

CARGO

Lima, 16 de marzo de 2009

OFICIO N° 027-09-SCD-OSITRAN

Señor
CAYETANA ALJOVÍN GAZZANI
Directora Ejecutiva
PROINVERSION
Paseo de la República N° 3361
San Isidro.-



Asunto : Opinión Técnica de OSITRAN

Referencia : 128-2009-DE/PROINVERSION

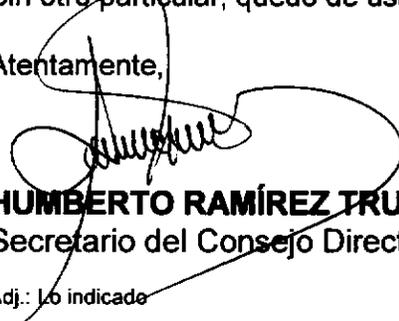
De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle el Acuerdo N° 1153-307-09-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo, en su Sesión N° 307-2009-CD-OSITRAN (Virtual) de fecha 16 de marzo de 2009.

Al respecto, remito a usted copia fedateada del referido Acuerdo, así como copia simple del Informe N° 008-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, respectivamente, conteniendo la Opinión Técnica en relación a la versión final del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de la Autopista del Sol, Tramo Trujillo-Sullana, remitido PROINVERSIÓN con fecha 03 de marzo de 2009, mediante el oficio de la referencia.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


HUMBERTO RAMÍREZ TRUCÍOS
Secretario del Consejo Directivo

Adj.: Lo indicado

CM/gv
Reg. Sai. SCD N° 4797-09
HR.3905



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

**Opinión sobre el Proyecto de Versión Final del Contrato de
Concesión (al 02.03.2009) del Proyecto de la Autopista el Sol
Tramo Trujillo – Sullana**

**ACUERDO No. 1153-307-09-CD-OSITRAN
de fecha 16 de marzo de 2009**

Vistos el Informe N° 008-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN, Oficio N° 128-2009-DE/PROINVERSION del 03 de marzo de 2009, y la Versión Final del Contrato de Concesión (al 02.03.2009) del Proyecto de la Autopista el Sol Tramo Trujillo – Sullana; 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, así como las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701, Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas y su Reglamento, Decreto de Urgencia N° 047-2008 y los Lineamientos para Emisión de Opiniones de Nuevos Contratos de Concesión, acordó por unanimidad:

a) Aprobar el Informe N° 008-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN que emite Opinión Técnica sobre el Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol del Tramo Trujillo - Sullana", versión 2 de marzo de 2009, en este sentido, se acuerda:

- No es factible la emisión de una opinión técnica debidamente sustentada por parte del Regulador, con relación a los temas tarifarios, pues no se cuenta con la información necesaria para tal pronunciamiento, correspondiéndole a PROINVERSION sustentar si las tarifas y los montos del IMAG son los más apropiados para este tipo de concesión.

- Emitir opinión favorable con relación las materias relacionadas con la calidad de servicio, la cual queda condicionada a la implementación de las sugerencias planteadas en el Informe aprobado en el numeral a)

- No corresponde emitir opinión sobre facilidades esenciales toda vez que las carreteras no se encuentran dentro de la lista de facilidades esenciales sujetas al Reglamento Marco de Acceso - REMA de OSITRAN

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

Certifico que la fotostática es fiel copia del original que he leído y de vista
Fecha 16 MAR 2009
Dr. C. PAOL M. MERCADO FLORES
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- b) Señalar que la presente Opinión Técnica de OSITRAN se basa exclusivamente respecto de las competencias asignadas al Regulador, en virtud de lo establecido en el Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas.
- c) Notificar el Informe N° 008-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a PROINVERSION.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

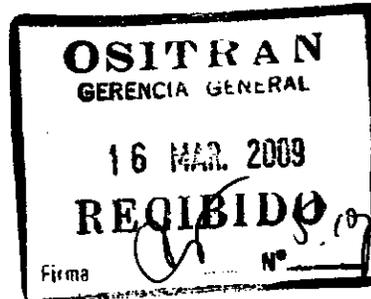
Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

.....
Certifico que la fotostática es fiel copia del
original que he leído y verificado.
Fecha:
Dr. **PAOLO CARRACADO FLORES**
Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN
15 MAR. 2009



OSITRAN

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



INFORME N° 008-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Para : **Jorge Montesinos Córdova**
Gerente General

De : **Lincoln Flor Rojas**
Gerente de Regulación

Carlos Fierro Garces
Analista de Regulación

Héctor Kuang Salas
Gerente de Supervisión (e)

Humberto Ramírez Trucíos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión (al 02.03.2009) del Proyecto de la Autopista el Sol Tramo Trujillo – Sullana.

Fecha : 16 de marzo de 2009

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 128-2009-DE/PROINVERSION del 03 de marzo de 2009, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión (al 02.03.2009) del Proyecto de la Autopista el Sol Tramo Trujillo – Sullana.
2. Mediante Correo electrónico de fecha 04 de marzo del 2009, PROINVERSION remite copia de la versión electrónica final del Contrato de Concesión (al 02.03.2009) del Proyecto de la Autopista el Sol Tramo Trujillo – Sullana. Dicha versión se solicitó con la finalidad de compararla e identificar las modificaciones con otros Contratos de Concesión de similar envergadura.

II. OBJETO

3. El objetivo del presente Informe es emitir opinión respecto a la concordancia entre el Proyecto de la versión final del Contrato de la referencia, remitido por PROINVERSIÓN, y el marco normativo regulatorio a cargo de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27701 y el Artículo 37° del Decreto Supremo N° 044-2007-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, así como en lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF.



III. MARCO LEGAL

4. El 13 de mayo de 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante, Ley Marco de APP's).
5. Al respecto, el inciso 9.3 del Artículo 9° de la Ley Marco de APP's señala que el diseño final del contrato de asociación público – privada "... requerirá la opinión del organismo regulador correspondiente...".
6. Asimismo, el último párrafo del inciso 9.3 precisa que "[l]os informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales."
7. El 9 de diciembre de 2008, se publicó el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 (en adelante, Reglamento de la Ley Marco de APP's).
8. Sobre el particular, el Artículo 8° del mencionado Reglamento señala que "...el diseño final del contrato y las modificaciones que se produzcan a la versión final del mismo, requerirán la opinión favorable ... del organismo regulador ..."
9. En ese sentido, el inciso 11.1 del Artículo 11 del Reglamento de la Ley Marco de APP' señala que "... la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la ley se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato."
10. El 18 de diciembre de 2008, se publicó el Decreto de Urgencia N° 047-2008 el cual, entre otras cosas, mediante su Artículo 1° señala que dicha norma tiene por objeto "... dictar disposiciones extraordinarias para la facilitación de las asociaciones público privadas a través de las concesiones ..."; en tanto que a través de su Artículo 2° declara de necesidad nacional y de ejecución prioritaria por parte de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, los procesos de promoción de la inversión privada vinculados con la concesión de diversos proyectos, entre los que se encuentra la Autopista del Sol.
11. El Artículo 6° del mencionado Decreto de Urgencia señala que "las opiniones previas...respecto de los proyectos a que se refiere el Artículo 2°, se efectuarán respecto de la versión final del contrato de concesión y únicamente respecto de aquellos aspectos de su estricta competencia."
12. Asimismo, dicha norma precisa que "[e]n ningún caso las entidades podrán emitir opinión respecto de aspectos vinculados con el diseño de la transacción y/o proceso de promoción de la inversión privada, el cual corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo de PROINVERSIÓN."
13. Como se aprecia, el Decreto de Urgencia en mención contiene disposiciones que, de un lado, flexibilizan el régimen general de promoción de APP's establecido por la



Ley Marco de APP's y su Reglamento¹, además de constituir una excepción al régimen legal vigente en materia de inversión pública; todo ello con el objeto de acelerar el procedimiento de otorgamiento en concesiones en asociaciones público – privadas.

III. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

14. Con relación a la emisión de opinión de OSITRAN respecto del contrato de concesión, resulta natural que la materia objeto de opinión deba versar exclusivamente respecto de las competencias asignadas al Regulador.
15. En virtud de ello es que el primer párrafo in fine del Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008 delimita de manera general la facultad del Regulador de emitir opinión respecto del contrato de concesión de asociación pública privada al señalar que "las opiniones previas...respecto de los proyectos a que se refiere el Artículo 2°, se efectuarán respecto de la versión final del contrato de concesión y únicamente respecto de aquellos aspectos de su estricta competencia."
16. Sin embargo, como puede observarse de los antecedentes, el marco normativo especial vigente ha acotado en sentido positivo y negativo, la función del Regulador de emitir opinión respecto del proyecto final del contrato de concesión de asociación público – privada.
17. De esta manera, observamos que el inciso 11.1 del Artículo 11 del Reglamento de la Ley Marco de APP's ha delimitado de manera positiva la competencia del Regulador en la medida dicha norma señala que "... la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la ley se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato."

¹ A manera de ejemplo, tenemos que el Artículo 7° del Reglamento de la Ley Marco de APP's señala lo siguiente:

"Artículo 7°.- Asociaciones Público Privadas Cofinanciadas

7.1 *Los proyectos de provisión de infraestructura y servicios públicos a través de la modalidad de APP clasificados como cofinanciados, a que se refiere el numeral 9.2 de la Ley, deberán cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento y sus modificatorias y normas complementarias.*

(...)

[El subrayado es nuestro]

Al respecto, el Decreto de Urgencia ha establecido en su Artículo 3°, lo siguiente:

"Artículo 3°.- Viabilidad de los proyectos

La viabilidad de los proyectos a que se refiere el artículo anterior podrá ser otorgada con estudios a nivel de prefactibilidad."

[El subrayado es nuestro]

Por otra parte, tenemos que el Artículo 9° del Decreto de Urgencia, establece lo siguiente:

"Artículo 9°.- Reducción de exigencias legales

A partir del presente decreto de urgencia, los actos que a continuación se señalan requerirán únicamente de la aprobación del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN mediante acuerdo que deberá ser publicado en el Diario Oficial El Peruano:

- a. *Aprobación de la modalidad de promoción de la inversión privada y sus modificatorias.*
- b. *Aprobación de Plan de Promoción y sus modificatorias.*
- c. *A propuesta de la Dirección Ejecutiva de PROINVERSIÓN, la designación de los miembros de los Comités Especiales.*
- d. *Autorización de viajes al exterior con motivo de actividades de promoción.*



18. Por otra parte, en sentido negativo, observamos que el segundo párrafo del Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008 señala que "[e]n ningún caso las entidades podrán emitir opinión respecto de aspectos vinculados con el diseño de la transacción y/o proceso de promoción de la inversión privada, el cual corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo de PROINVERSIÓN."
19. En consecuencia, queda claro que en virtud del marco legal especial relacionado con la promoción de las concesiones en asociación público privadas, se ha limitado las materias respecto de las cuales el Regulador puede emitir opinión al analizar la versión final del contrato de concesión.

IV. CARACTERISTICAS GENERALES

20. En este capítulo se presentan comentarios generales al modelo de concesión propuesto con relación al proyecto de Contrato de Concesión presentado por PROINVERSION. En el siguiente capítulo se procederá a comentar y opinar sobre las cláusulas y anexos del mismo de manera específica.
21. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSION contempla las siguientes características²:
- Modalidad bajo la cual se entregará la concesión: Concesión a través de concurso de proyectos integrales.
 - Autosostenible: No requiere cofinanciamiento.
 - Extensión: 475 Km. aprox.
 - Factor de competencia: Variable que define al ganador del Concurso, entendiéndose ésta como la cantidad de kms continuos de segunda calzada que está dispuesto a construir el Concesionario, por encima del mínimo fijado por el Estado de la República del Perú.
 - Inversión Estimada: Será determinada de acuerdo a la oferta del postor adjudicatario de la buena pro. No incluye los costos de operación y conservación.
 - Ejecución de Obras: 4 años aproximadamente.
 - Plazo de Concesión: 25 años.

22. El Proyecto de la Autopista del Sol comprende una serie de intervenciones a realizarse en los Departamentos de La Libertad, Lambayeque y Piura, tales como³:

- (i) La construcción de vías de evitamiento entre Trujillo y Sullana;
- (ii) La Puesta a Punto de 475 Kms. aproximadamente de los tramos Trujillo-Chiclayo-Piura-Sullana⁴;
- (iii) La construcción de la segunda calzada entre Piura y Sullana (Obligatorio) y la construcción de la segunda calzada entre Trujillo y Chiclayo (como resultado del Concurso) y;

² Información recogida de www.proinversion.gob.pe

³ Información recogida de www.proinversion.gob.pe

⁴ La presente intervención corresponde ser ejecutada por el Concedente.



(iv) La operación y conservación de los tramos de la concesión.

La operación y conservación de la calzada existente entre Trujillo-Sullana, los evitamientos y el tramo de segunda calzada que construya el Concesionario se realizará a partir de la culminación de las obras y entrega de los tramos al Concesionario por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

23. OSITRAN asume la supervisión y regulación de las concesiones de los tramos viales nacionales.

24. Se ha incluido en este Contrato de Concesión, la construcción de la segunda calzada del tramo Sullana-Piura, el óvalo de las lomas en Sullana, completar el evitamiento Trujillo a dos calzadas, ampliar el óvalo de Huanchaco y construir dos óvalos y dos pasos a desnivel en Trujillo. Dichas obras se deberán iniciarse en un plazo de 30 Días de haber acreditado el cierre financiero.

25. Sobre el factor de competencia cabe realizar las siguientes apreciaciones:

1. Es la segunda vez que un factor de competencia de este tipo se aplica en una concesión de infraestructura de transporte en el Perú (la primera fue para la Red Vial N° 4). En efecto, como se muestra en el siguiente cuadro, en anteriores procesos de concesión de las redes autosostenibles se ha utilizado como factor de competencia "la mayor retribución al Estado". Así queda de manifiesto en el Red Vial N° 5 (Ancón - Huacho - Pativilca) y en la Red Vial N° 6 (Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica).

Asimismo, conviene señalar que el factor de competencia es poco usado en la región latinoamericana. Según una publicación del Banco Mundial⁵, se registra un caso similar en la concesión Brasil - Paraná. El factor habitual en la región ha sido el menor peaje y el mayor pago (canon) al Estado.



⁵ Privatización y Regulación de Infraestructura de Transporte, una guía para reguladores, Banco Mundial y Alfaomega (p. 277)



Cuadro N° 1
Factores de Competencia Aplicados en Concesiones de
Infraestructura de Transportes

	Infraestructura	Concesionario	Factor de Competencia
1	Aerop. Inter Jorge Chávez	LAP	Mayor Retribución al Estado
2	Arequipa-Matarani	CONCAR	Menor Plazo de Concesión
3	Ancon-Huacho- Pativilca	NORVIAL S.A	Mayor Retribución al Estado
4	Puente Pucusana-Cerro Azul- Ica	COVI Perú	Mayor Retribución al Estado
5	Terminal Portuario de Matarani	TISUR S.A	Mayor pago inicial al Estado
6	Terminal Portuario de Muelle Sur -Callao	DP WORLD CALLAO S.A	Indice Tarifario e Inversión Complementaria Adicional
7	Ferrocarril del Sur y del Sur Oriente	FETRANSA	Mayor Retribución al Estado
8	Ferrocarril del Centro	FCVA	Mayor Retribución al Estado
9	Aeropuertos Regionales Zona Norte ¹	AEROPUERTOS DEL PERU	Menor PAMO
10	Eje Multimodal Amazonas Norte Paita- Yurimaguas	AMAZONAS NORTE	Menor MOE (Valor Presente de PAO y PAMO)
11	Urcos-Inanbari	INTEROCEÁNICA TRAMO 2	Menor PAMO
12	Inanbari -Iñapari	INTEROCEÁNICA TRAMO 3	Menor PAMO
13	Inamban-Azangaro	INTEROCEÁNICA TRAMO 4	Menor PAMO
14	Empalme 1B-Buenos Aires Canchaque	CONCESIÓN CANCHAQUE S.A	Menor PAS (=PAO+PAMO)
15	San Juan de Marcota - Urcos	INTEROCEÁNICA TRAMO 1	Menor MOE (Valor Presente de PAO y PAMO)
16	Matarani-Azángaro-Ilo-Juliaca	INTEROCEÁNICA TRAMO 5	Menor MOE (Valor Presente de PAO y PAMO)
17	Nuevo Mocupe - Cayalti - Oyatú	En Proceso	Menor PAS (=PAO+PAMO)
18	Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo - Huaral - Acos	En Proceso	Menor PAS (=PAO+PAMO)

Fuente: Bases y Contratos de Concesión

2. El factor de competencia "Mayor cantidad de kilómetros adicionales al mínimo fijado por el Estado" se sustenta en la generación y utilización de los flujos de caja de la concesión, los que se reinvertirían en la misma concesión mediante la construcción de una segunda calzada. Se desprende de lo anterior que la reinversión de los flujos de caja en el mismo proyecto (en lugar de destinarlos, por ejemplo, a un fondo vial orientado a financiar carreteras cofinanciadas) estaría asumiendo que la Autopista el Sol presenta el mejor costo de oportunidad respecto de otros proyectos viales, existentes y por existir, por lo que, de ser éste el caso, se justificaría una asignación de recursos remanentes hacia la misma concesión en lugar de destinarse a otra alternativa (fondo vial u otra carretera), es esto lo que está en la facultad de PROINVERSIÓN evaluar.

3. En segundo lugar, si mediante el factor de competencia se busca elegir al postor que sea capaz de construir el mayor número de kilómetros, es de esperar que dicha construcción se produciría en zonas que presenten el menor costo de construcción. Con lo cual se pueden generar dos riesgos:

- Que la segunda calzada se construya en una zona de baja conectividad vial con relación a los centros poblados, caminos rurales, urbanos o regionales.
- Que la oferta adicional (segunda calzada) supere a la demanda esperada, referida a vehículos por hora, es decir que la inversión no sea



óptima⁶, así como su mantenimiento y operación. Es necesario precisar que la oferta o calzada presenta una característica tecnológica conocida como la "indivisibilidad de la inversión" (no se puede construir pequeñas secciones de una calzada), característica que no se presenta en la demanda; es decir, la demanda y oferta crecen en distintas tasas, lo que puede generar un riesgo de sobre-inversión o sub-inversión, más aún si la oferta se determinará ex ante y la demanda esperada es aleatoria.

Si bien a mayor demanda, mayor será el flujo de caja remanente que se aplicará en la inversión de la nueva calzada, es necesario precisar que por la indivisibilidad de la carretera, cada carril de una autopista representa una oferta máxima de 2,000 vehículos por hora⁷. Si por ejemplo la tasa de tráfico actual y de los próximos años es menor a 2.000 vehículos por hora, se presentaría un exceso de capacidad de vía. Los tráficos de esta concesión se encontrarían (en el corto plazo) por debajo de este umbral.

Considerando que la concesión es autosostenible, consideramos que las inversiones que deban realizarse en infraestructura de transporte de uso público deben estar orientadas a evitar congestión y a garantizar un adecuado nivel de servicios, es decir, evitar una sub-inversión o una sobre inversión en infraestructura. Debe tenerse presente que una sobre inversión en infraestructura vial genera en el largo plazo un mayor gasto en conservación y mantenimiento.

26. A fin de garantizar que las inversiones a ejecutarse en la carretera respondan a la demanda por infraestructura, y además de que se garantice los adecuados niveles de calidad en los servicios de la carretera, es deseable establecer una regulación de inversiones mediante niveles de servicios (vehículos por hora) que garanticen que no se producirá congestión. Otra alternativa sería el establecer gatillos para la ejecución de la ampliación de la calzada. Asimismo, que debería garantizarse que las zonas de intervención generen una alta conectividad. Adicionalmente, esta regulación de las inversiones generaría una menor presión sobre los niveles de inversión para el Concesionario.
27. Respecto, al empleo en las concesiones de "compromisos de inversión" como variable de selección, Guash⁸ señala que "Aunque las obligaciones de inversión han sido una constante en casi todos los contratos de concesión, deberían evitarse en la medida de lo posible y ser reemplazadas por cometidos específicos (...) y deberían contemplar especificaciones técnicas claras, o aun mejor, cuando fuese posible, se debería contemplar indicadores de resultados, tales como tasas de cobertura del servicio, estándares de calidad o logros técnicos". De acuerdo a lo señalado por Guash, la elección de compromisos de inversión en los contratos de concesión se debe a que las inversiones son percibidas como mejoras en el funcionamiento del sector, como incremento del empleo y crecimiento económico.



⁶ Gines de Rus, Campos y Nombela (2003), economía del Transporte (p.299) señalan: "(...) el nivel de inversión óptimo en infraestructuras desde el punto de vista social se consigue invirtiendo siempre que los costos del productor de realizar dicha inversión sean inferiores a los beneficios que los usuarios obtienen como consecuencia de la nueva capacidad disponible o de la mejora de la existente."

Op. Cit (p 242)

Guash, José. Luis (2005) Concesiones en Infraestructura. Cómo hacerlo bien. The World Bank – Antonio Bosh Editor, Washington. p. 138.

28. Por otra parte agrega, que debe tenerse presente que las inversiones son sólo un medio para alcanzar los objetivos finales de la Concesión, y por otra parte, su reconocimiento se puede constituir en un elemento de controversia con el Regulador, siendo más eficaz establecer los resultados que deben producir tales inversiones, toda vez que el cumplimiento de especificaciones técnicas, es fácil de comprobar.
29. La literatura y la experiencia internacional reconocen que dentro del concepto de concesión se incluye la posibilidad de transferir al sector privado diversos tipos de actividades y riesgos en función a la evaluación costo beneficio que efectúe el Concedente. Como muestra de ello, se presenta el Cuadro N° 2, tomado de Estache y De Rus (2003), con contratos de concesión vinculados al sector de carreteras que van desde la modalidad de simples contratos de mantenimiento, hasta contratos de tipo BOT (Build-Constuye, Operate – Opera y Transfer-Transfiere). Como se aprecia en dicho Cuadro, dependiendo de la magnitud de las actividades y riesgos transferidos, la complejidad de los contratos y la duración de la concesión puede ser mayor o menor.

Cuadro N° 2
Características de opciones de organización de carreteras de peaje

Características	Contrato de mantenimiento	Construcción	Operación y mantenimiento	ROT	BOT	Gestión
Obligaciones del concesionario	Mantenimiento	Diseño y construcción	Mantenimiento y explotación	Financiación, rehabilitación, mantenimiento y operación	Financiación, diseño, construcción, mantenimiento y explotación	Financiación, diseño, construcción, mantenimiento y explotación Desarrollar corredor/red
Ejemplos	Nueva Zelanda (New South Wales), Chile, Brasil	Estados Unidos, Hong Kong (China)	Argentina, Hong Kong (China)	Argentina, Colombia	Malasia, Filipinas, Tailandia, Argentina México	Reino Unido (DBFO), Colombia, Brasil
Recuperación directa de costos con ingresos de peajes de los usuarios	No Pago del gobierno al operador	No Pago fijo del gobierno al operador	Reparto de ingresos entre operador y gobierno	El operador puede pagar al gobierno o viceversa	Suele necesitarse inversión del gobierno. Es común necesidad de subsidios ex post	Suele necesitarse aportación de otras carreteras y otras inversiones
Nivel de inversión privada	Muy baja	Considerable para muy corto plazo	Baja	Media	Alta	Media/Alta
Riesgo del sector privado	Mantenimiento	Diseño, construcción	Tráfico y nivel de ingresos, político y financiero	Rehabilitación, tráfico y nivel de ingresos, Político, financiero	Diseño, construcción, tráfico y nivel de ingresos Político y financiero	Diseño, construcción, tráfico y nivel de ingresos, Político financiero
Riesgo del sector público (riesgos de adquisición de terrenos y relocalización siempre son asumidos)	Diseño, construcción, tráfico y niveles de ingresos	Planificación, tráfico y nivel de ingresos	Ingresos, macroeconómico, regulación	Fuerza mayor, regulación	Planificación, macroeconómico, regulación	Planificación, fuerza mayor, macroeconómico, regulación
Tamaño habitual del contrato (dólares)	Pequeño	Mediano/Grande 50 - 800 mill.	Pequeño/Mediano	Mediano/Grande	Muy grande 100 - 1000 millones	Mediano/Grande 90 - 300 millones
Tamaño mínimo requerido del concesionario	Pequeño/empresa constructora local	Pequeño/empresa constructora local	Constructora con experiencia en gestión	Gran constructora con experiencia en gestión	Consorcio incluyendo una gran constructora	Consorcio generalmente incluyendo una gran constructora
Duración Típica	2 - 10 años	Período de construcción fijo	2 - 10 años	10 - 20 años	30 años	30 años

Fuente: Estache, De Rus. Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transportes. Ed. Alfaomega, Mexico DF 2003

30. En este sentido, consideramos que 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)⁹, los riesgos asociados a los costos operativos, ingresos y variables financieros deben ser asignados al concesionario, siendo la intervención del Estado justificada en los casos que exista poco interés privado en la concesión. Ello es corroborado por Kerf, Gray D., Irwin T., Levesque C. y Taylor R. (1998)¹⁰ quienes señalan que la asignación de dichos

Privatización y regulación de infraestructura de transporte Banco Mundial Pp 23-25
Kerf M., Gray D., Irwin T., Levesque C. y Taylor R. (1998) "Concessions. A Guide to the Design and Implementation of Concession Arrangements for Infrastructure Services", The World Bank, PPI Group

riesgos al concesionario constituye una buena práctica para el diseño de Contratos de Concesión.

31. De otro lado, al asociar el factor de competencia con los riesgos de probables comportamientos oportunisticos o de insolvencia, se encuentra que las Bases del Concurso establece que la sociedad concesionaria debe contar con un capital social mínimo de U\$ 2 millones de dólares a la suscripción del Contrato e incrementarlo al 15% del presupuesto aprobado del Estudio Definitivo de Ingeniería a los 36 meses de iniciada la Concesión. Adicionalmente, se exige una garantía de fiel cumplimiento de US\$ 5,260 millones. En consecuencia, los riesgos sobre comportamientos estratégicos y de insolvencia derivada de una oferta económica muy optimista o agresiva, se encontrarían mitigados en parte con el capital mínimo exigido al Concesionario y la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Concesión.
32. A partir de los comentarios señalados en los párrafos precedentes se puede concluir que es deseable en una concesión de este tipo:
 - Establecer un factor de competencia que garantice una asignación eficiente de los recursos.
 - Regular las inversiones mediante niveles de servicio, de manera que se evite en lo posible los riesgos de sobre inversión o sub inversión.

V. ANÁLISIS

33. El análisis que se presenta en esta sección se ha realizado tomando en consideración la información presentada por PROINVERSION (Versión final del Proyecto de Contrato de Concesión al 2 de marzo del 2009 y las Bases), así como información pública disponible a la fecha de elaboración del presente Informe, en el Portal de la Agencia de Promoción.
34. Los temas materia de análisis seguirán el orden establecido en el artículo 11 del Reglamento del Dec. Leg. N° 1012

V.1 TEMAS TARIFARIOS: El peaje y la tarifa

35. Antes de iniciar nuestras observaciones sobre los temas materia del actual capitulo, es conveniente hacer notar que el presente análisis no considera nuestra opinión con respecto al conveniencia o no de aplicar el nivel tarifario y la metodología tarifaria propuesta en el presente Contrato de Concesión (cláusula 9.4), ya que para poder realizar un análisis sobre: i) si las tarifas propuestas, así como ii) si el incremento de las mismas es apropiado, sería necesario contar con el modelo matemático financiero mediante el cual PROINVERSION ha calculado que el peaje o la tarifa propuesta, así como su incremento¹¹ hace que el VAN del proyecto sea igual a 0¹².

Similar al comentario precedente, no es posible, con la información remitida por PROINVERSION, que el OSITRAN pueda indicar si los montos del IMAG

¹¹ Se puede suponer que el incremento tarifario obedece a la recuperación de las mayores inversiones en el tramo (segunda calzada).

¹² El modelo matemático financiero (incluidos los supuestos) no fueron remitidos por PROINVERSION.



propuestos en la cláusula 10.2 son los adecuados para el presente proyecto, ya que para poder hacer una análisis del mismo es necesario contar con el modelo matemático financiero del proyecto, del mencionado modelo se debe desprender que el IMAG es capaz de cubrir al menos las inversiones, los costos fijos, variables o todos ellos.

37. En ese sentido, si bien el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, establece que es el OSITRAN el competente para pronunciarse sobre temas tarifarios, en la versión final de los Contratos de Concesión sobre Infraestructura de Uso Público, para el presente Contrato, no es posible que el OSITRAN emita pronunciamiento al respecto, en virtud que no se cuenta con los elementos necesarios para ello, en particular con relación al incremento que se produciría en el nivel de peaje (que puede suponer esta asociada a la recuperación de las inversiones en la segunda calzada), tal como se ha señalado en los párrafos precedentes, en ese sentido deberá corresponder a PROINVERSION sustentar si las tarifas y los montos del IMAG son los más apropiados para este tipo de concesión, realizando un análisis de escenarios y asegurando la consistencia del proyecto, teniendo en consideración que al OSITRAN no se le ha reportado la información necesaria para llevar adelante el análisis.

V.1.1 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (páginas 56 - 57).

38. En la cláusula 9.1 se regula el cobro el peaje, así, en el primer párrafo se establece que las unidades de peaje comenzarán a ser explotadas por el concesionario en las fechas establecidas en la cláusula 9.4. Por otra parte, en el segundo párrafo, se presenta la relación de Unidades de peaje que deberá administrar el Concesionario. En esta lista se incluyen cinco (05) Unidades de Peaje existentes.

39. Respecto a las unidades de peaje de la segunda calzada, en el cuarto párrafo de la cláusula 9.1, se señala que éstas deberán ser construidas por el Concesionario, simultáneamente con la construcción de la carretera.

40. En el quinto párrafo de la cláusula 9.1 del Proyecto de Contrato de Concesión, se establece que 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.

41. El incremento o modificación de ubicación de las Unidades de Peaje puede 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 la tarifa como unidades de peaje hubiere. Ello implica en la práctica, en los casos de reubicación, una modificación (incremento/disminución) de la contraprestación (tarifa) que pagan los usuarios por el uso de la infraestructura.

42. 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.



43. 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. La inseguridad jurídica surge del hecho de que el Concesionario no cuenta con la certeza de cuáles serán las reglas de juego que regirán para los años futuros de la Concesión.
44. 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.

V.1.2 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (páginas 57 - 58).

45. En los literales b), c) y d) de la cláusula 9.4 del proyecto de Contrato de Concesión se establecen las tarifas a ser cobradas en distintos momentos de la Concesión, Así se establece:

Tarifa	Desde	Hasta
Tarifa vigente más IGV e impuestos de ley	Toma de Posesión	Entrega total o parcial de los tramos correspondientes a la calzada actual por parte del Concedente
US\$ 1,50 más IGV e impuestos de ley	A partir del mes calendario siguiente al de la fecha de entrega de los Tramos de la Calzada Actual	Aceptación de las obras ejecutadas por el Concesionario.
US\$ 2,00 más IGV e impuestos de ley	A partir del mes calendario siguiente al de la fecha de aceptación de las Obras ejecutadas por el CONCESIONARIO (de la Segunda Calzada)	El fin de la Concesión

46. Como se observa el incremento de las tarifas se realizará antes de la ejecución de las obras de la segunda calzada, es decir después de la entrega de las obras de puesta a punto, que están a cargo del Concedente. Como ha sido señalado en anteriores opiniones emitidas por OSITRAN, consideramos conveniente que los incrementos tarifarios respondan a un mejor nivel de servicio de la carretera, es decir, luego de la ejecución de las obras. Los incrementos tarifarios únicamente deberían darse en aquellos sectores en los que se han concluido las obras de la segunda calzada, ya sea que éstos fueran realizados por el Concesionario o por el Concedente.

47. Asimismo, si bien la tarifa de US\$ 1,50 más IGV correspondería a la contraprestación por el uso de infraestructura vial de 100 Km en promedio, que se aplica en los peajes de concesiones autosostenibles, no se cuenta con la información que sustente el incremento de dicha tarifa. Para emitir una opinión al respecto, así como de la sostenibilidad de la oferta del servicio en el largo plazo de la concesión, es necesario contar con el modelo financiero y los supuestos utilizados.

48. Adicionalmente a lo señalado, en el penúltimo párrafo de la cláusula 9.4, se menciona que en caso el Concedente no cumpla con entregar los tramos de la calzada actual, conforme al plazo establecido, corresponderá el incremento tarifario. Es decir, por un incumplimiento del Concedente, los Usuarios de la vía se ven afectados con un incremento tarifario sin un servicio adecuado (concluido las obras



de la segunda calzada, entre otros). Debería analizarse otro tipo de sanción que no afecte al usuario, y que cree un incentivo adecuado para que el Concedente presente las obras en la fecha establecida.

V.1.3 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (páginas 57 - 58).

49. En las cláusulas 9.4 y 9.5 se hace referencia a que "las tarifas serán redondeadas a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol, inmediatamente superior".
50. Esto tiene más sentido cuando se trata de concesiones cofinanciadas, en las cuales el estado asume la diferencia en el pago al concesionario, es decir, el pago que hacen los consumidores por el redondeo hacia arriba disminuye el desembolso que debe de hacer el Concedente como parte de su propuesta.
51. Sin embargo, cuando se trata de concesiones autofinanciadas, tiene más sentido establecer un redondeo hacia arriba o hacia abajo según corresponda, es decir, corresponderá el redondeo hacia arriba cuando el valor resultante alcance los 0.05 céntimos y hacia abajo en caso contrario.
52. Las últimas 3 líneas de la cláusula 9.5 dicen lo siguiente: "Ninguna reducción en la recaudación de peaje ocasionada por la aplicación de la Tarifa Diferenciada, afectará bajo ningún concepto o circunstancia al CONCESIONARIO"
53. Esto, de manera análoga a lo ya mencionado, tiene más sentido cuando se trata de una Concesión cofinanciada, pues el Concesionario no se ve perjudicado, pues tiene ingresos fijos por concepto de peaje. Sin embargo, en el caso de una autofinanciada siempre se verá afectado su ingreso (salvo el caso en que se active el IMAG).
54. La limitación a la tarifa diferenciada viene dada por el tope de 3% de los ingresos que como máximo puede representar la recaudación de este tipo de tarifas.
55. En caso se mantenga el texto del contrato antes citado, esto podría originar que el concesionario reclame posteriormente por lo ingresos dejados de percibir como resultado del cobro de las tarifas diferenciadas.

V.1.4 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (página 59).

56. En la redacción de la definición de TC dice "Es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula 1.9.83 del Contrato." y debe decir "Es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula **1.9.85** del Contrato".
57. Asimismo, con relación al Tipo de Cambio a que se hace referencia en la cláusula 9.5, no se precisa si el Tipo de Cambio corresponde a fin de mes, promedio mensual, o sólo a que este corresponde al mes anterior al que se hace el ajuste tarifario. En este caso es necesario precisar que el Tipo de Cambio corresponde al del último día hábil del mes anterior al que se realiza el ajuste tarifario.
58. La propuesta de definición de TC en el inciso b) de la cláusula 9.5. debería quedar de la siguiente manera:



"TC: Es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula 1.9.85 del Contrato, que corresponde al último día hábil del mes anterior al que se realiza el ajuste tarifario.

V.1.5 Sobre el IMAG (Capítulo X: Régimen Económico Financiero, páginas 59 - 60).

59. En la cláusula 10.2, se regula el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG). Así se establece que este mecanismo deberá aplicarse durante el periodo que resulte menor entre: (i) Quince (15) años desde la fecha de aceptación de la totalidad de las Obras o, (ii) el plazo correspondiente al repago de la deuda del CONCESIONARIO. En tal sentido, el IMAG funcionaría 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, y cargando al Estado con un pasivo contingente.
60. En tal sentido, recomendamos que se establezca un umbral a partir del cual el Concesionario compartirá sus utilidades o sus ingresos con el Concedente. Estos recursos podrían ser asimilados al concepto de retribución y podrán ser destinados 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, ello equipararía el riesgo que el Concedente se encuentra asumiendo con el pasivo contingente antes señalado.

V.1.6 Procedimiento de Reconocimiento de IMAG (Capítulo X: Régimen Económico Financiero, páginas 60 - 61).

61. En el literal a) de la cláusula 10.3 se establece que en caso el Regulador no emita opinión respecto al Informe del detalle de la recaudación de peajes presentado por el Concesionario mensualmente, en los plazos establecidos se entenderá por aprobado. Además se incluya la posibilidad de que el Regulador pueda revisar y rectificar, posteriormente, la recaudación por concepto de Peaje en función de los resultados de la auditoria de flujo vehicular.
62. La única forma de poder aprobar los Informes de recaudación por concepto de peajes presentado por el Concesionario mensualmente, es que el mismo sea acompañado con la auditoria de flujo vehicular que se muestra en el Anexo VIII, la obligación por parte del Concesionario de contratar dicha auditoria mensual sería muy onerosa para este, más aún si la obligación que se busca cumplir es anual (la posibilidad que el Concedente pague el IMAG), con lo cual podría obligarse al Concesionario que la presentación sea anual, y la obligatoriedad que la misma sea acompañada de la auditoria de flujo vehicular para su aprobación por parte del OSITRAN.
63. Si bien la presentación anual tiene como finalidad la verificación del IMAG, la presentación por parte del concesionario de la información mensual de recaudación por estaciones de peaje debería mantenerse.
64. En el literal c) de la cláusula 10.4 se establece que en caso de no realizarse el desembolso del IMAG en la fecha establecida, se reconocerá una tasa de interés equivalente a LIBOR mas dos por ciento (2%).



65. Lo que no se menciona es la periodicidad de la tasa, por ejemplo, si la LIBOR más dos por ciento (2%) es por los días de retraso.

V.1.7 Equilibrio Económico y Financiero (Capítulo X: Régimen Económico - Financiero, páginas 62 - 63).

66. En las cláusulas 10.7 a 10.10 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 Aplicables¹³ en la medida que éstos afecten aspectos económicos y financieros vinculados a los ingresos y costos de la inversión.
67. 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 cualquier reducción en los ingresos del Concesionario no afectaría 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.
68. 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 el resultado neto de ingresos menos costos producido por los cambios en las leyes y disposiciones aplicables.
69. La fórmula, si bien facilita la medición de la ruptura del equilibrio económico financiero, en tanto bastaría con estimar el impacto sobre los costos del concesionario producido por los cambios en el marco legal o reglamentario; no obstante, 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 en el corto plazo una ruptura de equilibrio económico.
70. Finalmente, consideramos importante, que al igual que en los contratos correspondientes a los tramos 2, 3 y 4 de la Carretera Interoceánica, se contemple la obligación del Concesionario de remitir al regulador, con la finalidad de que éste pueda evaluar una eventual ruptura del equilibrio económico, un modelo matemático financiero que le permita contar con la información cuantitativa para tal efecto.
71. En tal sentido, sugerimos se introduzca en el contrato la siguiente cláusula:

Presentación de modelo matemático de evaluación económica y financiera

3.12.- Con la finalidad de aplicar lo establecido en las Cláusulas 10.7 a 10.10 el CONCESIONARIO, deberá enviar al REGULADOR, antes de los treinta (30) Días Calendario del inicio de las Obras indicada en la Cláusula 6.1, un modelo matemático de evaluación económica y financiera en plataforma de planilla electrónica Excel, debidamente auditado por una entidad auditora-financiera de prestigio internacional

¹³ 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

designada por el CONCEDENTE dentro de una tema propuesta por el CONCESIONARIO, con el objetivo de conocer la estructura estimada de inversiones correspondientes a cada fase de las obras, costos de operación y administración (COA), costos de mantenimiento (CM), depreciaciones e impuestos de la Concesión, y una estimación referencial de la rentabilidad de la inversión (Tasa Interna de Retorno - TIR) y el valor actual neto del proyecto (VAN), exponiendo de forma clara y explícita los supuestos económicos que se usaron para su elaboración. El modelo deberá ser acompañado por un manual de uso auto explicativo. Tanto el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO declaran que el modelo será útil sólo para cumplir lo establecido en las Cláusulas 10.7 a 10.10.

72. Finalmente, consideramos pertinente evaluar la conveniencia establecer de manera expresa que los hechos de la naturaleza no constituyen una causal para solicitar se active la cláusula de equilibrio económico financiero, y no solamente el caso del Fenómeno del Niño, mencionado en la cláusula 7.15.

V.1.8 Sobre el Fideicomiso de Recaudación (Anexo XI, Páginas 186 - 187).

73. En el anexo XI, se regula el fideicomiso de recaudación. En dicho anexo se establece:

- Obligación del Concesionario de constituir y mantener a su costo el fideicomiso.
- Que el Concesionario en su calidad de fideicomitente deberá delegar en el Concedente la facultad de emitir instrucciones al Fiduciario a fin de administrar la recaudación por peaje.
- Obligación del Concesionario de sustentar al Regulador los gastos citados a continuación a efectos de que el Fideicomiso libere los recursos:
 - Primer año de la Concesión: Operación hasta un máximo de US\$ 5,9 millones.
 - Segundo año de la Concesión: Operación hasta un máximo de US\$ 6, millones.
 - Conservación Vial hasta un máximo acumulado de US\$ 600,000.
- En la cuenta recaudadora del Fideicomiso el Concesionario deberá depositar el íntegro de la recaudación diaria por peaje (sin IGV).
- El Concedente instruirá al Fiduciario para que realice las siguientes acciones:
 - Calcule y transfiera al Regulador el monto correspondiente por tasa de Regulación
 - Invierta los recursos de la recaudación de peaje en instrumentos financieros y/o depósitos de corto plazo que tengan la misma calidad crediticia de los Instrumentos invertidos por el Ministerio de Economía y Finanzas.

74. A nuestro entender el objetivo de PROINVERSION de incluir un fideicomiso en el que se depositen los ingresos por recaudación, es garantizar los recursos para la etapa constructiva. Sin embargo, la existencia de este fideicomiso, implica de manera indirecta una participación del Concedente y del Regulador en la administración de los recursos que genera la Concesión.



75. Uno de los objetivos que se busca alcanzar con la entrega en concesión de la infraestructura de transporte de uso público, es un uso eficiente de los recursos, en tal sentido se confía en el Concesionario la adecuada administración y gestión de los recursos que garanticen el cumplimiento de los estándares de calidad exigidos en el Contrato de Concesión, siendo éste (el Concesionario) quien debe asumir los riesgos de la operación.
76. Si el objetivo de PROINVERSION es que se garantice un fondo para la ejecución de las obras de construcción, podría para tal fin constituirse el Fideicomiso, al cual se debería aportar un porcentaje de la recaudación por peajes, pero no el 100%. Este porcentaje deberá ser determinado por PROINVERSION en función a los flujos del proyecto y a los costos estimados.
77. Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, debemos señalar que en el segundo párrafo del anexo XI se establece la obligación del CONCESIONARIO, de constituir y mantener a su costo el Fideicomiso de recaudación. Al respecto consideramos que se debe aclarar que la expresión "a su costo" implica para el Concesionario asumir los gastos de constitución, de mantenimiento y otros costos y gastos que se generen en dicho fideicomiso desde su constitución hasta su extinción.
78. En la pág. 187, cuarto (4) párrafo, se menciona que "El Fideicomiso de Recaudación tendrá una cuenta recaudadora, en la cual el Concesionario depositará el íntegro de la recaudación diaria por concepto de Peaje, dentro de las primeras setenta y dos (72) horas siguientes. En este punto consideramos que se debería modificar el plazo dado en horas por otro dado en Días, toda vez que, en caso de feriados largos de fin de semana de más de dos días no laborables (por ejemplo los feriados dados por la semana santa), no se podría cumplir con depositar la recaudación en tiempo oportuno, en caso ésta haya sido realizada el día miércoles. Igualmente por el término de la distancia, la misma situación de incumplimiento ocurriría los días viernes, en caso se demore la empresa de valores más de 24 horas en realizar el depósito en el banco, desde la unidad de peaje correspondiente más alejada, si es que se tiene el domingo como día feriado.



V.2 CALIDAD DE LOS SERVICIOS

79. En esta sección se relaciona la calidad de servicios con el desarrollo de infraestructura.

V.2.1 Pagos del Concesionario por concepto de Supervisión de Obras (Capítulo IX: Régimen Económico, página 64).

80. En la cláusula 10.6 se establece el pago que el Concesionario realizará por concepto de Supervisión de Obras y por Seguimiento y Control de la Supervisión. En el proyecto de Contrato de Concesión se señala que el pago por concepto de supervisión que se pagará al Supervisor de obras, ascenderá al 4% del presupuesto aprobado en el Estudio Definitivo de Ingeniería. Así mismo, se establece que el primer pago se realizará desde como máximo a los diez días (10) calendario contados desde la notificación de la suscripción del contrato con el supervisor de obras y las cuatro (4) cuotas restantes con vencimientos semestrales.



81. En la referida cláusula no se precisa cuál es el monto que se destinará para el seguimiento y control de la supervisión. Al respecto, debe aclararse que dicho monto incluye los conceptos de supervisión de obras, como el de seguimiento y control.
82. Adicionalmente, debe precisarse que este monto lo establecerá el Regulador **no pudiendo ser mayor del 4% del** presupuesto aprobado en el Estudio Definitivo de Ingeniería; es decir, le corresponde al Regulador determinar el monto para la supervisión de las obras y seguimiento y control, cuya suma no debe superar el monto en referencia.
83. Asimismo, consideramos conveniente que se establezca claramente en el Contrato de Concesión que el pago por seguimiento y control debería efectuarse en el mismo momento que se realiza el pago de la primera cuota para la supervisión de las obras. Cabe señalar que para el caso de la Concesión de IIRSA Norte se fijó por **concepto de Seguimiento y Control** de la Supervisión, el 0,5% de la Inversión Proyectada Referencial, en este caso podría establecerse el 0.5% del presupuesto del Estudio Definitivo de Ingeniería.

V.2.2 Conservación (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 13).

84. Se define como tal, al conjunto de actividades efectuadas a partir de la Toma de Posesión con el objeto de preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales y funcionales originales de los Bienes de la Concesión ***así como las de seguridad.***
85. Sin embargo, en la definición de conservación no se incluye el concepto de seguridad que se debe de mantener para aquellos que transitan por la vía, la cual debe de preservarse.

V.2.3 Conservación vial (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 13).

86. De acuerdo con la definición propuesta, conservación vial es el conjunto de actividades técnicas exigibles a partir de la Toma de Posesión, y que están destinadas a preservar en forma continua y sostenida el buen estado de la infraestructura vial, de modo que garantice un servicio óptimo al usuario.
87. Al respecto, opinamos que sería más preciso indicar que el objetivo de la conservación vial es preservar en forma continua y sostenida el buen estado de la infraestructura vial, de manera que se garantice como mínimo los niveles de servicio exigidos en la Sección 1 y 2 del Anexo I del Contrato de Concesión, con la finalidad de brindar un servicio óptimo al usuario.

V.2.4 Conservación vial periódica y rutinaria (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 13)

88. Al igual que en el comentario anterior, debe precisarse que el objeto de estas acciones de conservación (periódica y rutinaria), es garantizar como mínimo los niveles de servicio exigidos en la Sección 1 y 2 del Anexo I del Contrato de Concesión, con la finalidad de brindar un servicio óptimo al usuario.



V.2.5 Transitabilidad (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 21).

89. 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".
90. El Contrato de Concesión no contiene una referencia sobre cuáles son los niveles de servicios para acreditar la transitabilidad. Recomendamos que se definan parámetros para medir la transitabilidad.

V.2.6 Circulación del Tránsito durante la Ejecución de Obras (Capítulo VI: Ejecución de Obras, página 43).

91. En la cláusula 6.17, se establece que el Regulador podrá verificar en cualquier momento el cumplimiento del plan de tránsito provisorio y aplicar las sanciones que corresponda en caso de comprobarse incumplimientos, agregándose que una vez puesto en práctica el plan, el Regulador podrá, previo acuerdo con el CONCESIONARIO, proponer modificaciones al mismo.
92. Al respecto, consideramos que la relación del Regulador con el Concesionario dentro de la supervisión del plan de tránsito provisorio (y en general dentro de la vigencia del futuro contrato de concesión a suscribirse) es de Administración – Administrado; en ese sentido, si el Regulador como autoridad supervisora del Contrato de Concesión y en defensa del interés público y de los usuarios, considera que el plan debe modificarse, no debiera ser condición para ello, llegar a un acuerdo previo con el Concesionario, y menos restringirle a la posibilidad que sólo proponga las modificaciones, dando a entender que es el Concesionario quien debe aceptar dicha propuesta. Esta posición se sustenta en el hecho que, como autoridad administrativa, el Regulador esta investido del *ius imperium*¹⁴ para imponer las modificaciones al plan de tránsito provisorio y exigir su cumplimiento, siendo parte de su función supervisora, máxime si en la parte inicial de la cláusula en comentario se le otorga la competencia para la aprobación de dicho plan y sancionar si existe incumplimiento de este.
93. En ese orden de ideas, debe modificarse dicha cláusula y señalarse que una vez puesto en práctica el plan de tránsito provisorio, si el Regulador lo considera necesario, podrá disponer su modificación, cuyo incumplimiento será sancionado conforme al Reglamento de Sanciones e Infracciones de OSITRAN.

V.2.7 Obligaciones del Concesionario (Capítulo VII: De La Conservación, Cláusula 7.1, página 47).

94. Las labores de Conservación a efectuar por el CONCESIONARIO en los diferentes Tramos se ajustarán siempre **para mantener** los Índices de Serviciabilidad **por encima del umbral establecido en el Anexo I.**

¹⁴ "El sistema del derecho público contiene, como rasgo típico, una compleja gama de poderes y potestades jurídicas administrativas que integran el denominado régimen exorbitante del derecho privado. (...) El contenido del régimen exorbitante, restringido por la doctrina clásica a la prerrogativa del poder público, debe incluir no sólo las potestades que reflejan el imperium estatal sino aquellos otros poderes que configuran las garantías que el derecho público consagra a los particulares (...). La prerrogativa es la potestad pública caracterizada por el imperium estatal." CASSAGNE, Juan Carlos. "Derecho Administrativo". Tomo II. Bs.As. Abeledo Perrot. 6ª ed. pp. 16-17 y 19.



95. En el segundo párrafo de la cláusula 7.1 se precisa que la obligación del Concesionario es mantener los índices de serviciabilidad durante toda la etapa de explotación por encima de los umbrales indicados en el Anexo I del Contrato de Concesión.

V.2.8 Emergencia Vial (Capítulo VII: De la Conservación, página 48).

96. En el numeral 7.8 se menciona un procedimiento que deberá iniciar el Concesionario para reforzar las medidas de emergencia tomadas por otras definitivas. En este caso, se establece que las medidas definitivas serán propuestas por el Concesionario, cuando esto también puede ser requerido por el REGULADOR o Concedente. Para este último caso, no existe lógica en el procedimiento, tanto más si al Concesionario no le conviene invertir más dinero en reparaciones a su cargo (por ejemplo luego de un terremoto), no existiendo ningún requisito en el procedimiento para que lo obligue a presentar dicho informe de refuerzo con medidas definitivas.
97. Sugerimos se añada la alternativa para que el Regulador o Concedente requieran igualmente al Concesionario presente dicho nuevo Informe de medidas de emergencia definitivas, luego de presentado el informe inicial de las medidas tomadas, por parte del Concesionario. Incluso señalando plazos

V.2.9 Información (Capítulo VIII: Explotación de la Concesión, página 52).

98. La cláusula 8.5, contempla la presentación de informes trimestrales por parte del Concesionario, referentes al estado superficial y condición estructural de la vía y las actividades ejecutadas que han permitido el cumplimiento de los índices de serviciabilidad de acuerdo a lo establecido en el Anexo I del Contrato de Concesión, estableciéndose la posibilidad de que el Regulador emita observaciones al informe presentado por el Concesionario, en cuyo supuesto el Regulador deberá efectuar la aprobación en un plazo no mayor de siete (7) días de subsanadas las observaciones.
99. Sobre este punto, debemos manifestar que la presentación de las subsanaciones por parte del Concesionario no implica automáticamente la aceptación de las mismas por parte del Regulador. En tal sentido, debe quedar claramente establecido en la redacción de dicha cláusula que la aprobación de los informes relativos a la serviciabilidad, quedará supeditada a que el Concesionario cumpla con subsanar todas las observaciones efectuadas a satisfacción del Regulador.

V.2.10 Derechos y Reclamos de los Usuarios (Capítulo VIII: Explotación de la Concesión, página 53).

100. En la cláusula 8.7 se establece la obligación del Concesionario de abrir un libro de sugerencias. Consideramos que el nombre que debería asignarse es de libro de sugerencias y reclamos, puesto que también los usuarios en dicho libro tendrán la posibilidad de interponer reclamos, los cuales serán resueltos conforme al Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN¹⁵.

¹⁵ Aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de enero de 2004, y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de diciembre de 2006.



101. Por otro lado, se incluye el supuesto en el cual "si las acciones realizadas por el Concesionario (respecto del reclamos) no satisfagan a los Usuarios, el caso será remitido al Regulador para que resuelva conforme con las Leyes y Disposiciones Aplicables".
102. Este supuesto ya se encuentra previsto en el ordenamiento legal, aún así, si se decide mantenerlo, la redacción debería modificarse, señalando que en el supuesto que el Usuario no esté conforme con la resolución del reclamo por parte del Concesionario podrá interponer los recursos administrativos que el ordenamiento legal prevé.

V.2.11 Servicios Obligatorios (Capítulo VIII: Explotación de la Concesión, páginas 54).

103. Dentro de los servicios obligatorios se encuentra el servicio de sistema de Comunicación en Tiempo Real de Emergencia, que está referido a un sistema de comunicación que incluya la existencia de teléfonos de emergencia a distancias aproximadas de 10 kilómetros del siguiente.
104. En esta cláusula debe precisarse que la distancia de 10 Km. debe considerarse como mínima exigible, pudiendo ser menor debido a razones técnicas de recepción de la señal o de interconexión.

V.2.12 Parámetros de Condición y Serviciabilidad Exigibles de Concesiones Viales (Anexo I, Apéndice 2 Página 130).

105. Respecto a los Niveles de Servicio de Calzada (Concreto Asfáltico) consideramos que debe introducirse un factor de seguridad en la vía como la Fricción Superficial con el objeto de garantizar una buena fricción entre la superficie de rodadura de la vía y los neumáticos de los vehículos.



Niveles de Servicio para: Calzada (concreto asfáltico)		
Parámetro	Medida	Nivel de Servicio
Fricción superficial	Coefficiente de fricción	No menor de 0.40



Plazos de Respuesta a Incumplimientos en: Calzada (concreto asfáltico)	
Parámetro	Plazo máximo de corrección (días)
Fricción Superficial	30

106. Respecto a los Niveles de Servicio de Puentes, consideramos que debe introducirse la limpieza de cauce, a fin de garantizar que el Concesionario realice directamente los trabajos de limpieza del cauce y no presente excusa como i) está fuera del derecho de vía. ii) es un trabajo de prevención de emergencia no considerado en la conservación por lo que debe ser remunerado, entre otros



Niveles de Servicio para: Puentes		
Parámetro	Medida	Nivel de Servicio
Limpieza de cauce	Según Manual para el relevamiento de Defectos indicado en el Apéndice 8	No se admite ninguno de los defectos

Plazos de Respuesta a Incumplimientos en: Puentes	
Parámetro	Plazo máximo de corrección (días)
Limpieza de cauce	10

V.2.13 Manual de Relevamiento de Niveles de Servicio (Anexo I, Apéndice 7, C Medición de Rugosidad Página 157).

107. En el onceavo mes de cada Año de la Concesión y cada vez que se considere que existan cambios sustanciales en la rugosidad, **el Concesionario** efectuará una evaluación de la rugosidad de la vía.
108. Para la evaluación del nivel de servicio se utilizará la Rugosidad Media Deslizante Máxima con un intervalo **de 200 m.**
109. Se debiera precisar, en el primer párrafo, que quien debe efectuar las mediciones de rugosidad en el onceavo mes es el Concesionario. Además en el sexto párrafo debe corregirse que, la evaluación de la rugosidad se realizará con un intervalo de 200m concordante con los niveles de servicio indicados en el apéndice 2 (Calzada).

V.2.14 Sobre el Informe de los Flujos Vehiculares (Anexo VIII, Página 178).

110. En el punto 2 del Anexo VIII se establece que la información y periodicidad del informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.
111. Al respecto cabe mencionar que es OSITRAN quien establece los criterios de la contratación del Auditor, así como el contenido y periodicidad de la información auditada, la cual depende de la necesidad y oportunidad en que sea requerida.
112. En virtud de lo dicho anteriormente, proponemos la siguiente redacción para el punto 2 del Anexo VIII del Proyecto de Contrato de Concesión:

"2.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR un informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, cuya información y periodicidad se deberá ceñir a las instrucciones que imparta OSITRAN, o supletoriamente a lo que establece el Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya."

113. Con lo cual también sería necesario definir al Auditor de Tráfico, para lo cual proponemos el siguiente texto:



"Auditor de Tráfico: Es la empresa auditora que será contratado por el CONCESIONARIO, a fin de realizar la verificación de flujos vehiculares en las unidades de peaje previstas en la Cláusula 9.6 y de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo VIII. La contratación requerirá la opinión favorable del REGULADOR."

V.3 TEMAS RELACIONADOS CON LAS FACILIDADES ESENCIALES

114. Con relación a las facilidades esenciales vinculada a carreteras, el artículo 6° del Reglamento de Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) establece lo siguiente:

"Artículo 6°.- Alcance. (*)

El presente Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y a los Usuarios Intermedios que presten o soliciten prestar Servicios Esenciales.

No constituye objeto de este Reglamento lo siguiente:

- a) *El ingreso a la Infraestructura por parte de Usuarios Finales.*
- b) *El Acceso a la Infraestructura por parte de Usuarios Intermedios y de otros proveedores, con fines distintos a la prestación de servicios no calificados como Esenciales.*
- c) *Servicios que se brinden de manera ocasional o por situación de emergencia, aún cuando utilicen una Facilidad Esencial.*
- d) *La normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales, que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que deseen brindar servicios relativos a la explotación de la infraestructura de transporte; establecidos por el órgano sectorial competente.*
- e) **El servicio de transporte terrestre por carretera (carga y pasajeros). La regulación tarifaria de dicho servicio está sometida a la aplicación del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.**
(El subrayado es nuestro).

115. En consecuencia, toda vez que el REMA excluye de su ámbito de aplicación a las carreteras, y que el Proyecto de Contrato no contraviene el REMA en este aspecto, no corresponde emitir opinión en este aspecto.

VI. OTROS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

VI.1.1 Obligaciones del Concesionario a la fecha de Suscripción del Contrato (Capítulo III: Eventos a la Fecha de Suscripción del Contrato, página 27).

116. Corresponde a PROINVERSION sustentar si el monto propuesto para el capital social mínimo es el más apropiado para este tipo de concesión, teniendo en consideración que a la fecha no se conoce el monto definitivo de las inversiones a ejecutar por el Concesionario.

VI.1.2 Cierre Financiero (Capítulo III: Eventos a la Fecha de Suscripción del Contrato, página 30-31).

117. En la cláusula 3.9 y 3.10 se establecen las obligaciones del Concesionario relacionadas con el cierre financiero. Así, se establece la obligación del Concesionario de lograr el cierre financiero en los primeros diez (10) meses de la Concesión, bajo sanción de caducidad, con la posibilidad de que dicho plazo sea ampliado a dos (02) meses adicionales. Asimismo se disponen penalidades para el Concesionario.
118. 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 Concesionario, y que la ampliación del mismo no considera una ampliación de la Concesión.
119. En virtud de lo dicho anteriormente, recomendamos que se incluya la siguiente redacción:

"3.10 De no acreditar el Cierre Financiero al vencimiento del plazo establecido en la cláusula precedente, el CONCESIONARIO podrá solicitar al CONCEDENTE por única vez una ampliación de dos (2) meses, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades correspondientes y sin que ello signifique ninguna modificación de los plazos establecidos en el presente Contrato. En caso el CONCESIONARIO no acredite el Cierre Financiero al término del plazo ampliatorio, se producirá la Caducidad de la Concesión por causa del CONCESIONARIO, y el CONCEDENTE ejecutará en señal de compensación por daños y perjuicios la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión por un monto equivalente al cien por ciento (100%) de la misma.

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.

VI.1.3 Acta de Aceptación de las Obras (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 10).

120. Es el documento suscrito por el Comité de Aceptación de Obras, mediante el cual se deja constancia de la aceptación de las Obras, de acuerdo a los **parámetros de diseño de carreteras, normas sectoriales de calidad, EDI** y Niveles de Servicio exigidos en el Anexo I del Contrato de Concesión, debiendo señalar en dicho documento la fecha en que el Comité de Aceptación de Obras dio la conformidad a las Obras ejecutadas. A dicha acta se anexarán los resultados de las mediciones **de niveles de servicio** efectuadas.
121. En la presente definición estamos precisando que el Comité de Aceptación de Obras deja constancia que la aceptación de obras es de acuerdo a los parámetros de diseño de carreteras, normas sectoriales de calidad, EDI y Niveles de Servicio del Contrato.

VI.1.4 Construcción (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 13).

122. En el Proyecto de Contrato de Concesión, se define construcción como todas las actividades necesarias para la implementación, puesta en servicio de una vía y que incluye la ejecución de obras civiles, instalación de equipos y todas aquellas actividades vinculadas a su puesta en operación.
123. La definición propuesta resulta similar a la contemplada en los contratos de Concesión de los tramos 2, 3 y 4 del Corredor Interoceánico Sur Perú - Brasil. Consideramos pertinente que se precisen si la definición de construcción abarca trabajos de conservación vial rutinaria.

VI.1.5 Derecho de Vía (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 14).

124. 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". Somos de la opinión que debe señalarse que el Concesionario asume responsabilidad sobre los terrenos que el concedente le entrega como parte del derecho de vía, a partir del momento en que le son entregados (entregas parciales).



VI.1.6 Facilidad Esencial (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 16).

125. En esta definición se hace referencia al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2001-CD-OSITRAN.
126. Cabe mencionar que dicho REMA ha sido modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 054-2005-CD-OSITRAN, Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN y, Resolución de Consejo Directivo N° 006-2009-CD-OSITRAN, lo cual debiera ser precisado. Asimismo, el mismo no es aplicable en el caso de infraestructura vial.

VI.1.7 Obras Obligatorias (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 18).

127. En el capítulo correspondiente a la definición de "Obras Obligatorias", al especificar que éstas se refieren a Obras que no serán materia de Concurso, podría interpretarse que las obras de Construcción a cargo del Concesionario no serían obligatorias por cuanto éstas han sido materia de concurso entre postores. En tal sentido, sugerimos aclarar las definiciones tanto de "Obras Obligatorias" como de "Obras de Construcción a cargo de Concesionario".

VI.1.8 Respecto a la entrega de las áreas de terreno para la Construcción (Capítulo V: Régimen de Bienes)

128. Se especifica que la entrega se realiza en función a la acreditación del Cierre Financiero, sin mencionar o condicionar a los temas de liberación de las Expropiaciones por afectaciones con propiedades de terceros.

VI.1.9 Entrega del Área de la Concesión y Derecho de Vía (Capítulo V: Régimen de Bienes, Cláusula 5.12 primer párrafo, página 33).

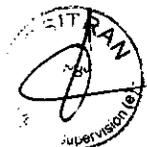
129. Es conveniente que se precise a partir de que momento se cuentan los 240 días: desde el momento en que se suscribe el Acta de entrega parcial de bienes o cuando se suscribe el Acta entrega del tramo Piura-Sullana.

VI.1.10 Obligaciones del Concesionario respecto de los bienes reversibles (Capítulo V: Régimen de Bienes, página 35).

130. El numeral 5.24 del Contrato de Concesión debe indicar, al final, que se deberá contar con la opinión favorable del REGULADOR. Esto debido a la necesidad y obligación de cautelar los bienes del Estado.

VI.1.11 Defensas Posesorias (Capítulo V: Régimen de Bienes, página 38).

131. En los numerales 5.44 y 5.45 existe una contradicción que sugerimos aclarar ya que en el numeral 5.45 se manifiesta que el Concesionario deberá coordinar inmediatamente con el Concedente la interposición de las acciones legales que el Concedente deberá entablar a fin de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de la Concesión. Sin embargo en el literal b) del numeral 5.44, se indica que es el Concesionario quien deberá ejercitar la defensa posesoria judicial, en caso que recaiga sobre la Concesión cualquier afectación.



132. En todo caso, sugerimos se indique para el literal b) del numeral 5.44 que dicha defensa posesoria judicial será una excepción a la regla establecida en el numeral o cláusula 5.45.

VI.1.12 Descripción de las Obras (Capítulo VI: Ejecución de Obras, página 39).

133. En la redacción de la definición deberá eliminarse el término "por" que allí aparece, de modo que se entienda con claridad que la obligación del Concesionario es respecto a las obras referidas en el Anexo N° 9 de las Bases, ofertadas durante el Concurso.

VI.1.13 De los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental para las Obras de Construcción a cargo del Concesionario (Capítulo VI: Ejecución de Obras, página 39).

134. La cláusula 6.4 refiere en el primer párrafo, que El Concesionario entregará los Estudios de Ingeniería de Detalle y el de Impacto Ambiental, "**correspondiente al Eje del trazo de la Segunda Calzada a cargo del Concesionario**". Se sugiere cambiarla por "**correspondiente a las Obras del Eje del trazo de las Obras Obligatorias**". Ello conforme a la propia definición de "**Obra obligatoria**" establecida en el Capítulo I del referido Contrato.

135. En el párrafo citado no se establecen desde cuándo se empiezan a contabilizar los plazos para que, tanto el Regulador como el Concedente, emitan sus respectivos pronunciamientos. Se entiende que el plazo del Regulador, como opinión previa, debe contabilizarse desde que se le presenta los estudios en referencia, y que el plazo del Concedente empieza a correr desde que reciba la opinión del Regulador o al vencimiento del plazo sin la emisión de esta opinión, lo que ocurra primero.

136. Por otro lado, no se ha establecido el procedimiento que debe seguirse en el supuesto que existan observaciones a los estudios presentados. Debe precisarse cuáles son los plazos del Concesionario para que subsane dichas observaciones, para que el regulador opine respecto del levantamiento de estas (se entiende que se contabiliza desde la presentación de estas), y para la emisión del pronunciamiento del Concedente referido a dichas observaciones (contabilizado desde la emisión de la opinión del Regulador o el vencimiento del plazo para que emita tal opinión, lo que ocurra primero).

137. Asimismo, se advierte la aplicación del silencio administrativo positivo, cuando no exista pronunciamiento del Concedente dentro del plazo establecido. Al respecto consideramos que por tratarse de aprobación de diseños y estudios de obras para la prestación de servicios públicos, debería establecer la aplicación del silencio administrativo negativo, esto de conformidad con la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060¹⁶.

¹⁶ **Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060**

"DISPOSICIONES TRANSITORIAS, COMPLEMENTARIAS Y FINALES

PRIMERA.- Silencio administrativo negativo

Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el

138. Finalmente en los cuadros en los que se detalla los plazos de las demás entregas de los Estudios de Ingeniería e Impacto Ambiental, se antepone el Concedente al Regulador. Opinamos que debería primero considerarse los plazos del Regulador y después del Concedente, teniendo en cuenta que la opinión del primero es anterior a la decisión del segundo.

VI.1.14 Libro de Obras y de Sugerencias (Capítulo VI: Ejecución de Obras, páginas 40-41).

139. En los numerales 6.6 y 6.7 se establece la forma en que serán administrados el Libro de Obras y el Libro de Sugerencias.

140. En dichos numerales sólo se debe hacer referencia a la regulación del Libro de Obras y mencionar la obligación de llevar un Libro de Sugerencias, conforme al Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN; especificando que deberá encontrarse a la libre disposición de los Usuarios en todas las unidades de Peaje, y su uso debe ser difundido y promocionado por el Concesionario.

141. En caso se mantengan las cláusulas relativas al Libro de Sugerencias, somos de la opinión de eliminar las disposiciones sobre el Libro de Sugerencias, el mismo que debería denominarse "Libro de Sugerencias y Reclamos", y además debería ser regulado conforme al Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN y el Reglamento de Reclamos de la Concesionaria que en su oportunidad deberá aprobar OSITRAN.

VI.1.15 Programa de Ejecución de Obras (Capítulo VI: Ejecución de Obras, página 41).

142. En el segundo párrafo de la cláusula 6.8, debe especificarse que dicho Programa debe contener los tiempos de ejecución de las partidas relativas a la ejecución de las Obras indicadas en la cláusula 6.1.

143. No se especifica en que debe estar expresado el control de los avances de obra (metrados, avances porcentuales, US\$). Así como tampoco indican, cuál es el procedimiento que se debe seguir para su elaboración que podría ser en base al Presupuesto aprobado en los Estudios de Ingeniería de Detalle, en base al Cronograma de avances de Obras, también aprobado en dicho estudio, etc. Debe definirse y especificarse estos dos puntos, necesarios para el control de los avances de obra, así como para la elaboración del PEO.



mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos tripartitos y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

Asimismo, será de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.

En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regirá por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplicará el segundo párrafo del artículo 163º del Código Tributario."



VI.1.16 Inicio de Ejecución de Obras (Capítulo VI: Ejecución de Obras, páginas 41).

144. La cláusula 6.10 trata sobre las condiciones que deben cumplirse para el inicio de las obras de construcción, considerando dentro de dichas condiciones: "c) Se haya aprobado los Estudios...". Conforme es de verse, no se hace alusión a quien realiza tal aprobación. Por tal razón, consideramos pertinente que dicho literal debiera especificar: "[E]l Concedente haya probado los Estudios...".
145. Esto, para precisar claramente que la competencia para la aprobación de los Estudios le corresponde al Concedente, aun cuando el Regulador participe dando su opinión sobre estos.

VI.1.17 Modificación de plazos para ejecución de Obras (Capítulo VI: Ejecución de Obras, página 42).

146. En este caso se establece que el plazo para que el Concedente se pronuncie sobre la solicitud de ampliación de plazo empieza a contabilizarse desde la recepción de la opinión del Regulador. Al respecto, consideramos que debe incluirse que dicho plazo empieza a correr desde que reciba la opinión del Regulador o al vencimiento del plazo sin la emisión de esta opinión, lo que ocurra primero.
147. En el segundo párrafo, se señala que las modificaciones en el plazo aprobadas, podrían generar la reformulación del Programa de Ejecución de Obras (PEO), con opinión favorable del Regulador. Somos de la opinión que las modificaciones de los plazos que genere la reformulación del mencionado programa son aquellas en las que el retraso no se produzca por un hecho imputable al Concesionario. Finalmente sería conveniente que se señale que el procedimiento para la reformulación del PEO puede presentarse de manera conjunta con la ampliación de plazo, y que en el supuesto de presentarse posteriormente, se tramitará conforme al procedimiento de la ampliación.

VI.1.18 Aceptación de las Obras (Capítulo VI: Ejecución de Obras, páginas 44).

148. En las cláusulas 6.20 a 6.26 se regula el proceso para aceptación de las obras, estableciéndose que corresponde al REGULADOR emitir la respectiva aceptación, a través del Comité de Aceptación de Obras que este conforme.
149. Sobre el particular, en primer lugar, debemos señalar que corresponde **únicamente al Concedente** la aceptación de las Obras, pues dicha aceptación compete únicamente al representante del Estado en la relación concesional, siendo el rol del Regulador solamente la certificación del avance de las obras realizadas por el Concesionario, como parte del ejercicio de su función supervisora.
150. En efecto, OSITRAN considera necesario aclarar que la Aceptación de Obras es de titularidad exclusiva de ente Concedente (representado en el contrato por el MTC), puesto que se trata de una conformidad que sólo puede emitir éste, en su calidad de acreedor de la obligación a cargo del concesionario (deudor de la obligación de realizar las obras de inversión correspondientes, en la oportunidad y condiciones establecidas en el contrato).



151. El organismo regulador no forma parte del vínculo contractual y aún cuando forma parte de la estructura funcional del Estado, por su adscripción a PCM; no tiene facultad legal para certificar la aceptación de una obra que sólo puede dar el beneficiario de la misma, que es el Estado en su rol de Concedente (MTC).
152. Consideramos necesario enfatizar la importancia de que los contratos de concesión observen no sólo la naturaleza de los contratos (onerosos, co-financiados), sino especialmente los roles y funciones asignadas por las normas a cada uno de los entes públicos. Así, el ente Concedente no debe asumir funciones propias del organismo regulador, ni se puede proponer que OSITRAN asuma funciones ajenas a su rol de supervisor, de árbitro imparcial entre los intereses del inversionista, del Estado y de los usuarios, lo que naturalmente le impide realizar funciones que impliquen que se comporte como juez y parte.
153. En resumen, corresponde al Regulador supervisar las obras y su construcción conforme al contrato de concesión, siendo el Concedente el ente autorizado para recibir la obra y dar su conformidad respecto de la misma. En tal sentido, deberá modificarse esta cláusula a fin de que quede claramente establecido el rol del Regulador y del Concedente.

VI.1.19 Obras Adicionales (Capítulo VI: Ejecución de Obras, página 45).

154. Al respecto, no se establece cuál de las partes asume el riesgo por las obras adicionales, tampoco si están cubiertas por los seguros a contratar por el Concesionario. Consideramos conveniente que PROINVERSIÓN evalúe cuál de las dos partes se encuentra en mejor posición para asumir este riesgo.

VI.1.20 Obras que se entregarán al Concesionario (Capítulo VII: De La Conservación, página 49).

155. En la Cláusula 7.12. se establece que durante un periodo de cinco (5) años a partir de la recepción por parte del concesionario de las obras ejecutados por el Concedente (fecha que debe constar en el Acta de la Entrega Parcial de Bienes), si el Concesionario detectara un vicio oculto atribuible a defectos de ejecución de obras y que además dicho vicio oculto no permitiera, pese a una adecuada conservación Vial Rutinaria, cumplir con los indicadores del Anexo I, no le serán aplicables al Concesionario las penalidades derivadas como consecuencia directa del vicio oculto.

156. A fin de que se pueda realizar una adecuada supervisión y evitar interpretaciones diferentes entre las partes y el Regulador, consideramos conveniente que se defina de manera precisa el término "VICIO OCULTO" y/o en todo caso, remitir el tema a la definición que brinda el Código Civil.

VI.1.21 De la Función de Supervisión (Capítulo XV: Competencias administrativas, página 85).

157. En el segundo párrafo se establece que los costos derivados de la supervisión serán asumidos por el Concesionario, quien pagará al Regulador los montos indicados en



la Cláusula 10.6 (pago por supervisión de obras), y en la Cláusula 15.12 (aporte por regulación).

158. Al respecto, si bien la supervisión de obras será pagada con la cláusula 10.6, para la supervisión del mantenimiento y explotación no se puede asignar el aporte por regulación, puesto que este es un tributo, específicamente una contribución¹⁷; en ese sentido, por su naturaleza no puede ser asignado a una actividad específica del Regulador, sino que sirve para financiar todas las actividades en general que este organismo cumple al supervisar y regular a las entidades prestadoras de la infraestructura de transporte de uso público que están bajo su competencia; en conclusión, el aporte por regulación que efectúe la concesionaria de la Autopista del Sol, no puede ser derivado exclusivamente para la supervisión del mantenimiento y la explotación de esta concesión, el mantener esta cláusula colisionaría con el ordenamiento jurídico y la naturaleza jurídica del aporte por regulación. Esta cláusula no guarda estricta concordancia con el ordenamiento jurídico y la naturaleza jurídica del aporte por regulación.

VI.1.22 Aporte por Regulación (Capítulo XV: Competencias administrativas, página 87).

159. En el mismo sentido de la opinión del punto anterior, consideramos que debe eliminarse la última parte de la cláusula 15.12, en virtud que textualmente señala: "[E]ste monto será destinado a cubrir los gastos que genere la supervisión de la Conservación Vial y Explotación de la Concesión, de acuerdo a las exigencias del presente Contrato y al cumplimiento del mecanismo de supervisión, establecido en el Anexo I."

160. Reiterando nuestra posición vertida en el comentario sobre la función supervisora, la eliminación sugerida se sustenta en el hecho que, atendiendo a la naturaleza jurídica del aporte por regulación que califica como una contribución, no puede destinarse el pago que realice la concesionaria por este concepto de manera exclusiva, para la supervisión de la conservación vial y la explotación de esta

¹⁷ En base a lo desarrollado en las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 01520-2004-AA, 3303-2003-AA, 2058-2003-AA/TC, los mismos que inciden sobre la naturaleza tributaria de los aportes por regulación y sobre la observancia del principio de legalidad y confiscatoriedad propios de los aportes de regulación y su tratamiento como tributo tipo contribución.

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF

"NORMA II : ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

- a) **Impuesto:** Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
- a) **Contribución:** Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
- b) **Tasa:** Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente."

[Subrayado y resaltado agregado]



concesión. Este párrafo tendría asidero legal si es que la naturaleza del aporte sería el de una tasa. En consecuencia proponemos la siguiente redacción:

"15.12 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 el Artículo 10 de la Ley N° 27332, o norma que la modifique o sustituya, en los términos y montos a que se refieren dichos dispositivos legales."

VI.1.23 Término por Incumplimiento del Concedente (Capítulo XVI: Caducidad de la Concesión, página 90).

161. El literal b) de la cláusula 16.8 cita como causal de término del Contrato de Concesión el "incumplimiento del CONCEDENTE en la entrega del área de terreno comprendido en el Derecho de Vía en los plazos previstos en la Cláusula 5.11 y 5.12.
162. Consideramos que la causal de resolución establecida en el literal b), 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.
163. En virtud de lo mencionado, somos de la opinión que PROINVERSION debería evaluar la conveniencia de eliminar este supuesto como una causal de caducidad, o en su defecto, debería morigerar el impacto de dicha cláusula a través de otras medidas, como por ejemplo, establecer en las cláusulas 5.11 y 5.12 un calendario más amplio para la entrega de terrenos, pudiéndose establecer los mismos incluso a través de porcentajes.

VI.1.24 Acreedores Permitidos (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 9).

164. En el literal h) de la definición de Acreedores Permitidos se observa que se comprende dentro de este concepto a "cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública".
165. 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". 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.



VI.1.25 Autoridad Ambiental Competente (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 11).

166. En el capítulo correspondiente a definiciones se ha incluido el concepto de "Autoridad Ambiental Competente".
167. Consideramos pertinente 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 7º de la Ley Nº 26917, Ley de creación de OSITRAN.

VI.1.26 Días (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 14).

168. 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 de la Autoridad Gubernamental, y los feriados regionales.
169. Al respecto, si bien se están considerando los feriados regionales dentro de la definición de días, se debe establecer que se trata de feriados regionales no laborables y que estos se contabilizarán como inhábiles en los casos que resulte aplicable.

VI.1.27 Empresa afiliada, Matriz Subsidiaria o Vinculada (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, páginas 14 y 15).

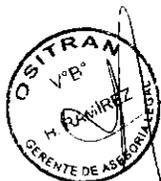
170. Dentro de las definiciones de empresa afiliada, matriz, subsidiaria o vinculada, se hace referencia al "Control Efectivo"; sin embargo, dentro de las definiciones no se precisa que es lo que debe entenderse por este concepto.



171. Sobre el particular, en concordancia con la interpretación que realizó el Consejo Directivo de OSITRAN sobre el concepto "Control Efectivo" en el caso del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, contenidas en las Resoluciones Nº 009-2000-CD-OSITRAN y 014-2000-CD-OSITRAN, consideramos pertinente que dentro de esta definición se precise que el término "Control Efectivo"¹⁸ comprenderá cualquiera de las siguientes situaciones:

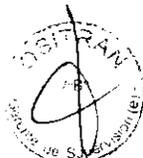


- a) Cuando una empresa tiene la potestad para gobernar las políticas operativas, financieras o comerciales de una o varias empresas bajo un reglamento, contrato, régimen de poderes o cualquier otra modalidad.
- b) Cuando de la documentación oficial de una empresa se puede afirmar que ésta actúa como división o departamento de la otra empresa.



18

La definición elaborada por el Consejo Directivo se fundamentó en la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros Nº 445-2000, la cual define el concepto de control en su artículo 9º inmerso en el capítulo III correspondiente al Grupo Económico, dichos conceptos son concordantes con los artículos 6º, 7º de la Resolución CONASEV Nº 090-2005-EF-94 10, que también contienen la definición de Control y Grupo Económico respectivamente.



- c) Cuando una empresa ha adquirido más del cincuenta por ciento (50%) de los bienes producidos o servicios prestados por otra empresa en el ejercicio inmediato anterior al que se refieren las inversiones presentadas.
- d) Cuando cualquier obligación de una empresa está garantizada por otra que no sea una empresa del sistema financiero.
- e) Cuando una misma garantía otorgada por una empresa respalda obligaciones de dos o más empresas.
- f) Cuando existe un contrato de cesión de garantías entre dos empresas.

VI.1.28 Regulador (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 19).

172. En esta parte se precisa que las disposiciones del REGULADOR (reglamentos autónomos, normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter particular, así como las directivas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones, indicadas en el artículo 22º del Reglamento de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM), son de observancia obligatoria y cumplimiento obligatorio por el Concesionario.

173. Sobre el particular es recomendable que se incluya dentro de la cita legal al inciso c) del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley N° 27332, que es una de las leyes (además de la Ley N° 26917) sobre la cual se desarrolla el Reglamento de OSITRAN.

VI.1.29 Ampliación de Plazo (Capítulo IV: Plazos de la Concesión, página 31).

174. Se señalan plazos para el pronunciamiento del Regulador y Concedente; al respecto consideramos que los días deben establecerse en días hábiles, ya que la revisión de las causales que sustentan la solicitud de ampliación de plazo, muchas veces requieren de una evaluación exhaustiva, así como de recopilación de información que permita sustentar la procedencia de dicha prórroga, de acuerdo al análisis que realice el Supervisor de Obras, en coordinación con los Supervisores de Inversiones

VI.1.30 Compromiso de contratar mano de obra local para la ejecución de Obras (Capítulo VI: Obras de construcción, página 47).

175. En la Cláusula 6.37 se establece que el CONCESIONARIO se compromete a realizar todos sus mejores esfuerzos para que él directamente o a través de él o los constructores, se contrate para la ejecución de las Obras, a personas naturales residentes de los lugares en donde se ejecutarán las Obras, en función a la especialización requerida por el tipo de trabajo a realizar.

176. Opinamos que la contratación de personal residente de la zona no debe limitarse a personas naturales. En tal sentido, recomendamos que se permita la contratación tanto de personas naturales como personas jurídicas.



VI.1.31 Ocurrencia del Fenómeno del Niño (Capítulo VII: De La Conservación, página 50).

177. De la lectura de la cláusula 7.15, queda poco claro (muy discrecional) quien será la entidad encargada de declarar la emergencia del Fenómeno del Niño, y si la simple declaración de la emergencia es suficiente para que el Concesionario pueda aducir cualquier afectación en la Concesión como causa del Fenómeno del Niño, y por ende la cobertura de los siniestros a ocurrir sea a costa del Concedente.
178. A nuestro parecer, debería precisarse la entidad gubernamental que es la encargada de declarar el Fenómeno y su rango de acción, para que ante su declaración se active la mencionada cláusula. De la investigación realizada se ha ubicado como ente especializado en el tema a ENFEN "Estudio Nacional del Fenómeno El Niño" constituida por el IMARPE, el SENAMHI, el INDECI, el INRENA, el IGP y el DHN.
179. El ENFEN tiene por **objetivo** estudiar el Fenómeno "El Niño", con el fin de lograr una mejor comprensión del mismo, poder predecirlo y determinar sus probables consecuencias, la cual tiene entre sus funciones mantener informado sobre la posible ocurrencia del Fenómeno "El Niño", para que con ello se permita adoptar decisiones para adecuar y **proteger la infraestructura existente en los distintos sectores**, en prevención a los posibles daños que pudiera causar este Fenómeno a la economía nacional y la población peruana.

180. En tal sentido, sugerimos se introduzca en el primer párrafo de la mencionada cláusula, lo siguiente:

*"En caso se produzcan daños, destrucción, defectos o mermas en la infraestructura vial por la ocurrencia del fenómeno del Niño en toda o parte de la Concesión, declaradas oficialmente por el ENFEN o la entidad gubernamental que haga sus veces, regirán las siguientes disposiciones:
(...)"*

181. Adicionalmente a lo dicho, creemos que el Concedente se encuentra asumiendo un riesgo que no muestra contrapartida al Concesionario. Con la intención de mitigar el mencionado riesgo, se podría obligar al Concesionario a la prevención o resguardo de las vías y puentes, con mecanismos adecuados de limpieza de los cauces y/o avenidas por donde se pueda prever que circulan los huaicos y crecidas de los ríos, al momento de producidas las lluvias, más allá del área de Concesión, todo ello a costo del Concesionario, sin dicha medida no se crearían los incentivos adecuados al Concesionario para que haga sus mejores esfuerzos para conservar las vías y puentes de la mejor forma posible ante la llegada del Fenómeno del Niño.

182. En tal sentido, si es que el Concedente asumirá los gastos que sean consecuencia de reparaciones y construcciones por el Fenómeno del Niño, el Concesionario debería tomar medidas de prevención para que, de producido el daño, este sea menor, debido a las medidas adoptadas con antelación para reducirlo y hasta evitarlo.

183. Igualmente, existen fenómenos naturales que son consecuencia del Niño, como por ejemplo, el Fenómeno de la Niña, los cuales deben delimitarse claramente para que



luego, no puedan ser incluidos conjuntamente todos dentro del mismo paquete del Niño, con la consecuente carga en contra del Concedente.

VI.1.32 Inicio de la Explotación (Capítulo VIII: Explotación de la Concesión, cláusula 8.12 páginas 55).

184. En los dos últimos párrafos del literal a) de la cláusula 8.12, modificar las referencias que se hacen a los servicios indicados en los numerales anteriores. En el penúltimo párrafo se cita a) y b), debiendo ser lo correcto i y ii; en tanto que en el último párrafo se cita c), d) y e), siendo lo correcto iii), iv) y v).

VI.1.33 Clases de Póliza de Seguros (Capítulo XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario, páginas 71-72).

185. En el último párrafo de la cláusula 9.1 se deja ver que el Concesionario debe contar con un seguro que cubra "CONMOCION SOCIAL", en tanto que en la cláusula 12.2 Seguros sobre bienes en Operación, no se especifica que la Conmoción Social sea un riesgo a cubrir por el Concesionario, por lo que debiera incluirse.

VI.1.34 Estudio de Impacto Ambiental (Capítulo XIII: Consideraciones Socio Ambientales, páginas 77).

186. En el primer párrafo del numeral 13.6 debería mencionarse: "En cumplimiento de la Ley General del Ambiente y de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental..."; ello, toda vez que con fecha 5 de marzo de 2009, se ha publicado en el diario Oficial El Peruano la norma modificatoria.

187. En el último párrafo de la cláusula 16.4, deberá corregirse el error mecanográfico que se advierte al señalarse "cerifique" en lugar de "certifique".

VI.1.35 Término por Incumplimiento del concesionario (Capítulo XVI: Caducidad de la Concesión, página 89).

188. En el último párrafo de la cláusula 16.4, deberá modificarse el término "cerifique" por "certifique".

VI.1.36 Ámbito de aplicación (Capítulo XVIII: Solución de Controversias, página 98).

189. La cláusula 18.2 señala que la presente Capítulo regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión. Sin embargo, no se hace ninguna precisión a las materias que no pueden ser objeto de este capítulo.

190. En ese sentido, somos de opinión que se debe incluir las excepciones correspondientes, como son "aquellas controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público, dentro de éstas del OSITRAN".

191. Al respecto, consideramos apropiado incluir la precisión a que de ninguna manera serán materia de sometimiento a arbitraje las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de su función



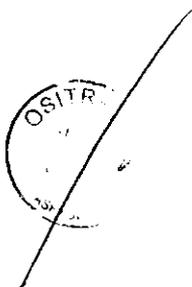
normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora, toda vez que, las impugnaciones contra estos actos deberán tramitarse necesariamente en la vía contencioso administrativa.

VI.1.37 Trato directo (Capítulo XVIII: Solución de Controversias, página 99).

192. La cláusula 18.11 contiene las disposiciones contractuales respecto al Trato Directo, donde no se define al trato directo. Asimismo, la redacción de la cláusula no hace más que indicar qué pasaría si las partes no definen si las controversias son técnicas o no técnicas, y remite al procedimiento de arbitraje (contemplado en el numeral 18.12).
193. Recomendamos que se defina el término "Trato Directo" y el objetivo que se busca alcanzar con el mismo.
194. Asimismo, en la cláusula materia de evaluación, sólo se excluye de manera expresa del mecanismo de trato directo a la función reguladora de OSITRAN. Sin embargo, el Regulador, en el marco de sus funciones realiza una serie de actuaciones adicionales a las reguladoras, que tampoco pueden estar sometidos al mecanismo de trato directo ni arbitraje. El trato directo no es procedente para desconocer el ejercicio de la función administrativa ya sea de OSITRAN o del MTC, así como cualquier entidad de la Administración Pública, cuando emite un acto administrativo.
195. Por otro lado, consideramos que establecer como plazo para la resolución de la controversia vía Trato directo, uno "NO MENOR DE SEIS MESES" puede resultar ineficiente y limitar la posibilidad de solucionar la controversia en un plazo menor. En tal sentido consideramos que debería indicarse que las controversias deben ser solucionadas en un plazo "NO MAYOR a SEIS MESES".
196. Adicionalmente, recomendamos que este capítulo recoja la redacción de la cláusula de Trato Directo del Contrato de Concesión de Aeropuertos del Perú (ADP).

VI.1.38 Arbitraje (Capítulo XVIII: Solución de Controversias, páginas 102)

197. El inciso ii) de la cláusula 18.12, se menciona que las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Dos Millones Dólares (US\$ 2 000 000,00) se llevaran a cabo a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, y se menciona también que debe emitirse el laudo arbitral dentro de los ciento (120) Días Calendario posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral.
198. Es necesario precisar que es la Cámara de Comercio de Lima la que se ha establecido como centro de arbitraje para, sino todos, la mayoría de Contratos de Concesión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Al respecto, por la experiencia del Regulador ante dicha institución, debe manifestarse que la misma cuenta con una carga procesal considerable, lo que no permite que las controversias se resuelvan con la celeridad que ameritan que surgen en este tipo de contratos de concesión. En ese sentido, sugerimos a PROINVERSIÓN considerar un centro de arbitraje diferente, especializado en los temas de concesión de infraestructura de



transporte de uso público o similar, con menos carga procesal que permita la celeridad debida en la solución de las controversias.

199. No obstante lo acotado, de mantener al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima como órgano para dirimir las controversias, debe señalarse que mediante Carta N° 0249-2008/CA-CCL-SGE, este centro nos comunicó que el plazo aproximado que dura un procedimiento arbitral incluyendo la realización de audiencias y notificaciones, señalando que desde la instalación del Tribunal arbitral hasta la notificación del laudo transcurrirían ciento treinta y cinco (135) días hábiles, precisando que *"habiendo sido calculados los términos en un escenario conservador (...) un arbitraje que demande mayor complejidad podría necesitar términos mayores."*
200. En tal sentido, los ciento veinte (120) días propuestos como máximo para que se emita el laudo arbitral resultaría contradictorio, puesto que por un lado se establece el sometimiento de las partes al procedimiento arbitral ante la Cámara lo que significa el sometimiento a sus reglamentos y disposiciones procesales, y por otro se conviene un plazo máximo para la emisión del laudo arbitral, cuando de acuerdo con los reglamentos y a la experiencia de dicha institución, los plazos sobrepasan los ciento veinte (120) días. En ese sentido, establecer el plazo mencionado o cualquier otro plazo podría hacer inviable el sometimiento de las controversias a las normas que rigen los procesos en la Cámara.
201. Siendo esto así, sugerimos que se establezca que el laudo arbitral se emitirá dentro de los plazos establecidos en los reglamentos o normas procesales de la institución arbitral a la cual se sometan las partes del futuro contrato de concesión.

VI.1.39 Solución de Ingeniería

202. En la Bases del Concurso se permite que los postores presenten la solución de ingeniería que crean más conveniente, siempre y cuando, dicha solución les permita cumplir con los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato de Concesión. Sin embargo, en el Contrato de Concesión, para el caso de los elementos de calzada y berma, se fijan dos niveles de servicio para un mismo parámetro de condición, dependiendo si la solución de ingeniería adoptada es un tratamiento superficial o un concreto asfáltico. Pero, el Contrato de Concesión no establece niveles de servicio en el caso que la solución de ingeniería difiera de las mencionadas.
203. Lo más conveniente sería definir uno único Nivele de Servicio para los parámetros de condición ya establecidos. Así por ejemplo, si se define como Nivel de Servicio de la Rugosidad para recepción de Obra un valor de 2.0, el Concesionario evaluará y propondrá qué tipo de carpeta de rodadura debe colocar de forma tal que le permita cumplir con el Nivel de Servicio.
204. Otra situación que no está regulada en el Contrato de Concesión son los Niveles de Servicio que se deben verificar al momento de la recepción de obra. Tal como está diseñado en Contrato de Concesión, el único parámetro de condición que se debe verificar es la Rugosidad. Así, al momento de la recepción, la carpeta de rodadura pudiera presentar fisuras, parches, huecos, ahuellamientos, hundimientos, exudación y peladuras. El Contrato de Concesión debe establecer claramente los



Niveles de Servicio que se tienen que observarse al momento de la recepción de las obras.

VII. CONCLUSIONES

205. Los comentarios realizados en las secciones precedentes al Proyecto de Contrato de Concesión se basan en la información remitida por PROINVERSION (Versión final del Proyecto de Contrato de Concesión al 2 de marzo del 2009 y las Bases) la cual no considera el modelo matemático financiero. Asimismo, se han tomado en cuenta, entre otros, los siguiente criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701, y Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, y los Lineamientos para Emisión de Opiniones de Contratos de Concesión:

- Una distribución equilibrada y razonable de los riesgos y prestaciones entre las partes.
- Incentivar y promover la eficiencia en la provisión de los servicios relacionados con la infraestructura
- Las funciones, competencias y roles asignados en el marco institucional a las diversas entidades del Estado.
- La continuidad y sostenibilidad del servicio público y del CONCESIONARIO, a lo largo del plazo de la Concesión.

206. La opinión manifestada resulta acorde a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF, y el Decreto de Urgencia N° 047-2008, no obstante las consideraciones expuestas en el presente Informe que en cumplimiento de su rol Regulador, OSITRAN se encuentra obligado a declarar.

207. En el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, establece que es el OSITRAN el competente para pronunciarse sobre temas tarifarios, en la versión final de los Contratos de Concesión sobre Infraestructura de Uso Público, para el presente Contrato, no es posible que el OSITRAN emita pronunciamiento sobre el tema de los niveles tarifarios y el IMAG, en virtud que no se cuenta con los elementos necesarios para ello, tal como se ha señalado en el presente Informe, en ese sentido deberá corresponder a PROINVERSION sustentar si las tarifas y sus incrementos y los montos del IMAG son los más apropiados para este tipo de concesión, realizando un análisis de escenarios y asegurando la consistencia del proyecto, teniendo en consideración que al OSITRAN no se le ha reportado la información necesaria para llevar adelante el análisis.

208. Con relación a las materias relacionadas con la calidad de servicio, se están formulando observaciones cuya implementación por parte de PROINVERSIÓN condiciona la opinión favorable del regulador; y, en cuanto a las materias relacionadas con las facilidades esenciales, no cabe que el Consejo Directivo emita opinión toda vez que las carreteras no se encuentran dentro de la lista de facilidades esenciales sujetas al Reglamento Marco de Acceso - REMA de OSITRAN.



VIII. RECOMENDACIONES

209. Con relación a los temas tarifarios del "Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol del Tramo Trujillo - Sullana", versión 2 de marzo de 2009, no es factible la emisión de una opinión técnica debidamente sustentada por parte del Regulador, en virtud que no se cuenta con la información necesaria para tal pronunciamiento, correspondiéndole a PROINVERSIÓN sustentar si las tarifas y los montos del IMAG son los más apropiados para este tipo de concesión.
210. Emitir opinión favorable con relación las materias relacionadas con la calidad de servicio, la cual queda condicionada a la implementación por parte de PROINVERSIÓN de las sugerencias vertidas en el presente informe.
211. No corresponde emitir opinión sobre facilidades esenciales toda vez que las carreteras no se encuentran dentro de la lista de facilidades esenciales sujetas al Reglamento Marco de Acceso - REMA de OSITRAN.
212. Someter el presente informe a consideración del Consejo Directivo.

Atentamente,



Lincoln Flor Rojas
Gerente de Regulación

Héctor Kuang Salas
Gerente de Supervisión (e)

Humberto Ramírez Trucios
Gerente de Asesoría Legal

Carlos Fierro Garcés
Analista de Regulación



CFG/RVICAMM/gv
Reg.Sal. GRE-GS-GAL- 4802-09