiente redacción, la misma que se encontraba en la versión anterior del Contrato de Concesión:

De no lograrse el cierre financiero en los plazos antes indicados, se producirá la Caducidad de la Concesión, para lo cual el CONCESIONARIO deberá abonar al CONCEDENTE en señal de compensación por daños y perjuicios, como único pago, una suma equivalente al 50% de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión referida en la Cláusula 11.3 del Contrato, a más tardar a los dos (02) meses de producida la Caducidad de la Concesión. En caso de incumplimiento en el pago en el plazo indicado, el REGULADOR procederá a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión referida en la Cláusula 11.3 del Contrato, por el monto anteriormente señalado.

A fin de cumplir con lo indicado anteriormente, el CONCESIONARIO deberá presentar copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que



011



el CONCESIONARIO haya acordado con la(s) entidad(es) financiera(s) y/o fondos institucionales que participará(n) en la financiación de esta Concesión.

En el caso que el financiamiento referido en la presente cláusula se realice con recursos propios del CONCESIONARIO, éste deberá presentar en un plazo de treinta (30) Días Calendario, contados desde la fecha de aprobación por parte del CONCEDENTE del Proyecto de Ingeniería Definitiva y la aprobación del EIA por la Autoridad Ambiental Competente, el testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social correspondiente, debidamente inscrito en los registros públicos.

La compensación antes referida no será aplicable en cualquiera de los siguientes casos: (a) se demuestre fundadamente, que las causas que impidieron el cierre financiero tuvieron su origen en condiciones anormales de acceso al mercado financiero nacional y/o internacional y/o debido a razones vinculadas al poco desarrollo del mercado en el financiamiento de contratos de concesión de infraestructura vial; o, (b) se demuestre que el CONCESIONARIO, actuando diligentemente y de buena fe, a pesar de sus esfuerzos con un número razonable de entidades financieras, bancarias o similares, en diversas plazas financieras, no logró acordar con éstos, los términos y condiciones de los contratos del financiamiento necesarios para el cierre financiero. Para ambos casos, se requerirá la aprobación del CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR, la que deberá estar necesariamente sustentada en un informe de un asesor financiero con personería jurídica o Banco de Inversión de Primera Línea de reputado prestigio nacional o internacional, elegido por el REGULADOR, a costo del CONCESIONARIO. Dicho asesor financiero o Banco de Inversión, no deberá tener ni haber tenido relación alguna ni con el CONCESIONARIO ni con el CONCEDENTE, salvo acuerdo expreso de ambas Partes.

En el supuesto señalado en el párrafo precedente, el CONCESIONARIO deberá compensar al CONCEDENTE con un único monto de Quinientos mil y 00/100 Dólares (US\$ 500 000,00), el cual tendrá por finalidad cubrir los gastos y costos administrativos que demande convocar a un concurso público para la entrega al sector privado de una nueva concesión en un breve plazo. Esta suma deberá ser pagada por el CONCESIONARIO a más tardar a los treinta (30) Días Calendario de producida la Caducidad de la Concesión. En caso de incumplimiento en el plazo indicado, el REGULADOR procederá a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión referida a la Cláusula 11.3, hasta por el monto señalado, no procediendo solicitar el pago de compensación adicional alguna por daños y perjuicios.

78. Por otra parte teniendo en consideración la complejidad de la transacción recomendamos que los plazos sean ampliados y reflejen el plazo promedio para este tipo de operaciones financieras, asimismo recomendamos adoptar el esquema de derechos otorgados a los Acreedores Permitidos introducido a raíz del financiamiento de la Concesión de la Red Vial N° 5, en la medida en que este proyecto obtuvo su cierre financiero exitosamente.

IV.17 Ampliación de plazo (Sección V: Régimen de Bienes, página 47)

79. En la cláusula 5.7 se estipula que en caso no se produzca la entrega de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión en los plazos establecidos en la cláusula 5.6 y esta situación no permita al Concesionario iniciar o continuar con



277



las obras y cumplir con los plazos de ejecución, el Regulador podrá otorgar una ampliación de plazo en las condiciones fijadas en la cláusula 6.14 y 6.15.

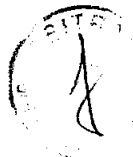
80. Al respecto, consideramos que con el fin de evitar al concesionario realizar trámites que demanden tiempo, debería suspenderse automáticamente el plazo para la continuación y/o ejecución de las obras.
81. Por otra parte, consideramos que el plazo a que se hace mención anteriormente, debe comenzar a computarse a partir de la fecha en que se cuente con los terrenos necesarios para la ejecución de las obras, pese a los esfuerzos que pueda realizar el Concesionario para iniciar las obras antes de contar con todos los predios que obliga el Contrato.

IV.18 De los Proyectos de Ingeniería Definitiva (Sección VI: Ejecución de Obras, página 57)

82. En la cláusula 6.5 se indica la obligación del Concesionario de presentar a consideración de Concedente con copia al Regulador el proyecto de Ingeniería Definitiva. Al respecto recomendamos que se señale de forma expresa la obligación del Concesionario de presentar "la totalidad del Proyecto de Ingeniería Definitiva" para ser "aprobado" por el Concedente, manteniendo la obligación de enviar copia al regulador para que emita su opinión previa.
83. La nueva versión del Contrato de Concesión ha recogido en parte la observación que planteara OSITRAN respecto a esta cláusula respecto al detalle del expediente técnico sin embargo no se ha tomado en consideración que en caso la ingeniería de detalle sea presentada a Precios Unitarios las cantidades de obra no podrán ser modificadas. Por otra parte deberá establecerse la forma en que serán determinan dichos Precios Unitarios, si corresponden a precios de mercado, así como los responsables de su aprobación.
84. En virtud de lo dicho anteriormente recomendamos la modificación del primer párrafo y la inclusión de un tercer párrafo que se detalla a continuación.



eyj



6.5 El Concesionario presentará para la aprobación del Concedente, con copia al Regulador, la totalidad del Proyecto de Ingeniería Definitiva para la Etapa de Ejecución de Obras indicada en la Cláusula 6.1 el cual incluirá el Estudio de Impacto Ambiental indicado en la Cláusula 13.6, a más tardar a los ciento ochenta (180) Días Calendario, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.

(...)

Si fuese el caso de Presupuestos a ser ejecutados a Precios Unitarios, los Proyectos de Ingeniería de Detalle deberán contemplar la totalidad de las cantidades de Obra necesarias para la ejecución de las Obras, no existiendo la posibilidad de incrementos en las mismas, salvo casos extraordinarios debidamente sustentados, en los cuales se verifique que, dichas incrementos no pudieron ser observados y/o predecir durante la elaboración de los Proyectos de Ingeniería en mención.

IV.19 De los Proyectos de Ingeniería (Sección VI: Ejecución de Obras, página 58)

85. De otra parte, en el segundo párrafo de la cláusula 6.8 se señala que las solicitudes de modificación presentadas por el Concedente no darán lugar a la modificación del plazo final de ejecución de Obra o al reconocimiento de compensaciones adicionales, salvo que las partes lo hubieren convenido, lo cual requerirá la opinión previa del Regulador.
86. El párrafo antes comentado, permitiría modificaciones en la ingeniería definitiva y por tanto variaciones en los niveles de inversión, cuya ejecución será decida básicamente por el Concedente, ya que pese a que se requiere contar con la opinión del Regulador su opinión no es vinculante. En tal sentido se estaría permitiendo la incorporación de nuevas inversiones que no necesariamente cuenten con la evaluación correspondiente, y por las cuales el Concedente se comprometería a cancelar bajo la modalidad que acuerde con el Concesionario.
87. Recomendamos acotar esta cláusula a fin de que las modificaciones que puedan realizarse a la Ingeniería definitiva no sólo requieran la opinión del Regulador, sino que esta tenga carácter vinculante, así mismo debería establecerse que las modificaciones deberán ser aceptadas en la medida que impliquen un ahorro o reducción en el presupuesto inicial o que estén debidamente justificadas.

IV.20 Libro de Obras y sugerencias (Sección VI: Ejecución de Obras, página 60 - 61)

88. En la cláusula 6.10 se establece la forma en que serán administrados los libros de obras y de sugerencias.
89. Toda vez que el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, contempla el procedimiento a seguir para el registro y atención de los reclamos de los usuarios en las infraestructuras de transporte de uso público, recomendamos la eliminación del tercer y cuarto párrafo de esta cláusula que se refiere al Libro de Sugerencias.



077



IV.21 Aceptación de las Obras sugerencias (Sección VI: Ejecución de Obras, página 60 - 61)

90. En las cláusulas 6.26 y 6.27 se regula el proceso para "aceptación de las obras y emisión de los CAO's, estableciéndose que corresponde al REGULADOR emitir la respectiva aceptación.
91. De acuerdo a la normatividad vigente corresponde al Regulador supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Concesionario, lo que incluye la ejecución de las obras de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión.
92. En las cláusulas 7.6 y 7.7 se regula el procedimiento a seguir en caso exista situación que requiera mantenimiento de emergencia.

IV.22 Mantenimiento de Emergencia (Sección VII: De la Conservación de las Obras, página 74 - 75)

93. En la cláusula 7.7 se regula el procedimiento a seguir en caso exista situación que requiera mantenimiento de emergencia.
94. En relación a esta cláusula resulta aplicables los comentarios realizados en la parte correspondiente a la definición de Mantenimiento de Emergencia del presente informe.
95. Por otra parte, consideramos que PROINVERSION a fin de garantizar que la oferta de los postes se encuentre acorde con las obras e intervenciones que debe realizar en la Concesión, deberá notificar de forma detallada los riesgos asociados a problemas de tipo geológico, geográfico, climático, entre otros posibles de acaecer.
96. En la nueva versión del Contrato de Concesión, se ha incluido un párrafo en el que se indica que corresponderá al Concesionario asumir directamente a su costo los "daños menores" que pudiesen generarse por las situaciones de emergencia. En el Contrato de Concesión no encontramos una definición de "daños menores" aplicable a esta cláusula, razón por la cual deberá explicitarse esta definición.
97. Por otra parte, en el párrafo agregado se describen las situaciones a las que corresponderá realizar mantenimiento de emergencia, como derrumbes, deslizamientos, huaycos menores, inundaciones, rellenos de cauces, socavaciones de obras de arte y protección ribereña. Todas estas situaciones, conlleven o no un daño severo a la infraestructura deberían ser cubiertas directamente por el Concesionario y no por el Concedente, es decir el riesgo de ocurrencia de estos eventos, cualesquiera sea su magnitud, debe ser asumido por el Concesionario e incorporado en su oferta económica. En caso que PROINVERSION considere necesario realizar una modificación en este principio



0271



general de asignación de riesgos entre las partes, deberá sustentarlo adecuadamente.

IV.23 Infraestructura que construye el Concedente y que se entregará al Concesionario (Sección VII: De la Conservación de las Obras, página 76)

98. En la cláusula 7.9 de la nueva versión del Contrato de Concesión se señala que como consecuencia de la incorporación a la Concesión de los sub tramos Neshuya – Pucallpa, Aguaytía – San Alejandro y , Puente Chino – Puente Pumahuasi, Puente Tambillo del Tramo Huanuco – Tingo María, el PAMO y el Mantenimiento Periódico serán ajustados.
99. Consideramos que las ofertas económicas de los postores deberían incorporar las labores de mantenimiento de los tramos antes mencionados. Dejar abierta la posibilidad de se ajuste el PAMO¹⁶ al momento de que sean entregados estos tramos al Concesionario, podría generar una distorsión de la eficacia del proceso competitivo de adjudicación y un comportamiento oportunista de los postores, ya que éstos podrían subvalorar las inversiones incluidas para la determinación de la oferta económica esperando ser compensados con la modificación del PAMO por los tramos no incluidos.

IV.24 Derechos y Reclamos de los Usuarios (Sección VIII: Explotación de la Concesión, página 80)

100. En la cláusula 8.7 se establece la obligación del Concesionario de abrir un libro de sugerencias y establecer un procedimiento de atención en cada unidad de peaje.
101. Como se señaló anteriormente, en el comentario relativo a la cláusula 6.10, toda vez que el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, contempla el procedimiento a seguir para el registro y atención de los reclamos de los usuarios en las infraestructuras de transporte de uso público, no es necesario regular contractualmente algo que se encuentra ya regulado por un Reglamento de OSITRAN. Razón por la cual recomendamos eliminar esta cláusula.

IV.25 Servicios Obligatorios (Sección VIII: Explotación de la Concesión, páginas 82 -83)

102. En la cláusula 8.12 del Proyecto de Contrato de Concesión se ha incorporado el detalle de los servicios obligatorios que debe implementar la empresa concesionaria. Se establecen como servicios obligatorios: i) Una central de emergencia, ii) Equipos de auxilio mecánico (06) y iii) un oficina equipada en cada Unidad de Peaje para la Policía Nacional.
103. Llama la atención que para esta concesión no se hayan incluido el servicio de ambulancias y un sistema de comunicación de emergencias (teléfonos de auxilio)

¹⁶ OSITRAN recomienda la eliminación del PAMO



047



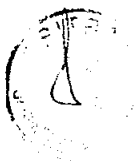
104. El no contar con estos servicio dificulta la labor o auxilio que el Concesionario debe prestar a los usuarios, haciendo difícil que pueda atender oportunamente situaciones de emergencia. Por otra parte la atención de estas situaciones quedaría limitada a la capacidad de respuesta de las autoridades de salud locales.
105. Consideramos conveniente que se incluyan servicios de ambulancias y un sistema de comunicación que incluya la existencia de teléfonos de emergencia a distancias aproximadas de 10 kilómetros, como viene estableciéndose como obligación en otros tramos ya concesionados. Cabe señalar que la distancia de 10 Km. es referencial pudiendo ser mayor o menor debido a razones técnicas de recepción de la señal o de interconexión.

IV.26 Régimen Económico (Sección IX: Régimen económico, páginas 84 y siguientes)

106. En esta sección se regulan los pagos que recibirá el Concesionario por concepto de PAO y PAMO, así como la aplicación del IMAG.
107. Como se ha señalado en la primera parte de esta sección, somos de la opinión que el modelo de la Concesión debe ser modificado a fin de que el Concesionario administre directamente los fondos provenientes de la recaudación de peaje y asuma de esta forma los riesgos propios de una concesión. En caso la propuesta de OSITRAN sea aceptada deberá eliminarse del Contrato de Concesión todas las referencias al PAO y PAMO y los procedimientos vinculados a los mismos.
108. La nueva versión del Contrato de Concesión, mantiene el esquema inicial en lo que se refiere a los pagos por parte del Concedente (a través del fideicomiso de Administración) de los PAO's y PAMO's.
109. Así, se establece en un primer lugar que el monto del PAMO será pagado por el Concedente al Concesionario a través del Fideicomiso de Administración y por otra parte se establece que el 90% del PAO estará garantizado por el IMAG.
110. La nueva versión del Contrato de Concesión, vincula directamente el monto de PAO, PAMO IMAG e ISUP a los "ingresos anuales esperados referenciales fijados por el Concedente", montos que entendemos ya han sido comunicados a los postores. Así mismo se establece que el PAMO será propuesto por los postores utilizando un factor de proporcionalidad entre el PAO y el PAMO, sobre el ingreso anual esperado referencial para el año 1, cabe señalar que a partir del Contrato de Concesión no se puede determinar quien (es decir los postores o PROINVERSION) fijarán dicho factor de proporcionalidad. En principio fijar una proporción constante entre PAO y PAMO, resta flexibilidad a las decisiones del Concesionario respecto a la forma en que asigna sus gastos a efectos de cumplir con los niveles de servicio estipulados y el cumplimiento oportuno de la ejecución de las obras.
111. Observamos que de acuerdo a la propuesta del Contrato de Concesión, tanto el PAO como el PAMO dependerán del factor de competencia, es decir del "Nivel de Riesgo" ofertado por el postor que se adjudique la Concesión (el Concesionario).



017



112. Siendo que de acuerdo a lo establecido en el literal A y B de la cláusula 9.1, el Concesionario tendrá garantizado sus ingresos por PAO y PAMO, el IMAG (que siempre será menor que el PAO) y el ISUP únicamente serán utilizados para determinar el nivel de participación en los ingresos entre el Concesionario y el Concedente.
113. Esta nueva versión del Contrato de Concesión mantiene el mecanismo de control de los flujos de ingresos por peaje en manos del Concedente (transfiriendo los riesgos de demanda al Estado) a través del Fideicomiso de Administración. Esta situación ha sido comentada en el informe que anteriormente emitiera OSITRAN, en razón a que a nuestro entender resulta ineficiente, genera sobre costos y riesgos al Concedente y al Regulador, además de que podría derivar en incremento de los costos del financiamiento, ya que los prestatarios verán como un riesgo adicional la necesidad de contar con autorizaciones previas del Concedente para el repago de su crédito. Este riesgo estaría reconocido por PROINVERSION en la cláusula 9.1.A en que se establece una penalidad en el retraso en el pago del PAO y del PAMO.
114. En virtud de lo señalado anteriormente consideramos conveniente que se reformule el modelo de concesión a fin de que el Concesionario controle los flujos por peaje y asuma directamente los costos de la inversión y mantenimiento de la concesión¹⁷, vía el IMAG, que para todo efecto funcionaria como una garantía de ingresos que permitiría hacer bancable el proyecto. Así, a partir de los flujos de ingresos garantizados el Concesionario podrá realizar el cierre financiero, sin que sea necesaria la intervención del Concedente.
115. Además el contrato podría prever la obligación del Concesionario de transferir al Concedente la diferencia entre el monto por recaudación de peaje y el IMAG, pudiendo mantenerse un mecanismo de coparticipación de la mayor recaudación entre el Concesionario y el Concedente, asumiendo así el Concesionario directamente los riesgos construcción y operación de la concesión.
116. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, nos permitimos hacer algunos comentarios al esquema planteado en el Proyecto del Contrato de Concesión a fin de que PROINVERSION los tome en consideración en los contratos de Concesión para **Concesiones Co-financiadas** y que fueran mencionados en el informe anteriormente remitido por OSITRAN.
117. En primer lugar observamos que en la cláusula 9.1 se establece una relación directa entre el PAO y el PAMO con los costos de inversión, operación, mantenimiento rutinario y mantenimiento periódico. Al respecto debemos recordar que el PAO y el PAMO en los contratos de concesión co-financiadas son pagos que recibe el Concesionario por la ejecución de las actividades antes citadas. Si bien es cierto que estos pagos cubren los costos en que incurrirá el Concesionario, en ellos también se encuentra incorporado un margen de ganancia para el Concesionario, por lo que resulta equivocado decir "...los costos.... estarán representados en el PAO ... y PAMO"

¹⁷ Dicho mantenimiento incluye mantenimiento rutinario y periódico.



217



118. Un elemento adicional que se debe tener en cuenta es la obligación del Concesionario de emitir facturas por los montos del PAO y del PAMO, ya que los mismos de acuerdo al modelo que se ha planteado constituyen pagos por la prestación de servicios, en tal sentido todo pago que realiza el Estado Peruano debe estar correctamente justificado y facturado. Adicionalmente, deberá establecerse también quien asumirá el costo del IGV y cualquier otro impuesto.
119. En lo que respecta al procedimiento de coparticipación, se establece que el saldo de la cuenta de recaudación será transferido a la cuenta de reserva (sección XX) que tiene por objeto cubrir aquellos periodos en que no se pueda cubrir con la recaudación los montos correspondientes del PAO o PAMO o las actividades de mantenimiento periódico o de emergencia. Así mismo, de acuerdo a la sección XX si, una vez cubiertos estos pagos existe un saldo, este constituirá el "derecho de la Concesión" y será transferido en un 98% al concedente y un 2% para PROINVERSION. Llama la atención la denominación que recibe este saldo y mas aún que se señale el derecho de PROINVERSION a cobrar un porcentaje de dicho monto.
120. Entendemos que el monto a que se hace mención en el párrafo anterior se constituye en una especie de "retribución al estado". La propuesta del Proyecto de Concesión obliga a que los resultados de la concesión sean trasferidos directamente al Concedente o a PROINVERSION. Toda vez que esta concesión es de tipo oneroso, somos de la opinión que se establezca de forma clara un pago por retribución al Estado que sea aportado al Fondo Vial. El establecimiento de un pago directo del Concesionario por concepto de retribución o aporte al fondo vial genera un efecto positivo, ya que se establece claramente el destino de la retribución, garantizándose que estos fondos puedan ser utilizados para el mantenimiento y/o construcción de otros tramos viales no concesionados.

IV.27 Procedimiento para el pago del PAO (Sección IX: Régimen Económico, página 57)

121. En la cláusula 9.4, se regula el procedimiento para el pago del PAO. Así en el literal c) se establece la obligación del Concesionario de enviar un informe mensual con el detalle de la recaudación por concepto de peaje, estableciéndose además los plazos para que el Regulador apruebe dichos informes y comunique sus observaciones el Concesionario.
122. Si bien es cierto, es posible que el Regulador realice una revisión del detalle de la recaudación por concepto de peaje en las fechas correspondientes para viabilizar el pago del PAO, esta no debe limitar la facultad que tiene el Regulador de realizar revisiones de la recaudación, con ocasión ejecución de las auditorias de flujo vehicular que establece Contrato de Concesión.
123. Por otra parte, en virtud a la información que deberá evaluarse, proponemos ampliar el plazo para la revisión de la información correspondiente.
124. A partir de los comentarios anteriores proponemos la siguiente redacción:



e77

"c) Mensualmente, el CONCESIONARIO deberá enviar un informe al REGULADOR y al CONCEDENTE, con el detalle de la recaudación por concepto de Peajes los cinco (05) primeros Días del mes siguiente al vencido. Corresponderá al REGULADOR **la revisión de dichos informes en un plazo no mayor de diez (10) Días de recibidos.** De encontrar observaciones, deberá comunicárselas al CONCESIONARIO, quien a su vez deberá levantarlas en un plazo no mayor de cinco (05) Días de comunicadas.

En caso que el REGULADOR no formule observaciones dentro del plazo antes indicado, se entenderá aprobado el informe, reservándose el derecho de revisar y rectificar la recaudación por concepto de peajes en función de los resultados de la auditoría de flujo vehicular a que se refiere el Anexo VIII: Medición de flujos vehiculares."

125. Cabe señalar que en caso la propuesta de OSITRAN de modificar el modelo de concesión, la cláusula 9.4, así como todas las relacionadas al pago del PAO deben ser eliminadas.

IV.28 El Peaje y la Tarifa (Sección IX: Régimen económico, páginas 92 - 93)

126. En el tercer párrafo de la cláusula 9.7 se presenta la relación de Unidades de peaje que deberá administrar el Concesionario. En esta lista se incluyen cinco (05) Unidades de Peaje existentes y tres (03) Unidades de Peaje proyectadas. Se señala además que la Unidades de Peaje Proyectadas deberán ser construidas y explotadas por el Concesionario de acuerdo a lo indicado en la cláusula 9.10.

127. En la cláusula 9.10, ni en la cláusula 9.7 se hace mención al momento o fecha en que se tiene previsto el momento en que empezaran a operar la Unidades de Peaje Proyectadas, en tal sentido, resulta necesario que se precise dicha situación. Recomendamos que el cobro en estas unidades de peaje se realice de forma gradual y después de la conclusión de las obras, con el objeto de que los usuarios de estos tramos asuman de forma gradual el costo adicional que implica para ellos contar con tres (03) nuevas unidades de peaje, en el tramo Casaracra – Aguaytía.

128. En el último párrafo de la cláusula 9.7 del Contrato de Concesión, se establece que el retiro, el incremento o reubicación de las unidades de peaje podrá realizarse por acuerdo entre las partes, para lo cual el Concesionario deberá solicitar opinión al Regulador y aprobación del Concedente.

129. El retiro, incremento o modificación de ubicación de las Unidades de Peaje pueden implicar un incremento indirecto de la tarifa que pagan los usuarios por kilómetro recorrido. En efecto, aquellos usuarios que transiten por la integridad de los tramos concesionados deberán pagar tantas veces las tarifa como unidades de peaje hubiere. Ello implica en los casos de reubicación una modificación (incremento/disminución) de la contraprestación (tarifa) que pagan los usuarios por el uso de la infraestructura.

130. Partiendo del principio de que toda modificación tarifaria o de condiciones de comercialización de la infraestructura debería ser tratada a través del

e77

procedimiento de modificación del contrato de Concesión, consideramos que no resulta pertinente ni deseable la inclusión de esta cláusula.

131. Adicionalmente, debe tomarse en consideración que estas acciones pueden generar menores/mayores ingresos para el Concesionario, así como mayores costos. En tal sentido el equilibrio económico financiero de la concesión puede verse afectado.
132. Por otro lado, debe tomarse en consideración que la existencia de estas cláusulas incrementa el riesgo del proyecto, y afecta la seguridad jurídica que debe primar en todo contrato de Concesión. Inseguridad jurídica en el sentido que el Concesionario no cuenta con la certeza de cuales serán las reglas de juego que regirán para los años futuros de la Concesión.
133. Finalmente, no debe dejarse de considerar el riesgo regulatorio que con esta disposición se trasladaría a los usuarios de la infraestructura, los cuales no tendrán certeza respecto de los costos de emplear la misma.

IV.29 Tarifa con descuento (Sección IX: Régimen Económico, página 94 - 95)

134. En el literal c) de la cláusula 9.10, se establece el régimen tarifario del contrato que regula la tarifa a cobrar por el Concesionario. En este literal se reconoce la existencia a la fecha de tarifas diferenciadas aprobadas por el Concedente.
135. Respecto a las tarifas diferenciadas se señala que las mismas serán reajustadas en la misma proporción en se ajustará la tarifa equivalente a un eje. Además respecto a las tarifas diferenciadas se señala que el Concedente se compromete a no incrementar el número de vehículos beneficiados por estas.
136. En esta nueva versión del Contrato de concesión se ha eliminado la posibilidad del Concesionario de cobrar "Tarifas con Descuento", es decir se estaría restringiendo la posibilidad del Concesionario de implementar políticas comerciales, restringiéndose la aplicación de las tarifas con descuento a los vehículos que hasta antes de la fecha de suscripción del contrato de concesión contaban con dicho beneficio.
137. Habiéndose establecido en el Contrato de Concesión una tarifa máxima por concepto de peajes, somos de la opinión que la Empresa Concesionaria debe contar con al libertad de plantear la política comercial que considere más adecuada para la el desarrollo de la Concesión. Como parte de esta política comercial el Concesionario podrá otorgar a sus usuarios descuentos tarifarios que en virtud de diversos criterios siempre y cuando respete el principio de NO discriminación, y no se ponga en riesgo la operatividad de la Concesión.
138. Si bien es cierto de acuerdo a la información que se tiene a la fecha Provias Nacional viene otorgando tarifas diferenciadas en este tramo vial, a fin de no general malestar en los usuarios se puede establecer un periodo transitorio durante el cual el Concesionario deberá mantener las tarifas diferenciadas. Vencido este periodo, entraría en vigencia la política comercial del Concesionario y



077



el reglamento para su aplicación. Ambos instrumentos deberían ser aprobados por el Regulador.

139. Cabe señalar al ser esta una concesión onerosa, resulta adecuado y más eficiente dejar en manos del Concesionario la administración de los descuentos tarifarios. De esta forma el concesionario asume directamente el riesgo de su política comercial, pues un menor ingreso le generaría una menor recaudación y por tanto menores utilidades.
140. Al haberse planteado como factor de competencia un ingreso mínimo garantizado, a fin de controlar la menor recaudación por concepto de peaje como consecuencia de los descuentos tarifarios resulta oportuno que se fije una cota máxima de la variación de ingresos como consecuencia de los descuentos, así sobre la base de esta cota el Concesionario deberá administrar sus descuentos no poniéndole en riesgo la concesión y minimizándose la posibilidad de aplicación de la garantía de Ingresos.

IV.30 Pagos del Concesionario por concepto de Supervisión de Obras (Sección IX: Régimen Económico, página 97)

141. En la cláusula 9.12 se establece el pago que el Concesionario realizará por concepto de Supervisión de Obras y por Seguimiento y Control de la Supervisión.
142. Así, se establece que el pago por concepto de supervisión que se pagará al Supervisor de obras, ascenderá al 4% de la inversión proyectada referencial, habiéndose eliminado el monto correspondiente por concepto de Seguimiento y control de la Supervisión. Así mismo se establece que los pagos por supervisión deberán hacerse de forma semestral a partir del segundo mes contado a partir de la fecha de suscripción del Contrato de Concesión.
143. En primer lugar consideramos conveniente que se establezca claramente en el Contrato de Concesión las obligaciones del Concesionario respecto al pago por Concepto de Supervisión de Obras (al Supervisor de Obras) y por concepto de Seguimiento y Control de la Supervisión (al Regulador). Cabe señalar que para el caso de la Concesión de IIRSA Norte se ha fijado como por concepto de Seguimiento y Control de la Supervisión, el 0,5% de la Inversión Proyectada Referencial.

IV.31 Mecanismo de compensación por actividades de mantenimiento periódico (Sección IX: Régimen Económico, páginas 97 - 99)

144. En la cláusula 9.13 del Proyecto de Contrato de Concesión se establece el procedimiento a seguir por parte del Concesionario para poder ejecutar las actividades de Mantenimiento Periódico. Para tal efecto el Concesionario deberá contar con la aceptación del Concedente para realizar estas actividades. Esta aceptación implicará tanto la aceptación de las labores a realizar así como el presupuesto de estas.
145. Este a nuestro entender se constituye en un trámite adicional y poco eficiente que contempla el modelo propuesto en el Proyecto de Contrato de Concesión. En este



0977



caso se supedita el mantenimiento de la carretera a la decisión del Concedente, decisión que no sólo estará vinculada a la parte técnica sino también al financiamiento de estas actividades. Así, a nuestro entender, se corre el riesgo que la ejecución de estas obras se vea limitado por la disponibilidad fiscal del Concedente, cabe señalar que en caso estas actividades no sean presupuestadas con anterioridad su pago podría estar sujeto a su incorporación en el presupuesto del sector y por tanto se podría retrasar la ejecución de estas actividades.

146. Los retrasos que podrían tener lugar en la ejecución de las actividades de Mantenimiento Periódico pueden afectar seriamente los índices de serviciabilidad de la carretera perjudicándose así a los usuarios. En tal sentido el modelo propuesto por OSITRAN resulta mucho más eficiente y reduce la posibilidad de retrasos en la ejecución de estas actividades. De esta forma el Concesionario asume la responsabilidad y costos de realizar las labores que considere necesarias para mantener los índices y parámetros de serviciabilidad y calidad que le establezca el Contrato de Concesión., entre los que se incluyen las actividades de mantenimiento rutinario y periódico. Por otra parte se otorga libertad de decisión al Concesionario pudiendo éste programar sus labores en función a una mejor asignación de sus recursos.
147. Por otra parte debe tenerse presente que el modelo propuesto en el Contrato de Concesión resulta oneroso para el Estado en la medida que deben destinarse recursos humanos y administrativos en la aprobación de actividades que pueden ser realizadas directamente por el Concesionario y para las cuales no debería contar con aprobación del Concedente. El cumplimiento de las obligaciones contractuales estarían garantizadas a través de la supervisión por parte del Regulador.
148. Es precisamente ese exceso de participación del concedente mediante "aprobaciones" la que se busca reducir mediante la participación del capital del sector privado en la gestión de la infraestructura de transporte, lo que nos permite recomendar la eliminación del sistema del CAO, PAO, CRPAO y otros elementos vinculados del Contrato de Concesión.

IV.32 Equilibrio Económico y Financiero (Sección IX: Régimen Económico, páginas 99 - 101)

149. En las cláusulas 9.14 a 9.17 del proyecto de contrato de Concesión se establece un mecanismo de reestablecimiento del equilibrio económico y financiero en caso la concesión se vea afectada exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables¹⁸ en la medida que éstos afecten aspectos económicos y financieros vinculados a los ingresos y costos de la inversión.
150. Respecto a estos cambios debemos recordar que variaciones en los ingresos no generarían problemas en el equilibrio económico financiero por parte del Concesionario ya que éste tiene garantizado un Ingreso Mínimo Anual Garantizado, el que estará establecido en unidades monetarias, y por tanto

¹⁸ Con excepción de los cambios producidos como consecuencia de disposiciones o sanciones expedidas por el Regulador, disposiciones contenidas en el Contrato o hechos imputables al desempeño del Concesionario.



e17



cualquier reducción en los ingresos del Concesionario no afectarían su desempeño. El efecto en una reducción de los ingresos estaría asociada a la variación en los ingresos adicionales esperados como consecuencia de la participación de utilidades con el Concedente.

151. Asimismo, la propuesta planteada en el Proyecto del Contrato de Concesión estipula que la variación del Equilibrio económico financiero se medirá en función a la variación entre la utilidad obtenida por el Concesionario y la que hubiese obtenido de no haberse generado cambios en las leyes y disposiciones aplicables.
152. Por otra parte, toda vez que el factor de competencia es el menor riesgo de ingresos (ingreso mínimo garantizado), una compensación automática como consecuencia de variación en las utilidades del Concesionario elimina los incentivos al Concesionario para ser eficiente en su gasto.
153. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que conceptualmente, la variable más apropiada para medir la conservación o ruptura del equilibrio económico de la concesión es la tasa de retorno del proyecto, medida al inicio de la concesión. Un indicador adecuado para medir dicho retorno, puede ser el ROE (*return over equity*) o retorno de los accionistas de la Concesión, tal como se presentó en versiones anteriores del Contrato.
154. El cambio de la fórmula, si bien podría facilitar la medición de la ruptura del equilibrio económico financiero, en tanto bastaría con estimar el impacto sobre los costos del concesionario de cambios en el marco legal o reglamentario; abre la posibilidad de que aún en casos en los que se hubiese experimentado incrementos sustanciales en la demanda (pasados, presentes o futuros) que hayan aumentado la rentabilidad esperada del proyecto, el Concesionario pueda invocar una ruptura de equilibrio económico. Ello, entre otros aspectos, generará mayor inseguridad respecto a la continuidad y estabilidad de la concesión.
155. En tal sentido, consideramos inconveniente que se haya modificado la fórmula de ruptura del equilibrio económico y recomendamos su modificación y aplicabilidad con el modelo planteado.
156. Por último consideramos que el uso de la variable de utilidades resultantes del ejercicio no resulta el más apropiado para el cálculo de un porcentaje como el establecido en la cláusula 9.16. En la medida que la utilidad es un resultado de los ingresos y gastos incurridos durante un determinado periodo dicho resultado puede eventualmente ser cercano a cero distorsionando con ello la base de cálculo del porcentaje.
157. Adicionalmente, en el tercer párrafo de la cláusula 9.17 se menciona que "la discrepancia sobre si existe ruptura del equilibrio económico-financiero o sobre el monto de la compensación será resuelta por tres peritos independientes, designados de la misma forma prevista para la designación de árbitros en la Sección XVIII del presente Contrato, rigiendo las demás disposiciones de esta cláusula en lo que fueran pertinentes".



eyj



158. Teniendo en cuenta que corresponde a OSITRAN determinar la procedencia y aplicabilidad de la cláusula de restablecimiento del Equilibrio Económico y Financiero, no resulta coherente encargar a peritos independientes, elegidos por las partes, definir la discrepancia sobre la ruptura del equilibrio económico financiero, sino que esta discrepancia debe ser resuelta en la vía administrativa.
159. Sin embargo, en caso exista discrepancia respecto al monto de la compensación por efecto de la ruptura del Equilibrio Económico y Financiero, esta si podrá ser resuelta por peritos independientes como se propone en el Proyecto del Contrato de Concesión.

IV.33 Pago por derecho de Concesión (Sección IX: Explotación de la Concesión, páginas 102)

160. La cláusula 9.19 se refiere al pago por derecho de concesión realizado por el concesionario a favor del concedente.
161. Al respecto nos remitimos al comentario realizado en la parte correspondiente a definiciones. Además, somos de la opinión que resulta más conveniente que se establezca un pago por concepto de retribución y que el mismo sea destinado al Fondo Vial, tal como se realiza en otras concesiones tales como la concesión de la Red Vial N° 5.

IV.34 Régimen Financiero (Sección X: Régimen Financiero, página 102)

162. En la nueva versión del Contrato de Concesión, PROINVERSION ha incluido un párrafo en el que señala que el Concedente en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) evaluará un mecanismo financiero aplicable a la concesión, incluyendo la posibilidad de que el Concesionario opte por utilizar dicho mecanismo. Adicionalmente, se señala que en caso se utilice el mecanismo propuesto por el Concedente y el MEF, se deberá reajustar el factor de competencia ofertado por el Concesionario.
163. La inclusión de este párrafo abre una ventana a la intervención directa del Concedente en el financiamiento del proyecto, propiciándose un comportamiento pasivo por parte del Concesionario en la búsqueda del financiamiento, ya que existiría la posibilidad de tener garantizado el financiamiento y además la adecuación del contrato de concesión a los requerimientos que la propuesta del Concedente y del MEF requieran.
164. Al respecto hay que indicar que la modalidad propuesta por PROINVERSION (onerosa) no es compatible con la inclusión de garantías adicionales al IMAG, en razón a que el Contrato confiere al Concesionario la responsabilidad de obtener el financiamiento en un plazo perentorio bajo sanción de caducidad.
165. Como se ha dicho anteriormente la experiencia de otras concesiones onerosas nos permite afirmar que es posible la obtención de financiamiento sin la intervención del Concedente o del MEF.



077



IV.35 Garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras (Sección XI: Garantías, páginas 103 - 104)

166. El cuarto párrafo de la cláusula 11.2 señala que alternativamente a la Garantía de Fiel Cumplimiento de construcción de obras, el CONCESIONARIO, a su elección, podrá presentar una Póliza de Caucción a favor del CONCEDENTE y/o del REGULADOR; cuya eventual limitación a su ejecución inmediata implica la no aceptación por el Concedente.
167. Teniendo en cuenta que "el Concedente y/o el Regulador" son los beneficiarios de dicha Póliza; la no aceptación de la misma también debiera estar a cargo de ambos; y no sólo del Concedente.

IV.36 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión (Sección XI: Garantías, página 104 - 105)

168. En la cláusula 11.3 del Proyecto del Contrato se establece la obligación del Concesionario de presentar una la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión. El monto de dicha garantía a la fecha de elaboración del presente informe no ha sido comunicada por PROINVERSION a OSITRAN, razón por la cual no podemos opinar al respecto. Sin embargo recomendamos que este monto sea lo suficientemente alto como para reducir los incentivos para los incumplimientos del concesionario y que, en caso este no cumpla con sus obligaciones contractuales, el monto de esta garantía permita que la marcha de la concesión no se vea interrumpida.

IV.37 Garantías a Favor de los Acreedores Permitidos (Sección XI: Garantías, página 107)

169. En la cláusula 11.8 se ha previsto la aplicación del silencio administrativo positivo para la Constitución de garantías a favor de los acreedores permitidos. Por las razones expuestas a propósito de un mecanismo similar para el caso de la ampliación del plazo de la concesión, consideramos que este tipo de decisión no debe ser sometido al silencio administrativo positivo. Cabe señalar que con oportunidad de comentar otros contratos de Concesión OSITRAN ya se ha manifestado al respecto en igual sentido (Informe N° 012-05-GRE-GAL-OSITRAN). Similar situación se presenta en las cláusula 11.10
170. En la cláusula 11.10 se desarrolla el procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria a favor de los acreedores permitidos, donde se establece la participación del concedente, bajo la dirección del (los) Acreedor(es) Permitido(s) y se comunica de la misma al Regulador. Consideramos que, por tratarse de un tema que afecta a la concesión, se requerirá la opinión previa del Regulador.

IV.38 Seguros sobre bienes en Construcción (Sección XII: Régimen de Seguros, páginas 113-114)

171. En la nueva versión del primer párrafo de la cláusula 12.2, literal b) se ha eliminado el detalle de la cobertura de la póliza, consideramos que debe retornarse a la



277



versión anterior de esta cláusula a fin de garantizar que la póliza cubra los riesgos asociados a este proyecto y no se ponga en riesgo la continuidad de la concesión. En caso PROINVERSION no acepte la propuesta de OSITRAN deberá fundamentar su decisión.

IV.39 Seguros sobre bienes en Operación del CONCESIONARIO (Sección XII: Régimen de Seguros, páginas 115 - 116)

172. En el literal c) de la cláusula 12.2 se establece que el Concedente podrá contratar, por su cuenta y costo, un seguro sobre bienes en operación, que incluya coberturas tales como eventos de la naturaleza, explosiones, vandalismo, conmoción civil, entre otros. Así mismo se establece que en caso se presentase alguno de los supuestos antes mencionados, que no sean atribuibles al Concesionario, el Concedente será responsable por los costos directos e indirectos relacionados con los daños ocasionados y además deberá pagar las franquicias de las compañías de seguros en caso corresponda.
173. No consideramos conveniente establecer que será el CONCEDENTE quien contratará dicho seguro. La concesión otorga al concesionario derechos pero también obligaciones inherentes a los bienes que se le otorga. En ese sentido, el riesgo sobre los mismos debe ser asumido por el Concesionario. No encontramos justificación para que el Concedente se obligue a contratar un seguro para proteger a los bienes que está siendo operados por el concesionario. Dicha obligación debe asumirla directamente la Empresa Concesionaria. Como antecedente, podemos indicar que en el Contrato de Concesión de IIRSA Norte se establece esta obligación, que viene siendo cumplida a cabalidad, lo que demuestra que no resulta imposible para un Concesionario Vial adquirirlo.
174. La propuesta planteada en el Proyecto del Contrato de Concesión transfiere al Estado Peruano un riesgo que no le corresponde y que generará mayores costos para este, por otra parte debe tenerse presente que si el Concedente no adquiere esta póliza, deberá asumir directamente los costos que la rehabilitación de la carretera necesite, si estos costos resultan significativos la ejecución de las labores se vería limitada a la disponibilidad de recursos por partes del Concedente y a su incorporación en los respectivos ejercicios presupuestales, en tal sentido podría acontecer que si el Concedente no cuenta con los fondos disponibles la Carretera no podrá operar, y se perjudicaría a los usuarios, El Concesionario por su parte no afronta mayores pérdidas pues tiene garantizado un monto mínimo anual de ingresos.
175. Por ello, recomendamos que se reformule la cláusula, obligando al Concesionario a contratar por lo menos un seguro con cobertura mínima; y permitiendo que en el caso que la cobertura de la póliza no alcance a cubrir los costos, se recurra a los fondos de la Cuenta de Eventos Catastróficos del Fideicomiso de Administración (literal c) de la cláusula 20.6). Tal recomendación concuerda con el segundo párrafo de la cláusula 12.7. De aceptarse la recomendación, las cláusulas 12.5 y 12.6 (primer párrafo y literal a) deberán incorporar este tipo de póliza.
176. Por otro lado, la definición de eventos catastróficos puede resultar restrictiva a ciertos eventos, razón por la cual sería mejor mencionar que en todo caso



017



comprende cualquier hecho de fuerza mayor y/o caso fortuito conforme al Código Civil. El mismo comentario es aplicable a lo mencionado en el Mecanismo de declaración de Eventos Catastróficos

IV.40 Mecanismo de declaración de Eventos Catastróficos (Sección XII: Régimen de Seguros, páginas 115 - 116)

177. En el literal c) de la cláusula 12.2, se ha incorporado este título. Por cuestión de orden este título debe ser reubicado, pues en este acápite se regula lo concerniente a la póliza de seguros sobre bienes en operación.

Adicionalmente recomendamos que se incluya en el Contrato una sección especial relativa al tratamiento de eventos de Fuerza Mayor, similar a la contenida en el Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho Pativilca.

IV.41 Daños que excedan el monto Garantizado (Sección XII: Régimen de Seguros, páginas 116- 117)

178. En este subtítulo de la cláusula 12.2 se menciona que en caso los daños excedan el monto asegurado o el límite máximo asegurable las partes se pondrán de acuerdo sobre la solución al caso, siendo una de las opciones del concedente el poner término unilateral al contrato.

179. Consideramos que dada la importancia de dichas decisiones, debiera reconocerse expresamente que en todo caso se deberá contar con la opinión previa de OSITRAN.

180. Tal recomendación también es aplicable al caso del primer párrafo de la cláusula 12.6, en el sentido que debe contarse con la opinión previa de OSITRAN para la revisión por parte del concedente de la obligación del concesionario para contratar los seguros.

IV.42 Posibilidad de revisión de los términos de la obligación de contratar seguros (Sección XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario, página 119 - 120)

181. En el literal a) de la cláusula 12.6 se considera como un impedimento real de la contratación de los seguros exigidos en los literales a) y b) (y c) si se acoge nuestra recomendación) cuando, entre otro supuesto, "el precio de la más baja de las primas disponibles en el mercado nacional e internacional hubiere experimentado por más de un año un aumento de valor superior a un treinta por ciento (30%) respecto de la prima pagada por el CONCESIONARIO por el mismo o análogo seguro el año inmediatamente anterior al precedente, o el período anterior si el seguro contratado fuere a plazo superior a un año."

182. Consideramos que no fijar un tope de años para el caso de periodos a que hace referencia esta cláusula podría traer como consecuencia que se consideren periodos de tiempo muy amplios con lo cual el aumento en más de 30% del valor de la prima pagada en el período anterior no se deba al alto costo de las mismas sino a la inflación o al transcurso del tiempo. Recomendamos incluir el tope de 5



277



años para efecto del cálculo del periodo, lo cual no impide contratar seguros por un número mayor de años; ya que en este caso se tendría que actualizar el precio para realizar una comparación objetiva.

IV.43 Estudio de Impacto Ambiental (Sección XIII: Consideraciones Socio Ambientales, páginas 124 - 126)

183. Los penúltimos párrafos de las cláusulas 13.6 y 13.7 mencionan que "el incumplimiento de las obligaciones de carácter ambiental previstas en este Contrato, distintas de aquellas que emanan de la Legislación Ambiental, dará lugar a la imposición de Penalidades, de acuerdo con lo establecido en la Tabla N° 7 del Anexo IX del presente Contrato".
184. Consideramos que la redacción de los párrafos mencionados podría llevar a interpretar que sólo podrá ser objeto de sanción a través de penalidades los incumplimientos de carácter ambiental dispuestas en el Contrato de Concesión. Sin embargo, recomendamos que se precise que la aplicación del régimen de penalidades no excluye la aplicación de sanciones administrativas vía Reglamento de Infracciones y Sanciones por OSITRAN o por otra autoridad ambiental competente cuando la norma establezca sanciones ambientales.
185. Para ello, proponemos la siguiente redacción:

"Sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas, el incumplimiento de las obligaciones de carácter ambiental previstas en este Contrato dará lugar a la imposición de Penalidades, de acuerdo con lo establecido en la Tabla N° 7 del Anexo IX del presente Contrato".

IV.44 Especificaciones Socio Ambientales para las obras de Rehabilitación y Mejoramiento (Sección XIII: Consideraciones Socio Ambientales, páginas 128 - 134)

186. Consideramos que las acciones, planes y documentos mencionados en el literal c) de la cláusula 13.14, literal b) de la cláusula 13.17 (último párrafo) y cláusula 13.17 (penúltimo párrafo) deben ser sometidos a la aprobación de la Autoridad Ambiental Competente, sin perjuicio de que OSITRAN tenga conocimiento del mismo.
187. En el literal b) de la cláusula 13.19, se señala que corresponde al CONCESIONARIO determinar la ubicación y cantidad de los accesos peatonales y vehiculares temporales, como asimismo el plazo para su instalación, previa coordinación con el REGULADOR.
188. Consideramos que debe ser una responsabilidad del Concesionario proponer la ubicación y cantidad de tales accesos, debiendo el Regulador previa opinión del Supervisor de Obras aprobar o no dicha propuesta.

IV.45 Opiniones previas (Sección XV: Competencias Administrativas, página 162)

189. El párrafo final de la cláusula 15.1 señala que "toda opinión o aprobación emitida por el CONCEDENTE o el REGULADOR, al ser comunicada al



e77



CONCESIONARIO, deberá ser enviada con copia a la otra entidad, según sea el caso”.

190. Señalamos que esta disposición podría resultar engorrosa al obligar al concedente o al regulador a comunicar todas sus acciones y decisiones al concesionario y a la otra entidad (OSITRAN o MTC, según corresponda), lo cual además de cargar de información a veces innecesaria implica un uso ineficiente de recursos. Por ello proponemos que tal obligación se sujete a que tal opinión o aprobación, surta efecto sobre el regulador o el concedente.

IV.46 Competencias y facultades del regulador (Sección XV: Competencias Administrativas, página 163)

191. En la cláusula 15.3 se hace referencia a la Ley N° 26917 y a la Ley 27732, como normas que contienen las potestades atribuidas a OSITRAN. Al respecto, se observa un error de tipeo debiendo decirse Ley 27332.
192. Igual recomendación es aplicable al primer párrafo de las cláusulas 15.6.

IV.47 De la potestad sancionadora (Sección XV: Competencias Administrativas, página 108)

193. En la cláusula 15.6 de la nueva versión del Contrato de Concesión se establece la competencia del Regulador para aplicar sanciones al Concesionario.
194. A fin de que la cláusula 15.6 del Contrato recoja con mayor precisión lo establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN recomendamos la inclusión del siguiente texto como segundo párrafo de la cláusula 15.6:

Las sanciones e infracciones que imponga el REGULADOR de acuerdo a su marco legal son de aplicación supletoria a las que expresamente se encuentren previstas en el presente Contrato.

Sin perjuicio de ello, el régimen de penalidades contractuales contenidas en el presente Contrato no excluye la aplicación del régimen de sanciones establecidas en el marco legal del REGULADOR de conformidad con lo establecido por el numeral 232.1 del artículo 232° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.”.

195. Como señaláramos en el informe a la versión anterior de Proyecto de Contrato el principio “Non bis in idem” 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 232 de la LPAG ha contemplado la posibilidad de que coexistan estas dos figuras.



eyj



196. En este sentido, la existencia de penalidades no exonera al concesionario de ser acreedor a Sanciones Administrativas por parte del Regulador. 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 acudirá a los mecanismos contractuales de solución de controversias pactados por las partes.
197. Es necesario considerar que es interés de OSITRAN, con el fin de velar por la correcta aplicación de su marco normativo, que el contrato de concesión no contenga "penalidades" por incumplimientos del concesionario respecto al marco normativo regulatorio, lo que será sancionado de acuerdo al reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (RIS).
198. A efectos de guardar coherencia con la modificación propuesta al segundo párrafo de la Cláusula 15.6 , sugerimos modificar el tercer párrafo en los siguientes términos:

"Las sanciones administrativas impuestas, entre otras autoridades administrativas, por la Administración Tributaria, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán al CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento.
(REVISADO MAX-FALTA REVISIÓN GAL)

IV.48 Aporte por regulación (Sección XV: Competencias Administrativas, página 166)

199. En la cláusula 15.11 de la actual versión del Contrato de Concesión se establece que *"el REGULADOR estará facultado para cobrar al CONCESIONARIO el 1% de los recursos que reciba por concepto de Peaje"*
200. Consideramos que esta cláusula no concuerda con el artículo 14º de la Ley Nº 26917 (que incluso se cita en la cláusula bajo comentario) y en el artículo 10º de la Ley Nº 273332, por cuanto allí se fija que el aporte por regulación se calcula sobre la base del 1% de su facturación anual. Dado que el Contrato de Concesión establece que el concesionario percibirá no sólo ingresos por concepto de peaje, sino otros ingresos; la base para el cálculo debe ser el 1% de todos los ingresos facturados por éste.
201. Asimismo, se debe precisar que dicho aporte será destinado a cubrir no solo los gastos vinculados a la supervisión de la Concesión, sino también los relacionados al cumplimiento de las otras funciones del Regulador. En consecuencia proponemos la siguiente redacción:

"APORTE POR REGULACIÓN



Handwritten signature or initials.



15.11. El REGULADOR estará facultado para cobrar al CONCESIONARIO el aporte por regulación a que se refiere el Artículo 14 de la Ley N° 26917 y 10° de la Ley N° 27332, en los términos y montos a que se refieren dichos dispositivos legales.

202. En síntesis, cabe señalar que de acuerdo a lo previsto en el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917 y el artículo 10° de la Ley N° 27332, la tasa de Regulación deberá calcularse sobre el monto total de la facturación anual del Concesionario, en tal sentido la redacción propuesta por PROINVERSION estaría contraviniendo la norma, y el Aporte por Regulación se estaría calculando sobre una base errada.

IV.49 Término por Incumplimiento del concesionario (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, páginas 167 - 170)

203. En el literal k) de la cláusula 16.4 se cita como causal para la terminación del Contrato de Concesión a "la expedición de una orden administrativa firme o judicial, consentida o ejecutoriada, por causas imputables al CONCESIONARIO que le impidan realizar una parte sustancial de su negocio o si ésta le impone un embargo, gravamen o secuestro que afecte a todos los bienes de la Concesión o parte sustancial de aquellos del CONCESIONARIO y si cualquiera de estas medidas se mantiene vigente durante más de noventa (90) Días Calendario o dentro del plazo mayor que haya fijado el REGULADOR por escrito, el cual se otorgará cuando medien causas razonables".

204. Al respecto, consideramos que la causal no sólo se debe referir a la afectación total de los bienes de la Concesión, sino también a una afectación de una parte sustancial de los mismos. Por otro lado, si la afectación a una parte sustancial a los bienes del CONCESIONARIO constituye también causal, consideramos que se puede incluir el caso de la afectación total a los bienes del CONCESIONARIO destinados al cumplimiento de la concesión.

205. En la nueva versión literal r) de la Cláusula 16.4 del proyecto de Contrato se introduce como nueva causal de resolución de Contrato originada en el incumplimiento, por parte del Concesionario en acreditar el Cierre Financiero en los plazos establecidos en la Cláusula 3.5. Al respecto hay que reiterar lo comentado en relación con los plazos establecidos en la Cláusula 3.5, en el sentido de que la realización de esta causal podría depender de aspectos que no estarían bajo el control del Concesionario, siendo posible que el Cierre no sea posible en razón al propio Contrato, razón por la cual sugerimos atender la sugerencia y de ser el caso eliminar esta causal y reemplazarla por algún tipo de penalidad que constituya un incentivo más alineado con los fines de la concesión, de lo contrario se podría estar propiciando una resolución que no es solamente onerosa para el Concesionario sino que también para el Concedente.

206. Por otra parte, la nueva versión de proyecto de Contrato introduce una nueva Cláusula (16.5) en la que se establece una fórmula para el reconocimiento de Obras efectuadas por el Concesionario en caso de terminación de la Concesión por causal originada en su responsabilidad, el mecanismo está basado en el sistema de PAO. En la medida que hemos formulado nuestra opinión contraria a la utilización de PAO en la presente Concesión consideramos inadecuado el mecanismo de resarcimiento propuesto.



077



IV.50 Término por Incumplimiento del Concedente (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, páginas 172 - 174)

207. El literal b) de la cláusula 16.7 cita como causal de término del Contrato de Concesión al "incumplimiento del REGULADOR en la emisión de uno de los CAO, en los plazos previstos en el Numeral 3.1 y 3.2 del Anexo A."
208. Como se ha mencionado, esta causal está condicionada a que PROINVERSION mantenga el régimen de financiamiento mediante CAO.
209. El literal c) de la cláusula 16.7 se cita como causal de término del Contrato de Concesión el "incumplimiento del CONCEDENTE en la entrega de la totalidad de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión en los plazos previstos en la Cláusula 5.7 y 5.6.
210. Consideramos que la causal de resolución establecida en el literal c), constituye un riesgo muy elevado para el desarrollo de la Concesión, dadas las dificultades que se han venido observando en las concesiones actuales. En caso se requiera incluirla en este contrato de Concesión como causal, recomendamos a PROINVERSION informar al Concedente con anticipación sobre la situación de los terrenos a ser entregados, a fin de que éste realice una oportuna planificación para evitar la resolución del Contrato, asimismo el establecimiento de los plazos de entrega por parte de PROINVERSION debe responder al conocimiento previo de la situación de los terrenos basada en estudios y diagnósticos adecuadamente efectuados, así como a una evaluación realista de las capacidades del CONCEDENTE para realizar oportunamente la tarea.
211. Adicionalmente, la nueva versión de la Cláusula 16.7 introduce en el nuevo literal e) una nueva causal de resolución consistente en el incumplimiento por parte del CONCEDENTE en el pago de dos PAMO trimestrales consecutivos.
212. La introducción de este literal es un reflejo evidente de los riesgos que se originan con la inclusión del modelo de PAMO en una concesión autosostenible (onerosa).
213. La inclusión de la intervención del Concedente en la asignación de los flujos de la concesión (a través de Pagos) origina riesgos adicionales que son completamente innecesarios en la modalidad autosostenible (onerosa). Esta intervención podría derivar en la elevación del costo del financiamiento de la concesión, en la medida que la discrecionalidad al originar demoras puede dificultar el repago de la deuda contraída con los Acreedores Permitidos, a su vez genera penalidades para el Concedente en el caso de demoras.
214. El numeral 16.8 A hace referencia al pago al Concesionario por la terminación de la concesión mediante la fórmula contenida en la Cláusula 16.5 anteriormente comentada.
215. El artículo 16.8 B hace referencia al literal f) de la Cláusula 16.7, el mismo ha sido eliminado de la nueva versión de Contrato.

AM

017



IV.51 Fideicomiso de Administración (Sección XX: Fideicomiso de Administración, página 190)

216. En la cláusula 20.3 de la nueva versión del Contrato de Concesión se establece plazos menores a los planteados en la versión anterior, además los plazos han sido establecidos en "días calendario", Como se dijo anteriormente, recomendamos que se uniformicen los plazos en el Contrato de Concesión, y que estos sean establecidos en "días útiles".
217. Por otra parte a fin de que el Regulador cuente con un plazo suficiente para realizar el análisis del proyecto de Contrato de Fideicomiso y así como para poder comunicar la aprobación del mismo, recomendamos que los plazos para estas actividades sean ampliados.
218. En tal sentido proponemos la siguiente redacción :

20.3. A más tardar a los treinta (30) Días de la Fecha de Suscripción del Contrato, el CONCESIONARIO deberá presentar al CONCEDENTE, con copia al REGULADOR un proyecto de Contrato de Fideicomiso.

Posteriormente, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR dispondrá de un plazo de treinta (30) Días para la aprobación de dicho proyecto. En caso que en dicho plazo el CONCEDENTE formule observaciones al proyecto de contrato, el CONCESIONARIO deberá subsanarlas en un plazo no mayor de diez (10) Días, debiendo remitir dicho proyecto al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, quien dispondrá de un plazo de diez (10) Días para su pronunciamiento.

Transcurrido el plazo de diez (10) Días, a que se refiere el párrafo anterior, según sea el caso, y el CONCEDENTE no se hubiere pronunciado, se entenderá que el proyecto de contrato se ha aceptado y aprobado, debiendo el CONCESIONARIO remitir al CONCEDENTE y REGULADOR una copia del contrato suscrito legalizado notarialmente

IV.52 Ajuste del PAO por Variaciones en la Tasa de Interés (Anexo XI: Variaciones del PAO y PAMO, página 234)

219. En el Anexo IX del Contrato de Concesión se señala que el PAO será ajustado en caso la tasa de endeudamiento supere la tasa utilizada por PROINVERSION para el cálculo del PAO. Se indica además que dicha tasa es del 7%
220. El ajuste propuesto en el Proyecto del Contrato de Concesión, compensa en el 100% de la diferencia entre la tasa prevista o utilizada por PROINVERSION y la que obtenga el Concesionario al momento de lograr su cierre financiero. Este mecanismo garantiza al Concesionario una compensación segura por el diferencial de tasas de interés, lo que reduce los incentivos al Concesionario de buscar las mejores condiciones financieras para el proyecto, es decir tasas de interés más bajas.
221. El riesgo de financiamiento debe ser asumido en su totalidad por el Concesionario, razón por la cual somos de la opinión que debe retirarse este tipo de ajuste al PAO.



077



222. Permitir un ajuste por tasa de interés genera al Estado incertidumbre respecto al monto que deberá desembolsar por éste concepto, en tal sentido somos de la opinión que debe eliminarse, u en todo caso se debe aplicar un tope al monto que el Concedente reconocerá por este concepto, como ha sido incluido en los contratos de los tres tramos de la Carretera Interoceánica Sur: Perú – Brasil.

IV.53 Ajuste del PAMO (Anexo XI: Variaciones del PAO y PAMO, página 236)

223. En el Anexo IX se precisan dos tipos de ajustes que podrá hacerse al PAMO:
- 1.- Ajuste cada 05 años
 2. Ajuste anual por inflación
224. Se entiende que el PAMO es el pago que recibe el Concesionario por los servicios de mantenimiento al tramo vial, cuyo principal componente son los costos de la prestación de estos servicios (materiales, mano de obra, entre otros). Toda vez que se tiene previsto un ajuste anual por inflación, las variaciones en los costos de la prestación de este servicio serían ajustados de forma periódica. En tal sentido, resulta innecesario que se realice un ajuste adicional como lo plantea PROINVERSION en el Proyecto de Contrato de Concesión, aceptar este ajuste implicará una doble compensación para el Concesionario y por tanto un mayor gasto para el Estado Peruano.

IV.54 Anexo I: Procedimientos para la Conservación, Explotación, control y guía para el desarrollo del sistema de gestión para la conservación de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Centro

225. Uno de los beneficios de la participación de empresas privadas en un programa de concesiones, es que a partir de la iniciativa de éstas, se modernice la gestión de las infraestructuras concesionadas.
226. Cabe resaltar que dicha modernización debe ser dinámica, dado que las técnicas, procedimientos y tecnología varían a través del tiempo, más aun considerando que los plazos de las concesiones alcanzan a los 30 años.
227. Por tal motivo, las concesiones de infraestructura debieran incidir en la calidad de los servicios prestados, estableciendo indicadores objetivos que permitan determinar en forma clara, el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales de una empresa concesionaria.
228. En consecuencia, debiera evaluarse la conveniencia de que en un Contrato de Concesión se establezca en forma detallada y precisa, la obligación de establecer un Sistema de Gestión que faculte al Concedente, la toma de decisiones futuras con respecto a las obras de mantenimiento de la infraestructura.
229. La Cláusula 7.6, establece que es responsabilidad del CONCESIONARIO definir las técnicas, procedimientos y la oportunidad de las labores de conservación y mantenimiento, así como de presentar al REGULADOR un plan referencial de acuerdo a las normas de supervisión establecidas por el REGULADOR. Pero a



077



la vez, indica que, el plan de Conservación y Mantenimiento en caso sea modificado, deberá ser aprobado por el CONCEDENTE.

230. Además en la misma Cláusula se indica que, dicho plan incluirá la descripción y justificación de las políticas utilizadas, el cronograma de las operaciones a realizar, las mediciones de índices sobre las que se basa y su justificación técnica general, todo ello de conformidad con las disposiciones del Anexo I del Contrato y de su propuesta técnica; en tal sentido el Anexo I, establece, no propone, la ejecución de todo un procedimiento para la implementación de los sistemas de gestión, considerando la tecnología actual que en el largo plazo podría sufrir variaciones. El procedimiento obligaría a realizar un seguimiento al detalle de las actividades que debe cumplir el Concesionario para la determinación de los Niveles de Servicio de los Parámetros de Condición que garantizan una adecuada serviciabilidad, distorsionando la acción del Regulador de verificar el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario mediante resultados
231. El Tercer párrafo de las Generalidades del Anexo I indica, que dicho documento establece con claridad las obligaciones del Concesionario en programar y ejecutar las tareas de conservación, así como de monitorear los parámetros de condición de la infraestructura.
232. Pero a la vez, de la lectura del Anexo I se establece los derechos del Concedente, por intermedio del Regulador, de fiscalizar el cumplimiento de todos los parámetros y niveles de servicio a través de la medición, proponiendo plazos, frecuencias y períodos de medición. De esta forma, el Concedente está interviniendo en forma directa sobre el ejercicio de la función supervisora, la cual le compete a este Organismo.
233. Mediante dicha intervención, el Concedente podría requerir que se limite, o sesgue, los pronunciamientos de este Organismo Regulador, el cual tiene la responsabilidad legal de ejecutar su función supervisora, de manera imparcial.
234. Dicho grado de intervención en el ejercicio de la función supervisora, se refleja a manera de ejemplo en los siguientes casos:
- En el numeral 3.2 se señala que el **Concesionario someterá a consideración del Concedente el "Programa de Conservación"** para el correspondiente periodo anual, que describa las obras, trabajos, actividades, operaciones, acciones y cuidados propios de la conservación de la infraestructura vial que prevé ejecutar, con los diseños y especificaciones que correspondan. **Una vez que el Concedente haya aprobado el programa de mantenimiento**, las obras se ejecutaran entre el décimo mes del año corriente y segundo mes del año siguiente. La verificación de la efectividad de los trabajos ejecutados se realizara mediante el monitoreo del nuevo ciclo de gestión.
 - En el numeral 3.5 se señala que, **el Concedente a través del Regulador** o quien este designe, tendrá la facultad de auditar los sistemas de gestión que desarrolle el Concesionario antes de su puesta en operación, en las partes o



017



módulos que corresponda: bases de datos de inventarios-archivos de entrada, programas de calculo y procesamiento de bases de datos de inventarios, archivos de salida, bases de datos de sistemas de información geográfica, elección de indicadores, calculo e indicadores, selección de políticas de intervención, etc¹⁹

- En el numeral 3.6 se indica que, el Concesionario deberá proponer un programa para el control de calidad de los ensayos, mediciones y operaciones que realice. Por su parte el **Concedente, a través del Regulador** o terceros, podrá aplicar un programa de aseguramiento de calidad de las actividades desarrolladas como parte de la implementación de los sistemas de gestión²⁰.
- En el numeral 3.11 se indica que, **el Concedente, a través del Regulador o a quien este designe**, podrá desarrollar las tareas de fiscalización que crea conveniente, a fin de verificar el cumplimiento de la ejecución de los tipos de intervenciones que corresponda efectuar sobre los pavimentos de acuerdo a lo indicado en el Apéndice 5 (planilla para el sistema de gestión de pavimentos).
- En el numeral 3.20 se indica que el **Concesionario someterá a consideración del Concedente** el programa de Conservación para el correspondiente periodo anual (...). Una vez que el Concedente haya aprobado el programa de mantenimiento, las obras se ejecutarán entre el décimo mes del año corriente y el segundo mes del año siguiente.
- En el numeral 3.21 se señala que de ser necesario los plazos indicados podrán variarse a criterio del Concesionario y **con aprobación del Concedente a través del Regulador (...)**.
- En el numeral 3.24 se dice que las intervenciones de mantenimiento rutinario se producirán en forma inmediata , en los plazos indicados en el mismo apéndice; estos trabajos de igual manera deberán ser realizados **en forma coordinada con el Concedente a través del Regulador**, quien deberá igualmente dar previamente su aprobación.
- En el literal 3.25 se señala que, en forma interna el Concesionario deberá programar inspecciones motorizadas diarias, con la finalidad de detectar eventos (...), sin que medie notificación o autorización previa ninguna. Posteriormente el **Concesionario informara al Concedente de todas las intervenciones ocurridas** en ese sentido.
- Seguidamente el numeral 3.26 indica que, en caso que el Concesionario no tome acciones por propia iniciativa, para los casos referidos en el numeral anterior , se activaran las notificaciones y solicitudes que se consignan en el apéndice 7, **debiendo ejecutarse las intervenciones que indique el Concedente, a través del regulador** o el Supervisor, en los plazos fijados.

¹⁹ En la versión anterior del Anexo 1 este texto correspondía al numeral 4.20

²⁰ En la versión anterior del Anexo 1 este texto correspondía al numeral 4.21



077



- El numeral 3.28 señala que los **programas para el control de Calidad deberán someterse a la aprobación del Concedente**, sin perjuicio que este pueda ejercer posteriormente intervenciones que conlleven al aseguramiento de la calidad.
- En el numeral 3.31 se indica que, **El Concedente, a través del Regulador**, llevará adelante las tareas de aseguramiento de la calidad, de los controles ejercidos por el Concesionario para la medición y monitoreo de los niveles de servicio, análisis de datos, elaboración de documentos técnicos, o de la ejecución de las intervenciones que corresponda sobre la infraestructura vial, etc, esto es: la verificación por muestreo y medición independiente, de los resultados obtenidos en todos los procesos en general; en particular los resultados de los ensayos realizados para el control de los niveles de servicio individuales y globales determinados mediante el Sistema de Gestión, por ejemplo²¹.

235. En tal sentido, el Anexo I debería ser una propuesta de procedimientos a ser tomada por el Concesionario, para efectuar el control de los parámetros de condiciones de serviciabilidad, y debería indicarse que, de sustentar el Concesionario procedimientos innovando tecnología, éstos podrían ser aprobados por el Regulador. Asimismo, el Contrato de Concesión debiera limitarse a la definición de los estándares de serviciabilidad y de calidad del servicio, los cuales deben ser materia de verificación por parte de OSITRAN.

VI. CONCLUSIONES

Del análisis precedente las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN extraen las siguientes conclusiones.

236. El Proyecto de Contrato de Concesión a título oneroso elaborado por PROINVERSION, contempla la aplicación de un mecanismo de financiamiento vinculado a un modelo de contrato diseñado para Concesiones Cofinanciadas (IIRSA Norte, Interoceánica).
237. El modelo de concesión propuesto por PROINVERSION implica un control de parte del Concedente de las decisiones de inversión y financiamiento que debe realizar la empresa concesionaria, y en tal sentido; una transferencia de los riesgos propios de la concesión al ente Concedente. Desde el punto de vista regulatorio, esta asignación de riesgos introduce incentivos para una menor eficiencia por parte del Concesionario con relación a la demanda del tráfico, costos e inversiones.
238. Desde el punto de vista regulatorio, un esquema de pagos garantizados por PAO y PAMO resulta incompatible con el factor de competencia propuesto por PROINVERSIÓN (el Nivel de Riesgo de Ingresos - que determina el Menor Ingreso Mínimo Anual Garantizado). Cabe señalar que el tramo a ser concesionado, genera ingresos anuales de aproximadamente US\$ 9 millones,

²¹ En la versión anterior del Anexo 1 este texto correspondía en parte al numeral 3.15



277



además se proyectan ingresos por recaudación superiores a US\$ 13 millones. Por lo tanto la posibilidad del Concesionario de obtener financiamiento directo para obras valorizadas en aproximadamente US\$ 88 millones (incluido el IGV) es posible. Asimismo, debe tenerse presente que el cambio de modalidad (a un mecanismo sin PAO y PAMO) reduciría las obligaciones del Estado de largo plazo y éstas se justificarían para el caso de concesiones cofinanciadas, compatible con el Rol Subsidiario del Estado.

239. OSITRAN como organismo regulador y supervisor especializado considera que la supervisión de los Contratos de Concesión debería incidir en la calidad de los servicios prestados, debiendo centrarse en el cumplimiento de metas o resultados objetivos por parte del concesionario, mecanismo más eficiente que el contenido en el Anexo I; y, que garantiza a su vez un mejor uso de los recursos escasos del Estado.
240. La intervención del Concedente en las actividades de supervisión del Contrato de Concesión, que se establecen en el Anexo I del proyecto de Contrato de Concesión contraviene las funciones y principios establecidos en las leyes Nos.26917 y 27332 y sus normas complementarias, aplicables a concesiones de infraestructura de transporte de uso público.
241. OSITRAN considera necesaria la modificación del modelo de concesión propuesto por PROINVERSION, reduciendo la intervención del Concedente en el financiamiento, control de la gestión, determinación de la proporción entre inversión y gastos de mantenimiento y operación.

V. RECOMENDACIÓN

Remitir a PROINVERSIÓN el análisis y las recomendaciones contenidas en el presente informe a fin de que ser revise el Proyecto de Contrato materia de análisis.

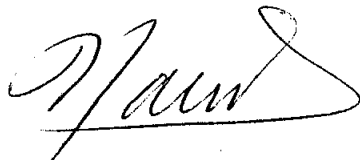
Atentamente,



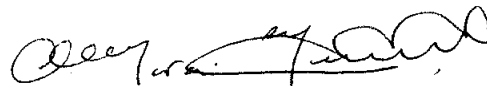
GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación



PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Gerente de Asesoría Legal (e)



FERNANDO LLANOS CORREA
Gerente de Supervisión



CHRISTY GARCÍA-GODOS NAVEDA
Analista de Regulación

ANEXO I

IDENTIFICACION Y ASIGNACION DE LOS RIESGOS ENTRE CONCEDENTE Y CONCESIONARIO

¿Cuál es el riesgo?	¿Cómo surge?	¿Cómo debe ser asignado?
Riesgo de Diseño y desarrollo		
Defectos de diseño	Especificaciones técnicas exigidas por el Estado	Riesgo lo asume el Concedente
	Falla del diseño de la propuesta técnica	Concesionario asume el riesgo
Riesgo de Construcción		
Incrementos 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 la culminación 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



¿Cuál es el riesgo?	¿Cómo surge?	¿Cómo debe ser asignado?
---------------------	--------------	--------------------------

Riesgo de Costos Operativos

Incrementos 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 el riesgo
Incrementos de precios de insumos	Precios exógenamente determinados por el mercado	Depende de quien esté en mejor capacidad de asumirlo

Riesgo de Ingresos

Cambios tarifarios	En concordancia con los términos del contrato	Concesionario asume el riesgo
	Incumplimiento por parte del Concedente	Concedente asume el 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

Riesgo Financiero

Tipos 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	Concedente asume el riesgo

Riesgo por Fuerza Mayor

"Actos de Dios"	Terremotos, aludes y huelgas	Concesionario asume el riesgo
Cambios legales	Cambios en el marco legal	Generalmente, concesionario asume el riesgo
	Cambios legales o contractuales específicos que afectan la Concesión	Concedente asume el riesgo
Fuerza Mayor Política	Ruptura o caducidad del contrato (expropiación, etc)	Concedente asume el riesgo

Riesgo por Medio Ambiental

Incidentes ambientales	Falla del Operador	Concesionario asume la responsabilidad
	Pasivo ambiental preexistente	Concedente asume el riesgo

Fuente: Adaptado de Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor (1998)

¹ Kerf M., Gray D., Irwin T., Levesque C. y Taylor R. (1998) "Concessions: A Guide to the Design and Implementation of Concesión Arrangements for Infrastructure Services", The World Bank, PPI Group

