



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 29.03.2010) del Tramo 2 de IIRSA Centro - Puente  
Ricardo Palma – La Oroya Huancayo y la Oroya – Dv. Cerro de  
Pasco.**

**ACUERDO N° 003-005-10-CD-OSITRAN  
del 16 de ABRIL de 2010**

Vistos el Informe N° 008-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, Oficio N° 123-2010-DE-PROINVERSION y la Versión Final del Contrato de Concesión (al 29.03.10) del Tramo 2 de IIRSA Centro – Puente Ricardo Palma – La Oroya Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco, el Oficio N° 4-2010-JP-AC-DAT/PROINVERSION; 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) Emitir opinión respecto a los aspectos tarifarios, facilidades esenciales y calidad del servicio, establecidos en la Versión Final del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro – Puente Ricardo Palma – La Oroya Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco, versión al 29 de marzo, conforme a las consideraciones contenidas en el Informe N° 008-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
- b) Notificar el Informe N° 008-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a PROINVERSION.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

16 ABR. 2010

Verifique que la copiativa es fiel copia del original que he tenido a la vista.  
Fecha

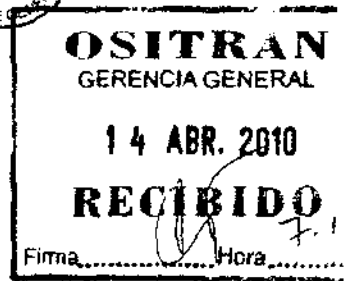
*[Firma]*

**Dra. XIMENA VENTURA DOBLETE**  
FEDATARIA  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN.

Consejo Directivo, PMS ANOS



**INFORME N° 008-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN**



Para : **Carlos Aguilar Meza**  
Gerente General

De : **Fernando Momiy Hada**  
Gerente de Regulación (e)

**Luigi D'Alfonso Crovetto**  
Gerente de Supervisión (e)

**Roberto Vélez Salinas**  
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión (al 29.03.2010) del Tramo 2 de IIRSA Centro - Puente Ricardo Palma - La Oroya Huancayo y la Oroya - Dv. Cerro de Pasco.

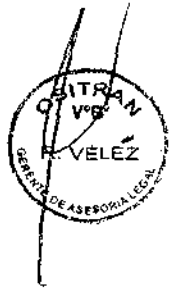
Fecha : 14 de abril de 2010

**I. OBJETO**

1. El objetivo del presente Informe es emitir opinión respecto a la concordancia existente 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° 044-2006-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.

**II. ANTECEDENTES**

- Mediante Oficio N° 123-2010-DE-PROINVERSION, de fecha 31 de marzo de 2010, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión favorable sobre la Versión Final del Contrato de Concesión (al 29.03.10) del Tramo 2 de IIRSA Centro - Puente Ricardo Palma - La Oroya Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco.
- Mediante Oficio N°042-10-GRE-OSITRAN de fecha 06 de abril del 2010, se requirió a PROINVERSION información complementaria.
- Mediante Oficio N° 4-2010-JP-AC-DAT/PROINVERSION, de fecha 08 de abril de 2010, PROINVERSION dio respuesta a la solicitud planteada y remitió información complementaria.



### III. MARCO LEGAL

5. 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).
6. Al respecto, el primer párrafo del 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 (...)*".
7. 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.*"
8. 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).
9. 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 (...)*"
10. 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.*"
11. El 18 de diciembre de 2008, se publicó el Decreto de Urgencia N° 047-2008 el cual, entre otras cosas, señala en su Artículo 1° 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 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 Carretera IIRSA Centro (Evitamiento Ramiro Prialé – Puente Ricardo Palma, La Oroya – Huancayo; La Oroya – Pucallpa).
12. El 24 de diciembre de 2009, se publicó el Decreto de Urgencia N° 121-2009 el cual, en sus Artículos 1° y 2°, establece lo siguiente:

*"Artículo 1.- Objeto*

*Declarar de necesidad nacional y de ejecución prioritaria en el año 2010 por parte de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN, la promoción de la inversión privada de los siguientes proyectos, asociaciones público privadas y concesiones:*

1. Carretera IIRSA - Centro (Eje multimodal Puerto del Callao - Puerto de Pucallpa) en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)



Artículo 2.- Extensión de los alcances de las medidas dispuestas por el Decreto de Urgencia N° 047-2008

Extender hasta el 31 de diciembre de 2010 los alcances de las medidas dispuestas a través del Decreto de Urgencia N° 047-2008, así como lo establecido en la Ley N° 29339, Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de inversión durante el Bienio 2009-2010, a los proyectos referidos en el artículo anterior."

13. Según se aprecia, el Decreto de Urgencia N° 121-2009 no sólo prioriza la promoción de la inversión privada del Proyecto Carretera IIRSA Centro durante el año 2010, sino que además extiende hasta el 31 de diciembre de 2010 los alcances de las medidas dispuestas a través del Decreto de Urgencia N° 047-2008, razón por la cual, para el presente caso, se tomará en cuenta lo señalado en dicha norma.
14. Así, el Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008 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."
15. Igualmente, dicho artículo 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."
16. 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 Reglamento<sup>1</sup>, 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 de ciertos proyectos.

### III. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

17. Con relación a la emisión de opinión de OSITRAN respecto de la última versión del contrato de concesión, resulta natural que la materia objeto de opinión deba versar exclusivamente respecto de las competencias asignadas por Ley al Regulador.
18. 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."



<sup>1</sup> El inciso 11.2 del Artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de APP's señala lo siguiente:

"Artículo 11.- Plazos y carácter de las opiniones para Asociaciones Público-Privadas

(...)

11.2 El plazo para la emisión de la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas a que se refiere el numeral 9.1 de la Ley, así como para la del Ministerio de Economía y Finanzas y el organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la Ley será no mayor a 15 (quince) días hábiles contados desde recibida la documentación sustentatoria. Para tales efectos, estas entidades contarán con un único plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de recibida la documentación sustentatoria para requerir información faltante."



19. 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.
20. 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, señalando a la letra 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."
21. 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."
22. 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.
23. Sin perjuicio de lo mencionado, además de la opinión que OSITRAN realice en aspectos de su estricta competencia, se presentarán una serie de comentarios a efectos que PROINVERSIÓN los tenga en consideración para una mejor aplicación del contrato de concesión.

#### **IV. ANÁLISIS**

24. El análisis que se presenta en esta sección se ha realizado tomando en consideración la información presentada por PROINVERSIÓN (Versión final del Proyecto de Contrato de Concesión al 29 de marzo del 2010 y las Bases), la información complementaria remitida posteriormente y la información pública disponible a la fecha de elaboración del presente Informe, contenida en el Portal de la Agencia de Promoción.
25. Los temas materia de análisis seguirán el orden establecido en el artículo 11 del Reglamento de la Ley Marco de APP's

#### **V. TEMAS TARIFARIOS: El peaje y la tarifa**

##### **V.1 Nivel del peaje y sostenibilidad de la oferta, Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (página 56).**

*En la cláusula 9.4 b) de la versión final del Contrato de Concesión se hace referencia a la tarifa a ser cobrada durante los 25 años de la concesión.*

26. OSITRAN solicitó a PROINVERSIÓN el modelo financiero mediante el cual se ha calculado el peaje o la tarifa propuesta, el cual debe llevar al Valor Actual Neto (VAN) a un escenario competitivo. En la remisión de la información,



PROINVERSION indica que el modelo podría modificarse en virtud que aún faltan recibir comentarios.

27. En ese sentido, la opinión del OSITRAN se limita, como corresponde, a evaluar la propuesta remitida por PROINVERSION. Cualquier modificación que se realice a la propuesta, no podrá considerarse que ha sido evaluada o que cuenta con la opinión previa de OSITRAN.
28. Ahora bien, es importante señalar que el Regulador debe velar porque los niveles de peaje aseguren la sostenibilidad de la oferta de servicios de calidad en el largo plazo, y a la vez estimule el desarrollo de la infraestructura vial. Así, el nivel tarifario deberá permitir que se cubran los costos económicos de la prestación del servicio (incluyendo la retribución al capital). En este sentido, la preocupación del Regulador es la de determinar si el Proyecto es sostenible en el tiempo con los niveles tarifarios propuestos, sin generar ganancias extranormales o monopólicas.
29. Al respecto, PROINVERSION ha remitido el modelo financiero del proyecto, que comprende la demanda (tanto por el Ingreso Medio Diario-IMD como por ejes), las tarifas por ejes, los costos de la Concesión (los gastos operativos, seguros, mantenimiento e impuestos), así como las inversiones.
30. En general, los supuestos del modelo financiero presentado son los siguientes:

**Tabla N°1**  
**Supuestos generales del modelo financiero**

Variable	Supuesto
Primer año de concesión	2010
Número de años de la concesión	25 años
Puesta a Punto Concedente	2013
Inicio de Obras	2010
Fin de Obras	4 <sup>to</sup> año (luego de cierre financiero)
Tasa de Crecimiento (2009-2014)	3.40% (ligeros) 2.34% (pesados)
Inversión total (incluido el IGV)	US\$ 60 MM

31. Respecto a las condiciones financieras, se ha asumido un ratio deuda / patrimonio de 1.5, con un costo de deuda de 10% anual y un costo de capital de 13%. El aporte inicial de los accionistas sería de US\$ 2 M, y el capital social en el año 1 sería de US\$ 1 MM.
32. Con relación a las tarifas (cláusula 9.4), se asume que a partir de marzo del 2011, éstas aumentarán a US\$ 1,50, incrementándose en adelante únicamente por el efecto inflación de acuerdo a lo señalado en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión. Adicionalmente a lo señalado, el Concedente podrá establecer tarifas diferenciadas menores, hasta por un monto que no supere el 3% de los ingresos generados, lo cual ha sido considerado en el modelo. Es importante señalar que es el MEF quien debe aprobar esta medida ya que una vez que se supere el 3% de los ingresos generados, el Concedente se encontrara obligado a compensar al Concesionario por el exceso.
33. Es necesario indicar que el Modelo no contempla escenarios probables de ocurrencia de la demanda, y pareciera no estar considerando como competidor del tráfico de vehículos pesados a la línea férrea contigua a la carretera (vía

administrada por Ferrovías Central Andina S.A.); ello no solo tendría un impacto negativo en los ingresos sino también en el IMAG establecido.

34. No obstante lo anterior, y según lo señalado por PROINVERSION, las tarifas así establecidas harían sostenible el Proyecto y permitiría que se cubran los costos económicos (incluyendo la retribución al capital).

**V.2 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (páginas 56 - 57).**

35. En los literales b) y c) 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 que:

Tarifa	Desde	Hasta
Tarifa vigente más IGV e impuestos de ley	Toma de Posesión de estaciones de peaje.	El mes de marzo del 2011.
US\$ 1,50 más IGV e impuestos de ley	A partir del mes marzo del 2011.	Hasta el fin de la Concesión (incluida la cláusula 9.5).

36. Como se observa, el incremento de las tarifas se realizará antes de la ejecución de las obras por parte del Concedente, es decir antes de la entrega de las obras de puesta a punto, las que están a cargo del Concedente. Como ha sido señalado en anteriores opiniones emitidas por OSITRAN, los incrementos tarifarios deben responder a un mejor nivel de servicio de la carretera. En ese sentido los incrementos tarifarios únicamente deberán darse en aquellos sectores en los que se han concluido las obras de cada uno de los tramos, ya sea que éstos fueran realizados por el Concesionario o por el Concedente o en aquellos sectores en donde los usuarios se vean favorecidas por mejores servicios.
37. En ese sentido, es preciso recalcar que el incremento tarifario descrito en el inciso b) debe estar atado a la conclusión de las Obras o prestaciones de servicio, mas no a una fecha determinada, ya que como se ha visto en todos los Contratos de Concesión aprobados por PROINVERSION, las partes suelen excederse del plazo de entrega de las Obras, por tanto es necesario la modificación de dicha cláusula.

**V.3 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (páginas 57 - 58).**

38. En la cláusula 9.5 se hace referencia a que "las tarifas serán redondeadas a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol, inmediatamente superior".
39. 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 hacer el Concedente.
40. 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.

R. VÉLEZ  
REGISTRO DE ASESORIA LEGAL

OSITRAN  
V. B. B.

OSITRAN  
V. B. B.

OSITRAN  
V. MIRANDA

OSITRAN  
V. B. B.  
C. PIERRO

41. De otro lado, las últimas tres (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, por excederse al 3%, afectará bajo ningún concepto o circunstancia al CONCESIONARIO"*
42. 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, ya que tiene ingresos fijos por concepto de peaje (que se traducen en un PAMO). Sin embargo, en el caso de una concesión autofinanciada como la analizada, el Concesionario de todas maneras verá afectados sus ingresos (salvo el caso en que se active el IMAG).
43. En caso se mantenga el texto en la versión del contrato a ser suscrito entre Concedente y Concesionario, esto podría originar que el Concesionario reclame posteriormente por lo ingresos dejados de percibir como resultado del cobro de las tarifas diferenciadas.

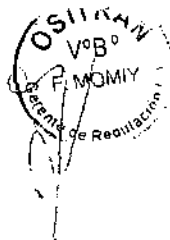
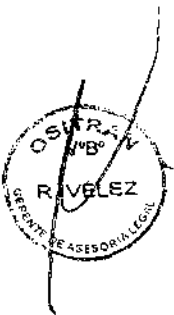
## VI. CALIDAD DE LOS SERVICIOS

### VI.1 Inicio de explotación (Capítulo VIII: Inicio de Explotación, página 54).

44. En la sección b) de la cláusula 8.12 se establece que al Concesionario se le permitirá cobrar por los servicios higiénicos ubicados en cada unidad de peaje. Al respecto, consideramos conveniente que la implementación de los servicios higiénicos sea ubicada en la sección a) de la misma cláusula, en donde el servicio es gratuito. La modificación propuesta no altera de manera significativa el flujo de efectivo del proyecto.

### VI.2 Obras que se entregarán al Concesionario (Capítulo VII: De La Conservación, página 50).

45. En la Cláusula 7.10. se establece que el Concedente luego de culminado el servicio de conservación contratado, entregará al Concesionario los tramos correspondientes. Adicionalmente, en la cláusula 5.11 inciso b), se menciona que *"Los Sub Tramos Puente Ricardo Palma- La Oroya, La Oroya – Huancayo y La Oroya- Desvío Cerro de Pasco, serán entregados en el primer trimestre del 2013"*
46. Con relación a ello, es necesario definir adecuadamente la fecha de entrega de la vía por parte del Concedente al Concesionario, ya que el Contrato de Servicio N°148-2009-MTC/20 suscrito por el MTC con CONALVIAS, es por 5 años, contados al día siguiente de la suscripción del acta de transferencia de administración de bienes y área de la carretera, mientras que el Contrato de Concesión establece aproximadamente 3 años.
47. Consideramos necesario establecer claramente los Niveles de Servicio que se tienen que observar al momento de la recepción de las obras. Ni en el Contrato de Concesión ni en los Contratos de Servicios N°145-2009-MTC/20 y N°148-2009-MTC/20 suscritos entre el MTC y CONALVIAS, se señala con qué niveles de servicio deberá entregar el Concedente al Concesionario la vía; tampoco se señala que sucede si el Concedente no entregara la vía en los plazos señalados en el Contrato de Concesión.





48. En este mismo sentido, tampoco se señala quién supervisará la puesta a punto a llevarse a cabo por el Concedente, durante la Concesión.

**VI.3 Niveles de Servicio (Anexo I: Apéndice 2 Parámetros de Condición y Serviciabilidad Exigibles de Concesiones Viales, página 125)**

49. Considerando que la carretera cuenta con número considerable de túneles ( nueve), que aproximadamente suman 1,500 m, es preciso que se establezcan niveles de servicio a ser exigidos durante la etapa de explotación y conservación.

**VII. TEMAS RELACIONADOS CON LAS FACILIDADES ESENCIALES**

50. 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 resaltado es nuestro).***

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



## VIII. OTROS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

### VIII.1 Definiciones (Capítulo I. Antecedentes y Definiciones, páginas 9 en adelante).

52. 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".
53. 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 cual establecía la conveniencia de mantener criterios uniformes para los diferentes contratos de concesión.
54. En las definiciones de Acta Integral o Parcial de Entrega de los Bienes, numerales 1.8.2. y 1.8.3, se debe agregar el siguiente texto "Suscrita el acta correspondiente el Concedente remitirá copia del acta y anexos de ser el caso a OSITRAN".
55. En la definición 1.8.31 Derecho de Vía, agregar el siguiente párrafo "Se anexará a las actas de entrega de bienes un inventario de Estado situacional del derecho de vía donde se detalle la progresiva, tipo de interferencia, foto, propietario y posible acción para liberar el área de derecho de vía.
56. En la definición del numeral 1.8.40 Estudio de Impacto Ambiental (EIA), se recomienda incluir el siguiente texto.

*"Documento técnico de carácter preventivo, que identifica los impactos y contiene el plan de manejo socio-ambiental de los proyectos de infraestructura vial según su grado de riesgo, para las diferentes fases de estudios, ejecución de Obras, Conservación y Operación incluyendo los sistemas de supervisión y control en concordancia con los dispositivos legales sobre la materia. Además, incluye las normas, guías y procedimientos relativos al Reasentamiento Involuntario y temas relacionados con el desarrollo de pueblos indígenas y arqueología del área de trabajo."*

57. Con relación a la cláusula 1.8.41, pp.15, Estudios Definitivos de Ingeniería de las Obras para Casos de Desempate. Teniendo en cuenta los últimos Concursos Públicos de concesión de carreteras (Autopista del Sol y Red Vial N° 4), en los que ni las Bases, ni los Contratos contemplaron los plazos para la presentación de los Estudios de las Obras para Casos de Desempate, ni las fechas de cierre financiero de las mismas, recomendamos establecer con claridad en la definición de Estudio Definitivo de Ingeniería contemplada en la Cláusula 1.8.41, que esta definición alcanza a las Obras a Cargo del Concesionario, concepto que incluye las Obras Obligatorias y las Obras para casos de Desempate. Para tal efecto se propone el siguiente texto:



1.8.41 Estudio Definitivo de Ingeniería

Es el documento técnico donde se establecen los detalles de diseño de Ingeniería de las Obras a cargo del Concesionario y que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO de acuerdo con los Términos de Referencia de las Bases y el Contrato. El Estudio Definitivo de Ingeniería incluirá como mínimo lo siguiente: (i) Resumen Ejecutivo, (ii) Memoria Descriptiva, (iii) Metrados, (iv) Análisis de precios unitarios, (v) Presupuesto de la totalidad de recursos que cubran las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, (vi) Cronogramas, (vii) Especificaciones Técnicas, (viii) Estudios básicos, (ix) Diseños, (x) Informe de Auditoria en Seguridad Vial (xi) Plan de mantenimiento, (xii) Unidades de Peaje, (xiii) Estaciones de Pesaje, y (xiv) Planos.

Éstos deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.4 del Contrato.

**VIII.2 Obras Adicionales (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 17).**

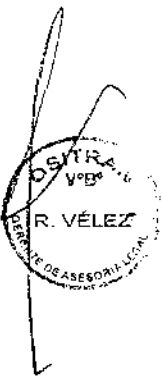
58. Las Obras Adicionales son aquellas cuya ejecución puede ser decidida durante el periodo de la Concesión, y regulada en las cláusula 1.8 y en las cláusulas 6.27 a la 6.36.
59. Las Obras Adicionales estipuladas en el Contrato de Concesión, adolecen de una Garantía; en este sentido, y considerando que todas las obras consideradas en el Contrato poseen una Garantía, y a efectos de darle mayor precisión al mismo respecto a las Garantías de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, se recomienda incluir una Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras por la ejecución de Obras Adicionales.

**VIII.3 Obras Obligatorias (Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, página 18).**

60. En el capítulo correspondiente a la definición de "Obras Obligatorias" (cláusula 1.8.62), 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". Asimismo corresponde revisar las definición de Obras Obligatorias, a efectos que se entienda dentro de dicha definición a las Obras de Puesta a Punto, dado que estas resultan de obligatorio cumplimiento para el Concesionario.

**VIII.4 Obligaciones del Concesionario a la fecha de Suscripción del Contrato (Capítulo III: Eventos a la Fecha de Suscripción del Contrato, página 27).**

61. 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.



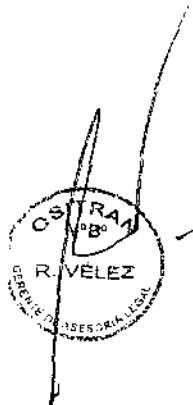
**VIII.5 Cierre Financiero (Capítulo III: Eventos a la Fecha de Suscripción del Contrato, página 30-31).**

62. Con respecto a la Cláusula 3.9 de la versión final del Contrato de Concesión, se observa que sólo se ha contemplado el Cierre Financiero de las Obras de Puesta a Punto, omitiéndose el Cierre Financiero de las Obras para Casos de Desempate. En este supuesto consideramos necesario incluir una Cláusula que contemple el Cierre Financiero de las mencionas Obras, a fin de evitar el inicio de la concesión sin las seguridades financieras necesarias.
63. La Cláusula 3.9 señala que "(...) antes de las Obras de Puesta a Punto, de acuerdo al plazo previsto en la Cláusula 6.1, el CONCESIONARIO deberá acreditar que cuenta con la totalidad de los recursos financieros (...)"; a su vez, la Cláusula 3.10 indica que "(...) 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 (...)".
64. Por su parte, la Cláusula 6.11, al momento de precisar el inicio de ejecución de las Obras de Puesta a Punto, señala lo siguiente:

*"6.10.- Las Obras de Puesta a Punto se deberán iniciar a más tardar a los treinta (30) días calendario de haber recibido del CONCEDENTE los Sub Tramos de la carretera en los plazos indicados en la Cláusula 5.11<sup>2</sup>, siendo además necesaria la verificación de las siguientes condiciones:*

*a) El CONCESIONARIO haya acreditado el cierre financiero para estas Obras, (...)"*

65. Como se puede observar, la fecha de inicio de Obras de Puesta a Punto se encuentra supeditada no sólo al transcurso del plazo mencionado en la Cláusula 6.11, sino además a la verificación de una serie de condiciones, las cuales deben acreditarse antes del vencimiento del plazo determinado en dicha cláusula.
66. Considerando que para el inicio de la Puesta a Punto se requiere que el Concesionario acredite que cuenta con los recursos financieros para la ejecución de dichas Obras, podemos apreciar una incongruencia en la redacción de las Cláusulas antes citadas, no sólo porque la Cláusula 3.9 no determina un plazo específico para la acreditación del Cierre Financiero (el cual podría presentarse a más tardar antes del inicio de Obras, conforme su actual redacción) sino que no permite determinar cómo efectuar la ampliación del plazo establecida en la Cláusula 3.10, tomando en cuenta que las Obras de Puesta a Punto no podrán iniciarse sin que previamente se acredite el Cierre Financiero.



<sup>2</sup> La Cláusula 5.11 señala lo siguiente:

5.11. Las áreas de terreno correspondientes al Área de la Concesión y/o Derecho de Vía deberán ser entregadas por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, en los siguientes plazos:

- (...)
- b) Los Sub Tramos Puente Ricardo Palma- La Oroya, La Oroya – Huancayo y La Oroya- Desvio Cerro de Pasco, serán entregados en el primer trimestre del 2013. En esta entrega se incluirá las Estaciones de Pesaje existentes en cada uno de los Sub Tramos.



67. En vista de lo mencionado, se recomienda modificar la redacción de la Cláusula 3.9 con el objeto de establecer un plazo específico respecto del cual se pueda determinar el plazo de ampliación que indica la Cláusula 3.10 y que además no perjudique el plazo de inicio de Obras de Puesta a Punto señalado en la Cláusula 6.11.

**VIII.6 Ampliación de Plazo (Capítulo IV: Plazos de la Concesión, página 31).**

68. 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

**VIII.7 Entrega del Área de la Concesión y/o el Derecho de Vía (Capítulo V. Régimen de Bienes, página 32 y 33).**

69. La cláusula 5.11 deberá ser complementada con el siguiente texto "en cada acta de entrega parcial de bienes, el Concedente deberá anexar el Inventario de Situación del Derecho de Vía (línea base) donde se detalle las interferencias en esta área", con el propósito de controlar su liberación.

**VIII.8 De los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Ejecución de Obras a Cargo del Concesionario (Capítulo VI. Ejecución de Obras, página 39).**

70. Los plazos de revisión de los estudios de ingeniería e impacto ambiental establecidos para el Regulador son muy reducidos; además, de la experiencia en otros Contratos para la aprobación del EDI (por parte del CONCEDENTE), el Concesionario ha levantado observaciones hasta en cuatro oportunidades, alargándose el plazo de aprobación de los estudios, por lo que se sugiere establecer un plazo real y que éste sea por única vez, salvo que el Concesionario no levante las observaciones presentadas. En tal sentido, proponemos que el plazo de revisión para el Regulador no sea menor de 30 días calendario, y con el fin de evitar que existan nuevas observaciones en distintas oportunidades por parte del Concedente o Regulador, incluir el siguiente texto "El Regulador y el Concedente podrán realizar observaciones en una sola oportunidad, en caso el Concesionario no levante a satisfacción la observación comunicada por el Concedente, se podrán reiterar las observaciones por única vez".

71. En el cuadro de la cláusula 6.4 para el estudio de ingeniería e impacto ambiental para la puesta a punto se observa que la presentación de los estudios de los sub-tramos, será decidido por el Concesionario. Al respecto, el Concedente de acuerdo a la cláusula 5.11 b) deberá entregar los tres sub tramos en el primer trimestre de 2013, por tanto consideramos que la presentación de los PIDs de Puesta Punto deberán ser presentados en julio de 2012.



**VIII.9 Inicio de Ejecución de Obras (Capítulo VI. Ejecución de Obras, página 42).**

72. La Cláusula 6.10 establece las condiciones para que se dé el inicio a las Obras a cargo del CONCESIONARIO – excepto las de Puesta a Punto -, las que deberán iniciarse a más tardar a los doscientos cuarenta (240) Días Calendario de la Fecha de Suscripción del Contrato.
73. Teniendo en cuenta que las obras de desempate que hayan sido propuestas por el Concesionario resultan también obligatorias, es necesario que tengan como condición para la ejecución, el cierre financiero que permita la ejecución de las mismas.

**VIII.10 Aceptación de Obras (Capítulo VI. Ejecución de Obras, página 44)**

74. Sobre la participación de OSITRAN en el Comité de Aceptación de Obras, resulta incompatible a sus funciones lo descrito en la definición 1.8.20 de la Cláusula Primera, en la que se indica que el Comité, integrado por un funcionario de OSITRAN, actuará en representación del Concedente para la aceptación de las Obras.
75. Al respecto, debe considerarse que el Artículo 3. de la Ley 26917, establece que la misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.
76. En ese sentido, la participación del representante de OSITRAN en el Comité de Aceptación de Obras debe realizarse en calidad de veedor, para lo cual deberá modificarse el primer párrafo de la Cláusula 6.21 según el texto siguiente:

*"6.21 En el plazo de cinco (5) días de solicitada la comprobación de la correcta ejecución de las Obras, el CONCEDENTE nombrará un Comité de Aceptación de Obras, en el que participará por lo menos un representante del REGULADOR, en calidad de veedor..."*

**VIII.11 Emergencia Vial (Capítulo VII: De la Conservación, página 49)**

77. El último párrafo de la cláusula 7.7, respecto a las labores de emergencia vial, se indica que para derrumbes mayores a 200 m<sup>3</sup> por cada evento, los costos que excedan este máximo, serán asumidos por el Concedente.
78. Al respecto, PROINVERSION en su Oficio N° 4-2010-JP-AC-DATA/PROINVERSION, de fecha 07 de abril de 2010, en su respuesta al requerimiento 9 de OSITRAN, indica que el monto de volumen de 200 m<sup>3</sup> corresponde a una decisión del MTC como ente rector de la infraestructura vial en el país; sin embargo, la DGCT en su Oficio N° 155-2010-MTC/25, de fecha 05 de febrero de 2010, adjunta el Memorando N° 313-2010-MTC/20, de fecha 02 de febrero de 2010, remitido por Provias Nacional en donde indica que se debe considerar un volumen de 800 m<sup>3</sup>. En este sentido, PROINVERSION deberá justificar el monto a considerar finalmente y por lo tanto, es opinión de estas



gerencias que en dicha cláusula se fije un volumen adecuado al tramo a concesionarse.

**VIII.12 El IMAG, Capítulo X: El Régimen Económico - Financiero (páginas 59).**

79. En la cláusula 10.2, se regula el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG). Así, se establece que este mecanismo deberá aplicarse durante el período 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, cargando al Estado con un pasivo contingente.
80. OSITRAN solicitó a PROINVERSION indicar si los montos del IMAG propuestos en la cláusula décima cubren al menos las inversiones, los costos fijos, variables o todos ellos. Ello con la intención de conocer la magnitud del IMAG en función a los Ingresos esperados, para con ello, proyectar o estimar en qué casos sería aplicable dicho factor.
81. Según lo señalado por PROINVERSION, el monto del IMAG establecido para el caso de IIRSA Centro asciende en promedio a 71.2% del total de ingresos esperados que se han proyectado, siendo el valor máximo 83% y el mínimo el 44%. Cabe mencionar que dichos montos difieren de proyectos similares (Autopista el Sol) en donde el IMAG no superaba el 60% de los ingresos para ningún año.
82. En virtud que el IMAG considera valores superiores al 60% de los Ingresos Esperados, y con la intención de no trasgredir el Decreto Legislativo N°1012 en su artículo 4, se recomienda realizar un ejercicio que permita concluir que, ante variaciones de la demandá estimada así como del número de ejes, la probabilidad de la activación del IMAG no supere el 10%.
83. Adicionalmente a lo señalado, 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.

**VIII.13 Capítulo XI: Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras (página 64)**

84. Para garantizar la correcta ejecución de las Obras, la Cláusula 11.2 de la versión final del Contrato, establece la obligación del Concesionario de entregar al Concedente una Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras.



85. Conforme a lo señalado en el tercer párrafo de la cláusula precitada, se indica que dicha garantía "(...) deberá estar vigente desde el inicio de las Obras de Puesta a Punto, hasta dos (2) años posteriores a la aceptación de dichas Obras (...)"
86. Sin embargo, debe señalarse que las Obras de Puesta a Punto no son las únicas obras que obligatoriamente efectuará el Concesionario, de acuerdo a lo previsto en la propia versión final del Contrato. No obstante ello, en principio, las Obras distintas a la Puesta a Punto no se encontrarían cubiertas por la garantía descrita en la Cláusula 11.2.
87. Como quiera que la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión (Cláusula 11.3) tiene por objeto "(...) garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO derivadas de la celebración del Contrato (...)", se entendería que todas las Obras distintas a la Puesta a Punto se encontrarían también protegidas por dicha garantía.
88. A efectos que se establezca de manera indubitable lo indicado en el párrafo anterior y con ello evitar cualquier tipo de controversia que pueda plantearse respecto a la cobertura de las garantías que el Concesionario entregará al Concedente, se recomienda modificar el primer párrafo de la Cláusula 11.3, conforme se indica a continuación:

*"11.3.- A fin de garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO derivadas de la celebración del Contrato, incluidas las Obras a cargo del CONCESIONARIO distintas a la Puesta a Punto, el CONCESIONARIO entregará a favor del CONCEDENTE, a la Fecha de Suscripción del Contrato, una Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión con las características de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, ni división y de realización automática. En caso el REGULADOR proceda a la ejecución de la garantía, deberá abonar al CONCEDENTE el monto entregado por la respectiva entidad bancaria y/o financiera."*

*(El subrayado y resaltado es nuestro)*

**VIII.14 Clase de pólizas de seguros (Capítulo XII: Regimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario, páginas 70-73).**

89. El Contrato de Concesión establece que las actividades para reparar los daños ocasionados deberán ser cubiertas con los propios recursos del CONCESIONARIO o a través de las coberturas de acuerdo a las pólizas de seguro contratadas.
90. Si en el Mercado de Seguros no se encuentra disponible una póliza que cubra el 100% de los daños, resulta recomendable que el Contrato de Concesión considere alguna alternativa que permita asegurar los bienes adecuadamente.
91. La inquietud planteada recae en problemas que se han presentado con otras empresas concesionarias, con geografías similares a la Concesión materia de análisis.
92. En los literales a), b), c) y d) de la cláusula 12.3 de la versión final del Contrato de Concesión se indica que "(...) antes del inicio de las Obras de Puesta a Punto, el





CONCESIONARIO está obligado a contratar por su cuenta y costo un Seguro sobre Bienes en Operación (...)"

93. Sobre el particular, se debe considerar incluir o en su defecto diferenciar, si estamos hablando de Obras, Obras de Puesta a Punto, Obras Obligatorias, Obras a Cargo del Concesionario u Obras Adicionales. A nuestro entender, las pólizas CAR deben ser tomadas cuando se realiza cualquier tipo de obra, igualmente la póliza de Responsabilidad Civil y las pólizas de Riesgos Laborales. Las pólizas de Bienes en Operación, deben ser tomadas desde la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes e ir incrementándose conforme se le van otorgando más bienes.
94. Adicionalmente, el literal c) de la Cláusula 12.3 indica que "(...) antes del inicio de las Obras de Puesta a Punto, el CONCESIONARIO está obligado a contratar por su cuenta y costo un Seguro sobre Bienes en Operación (...)". Por lo general la obligación de contratar dichos seguros se determina desde la fecha en que el Concesionario realiza la Explotación de la Concesión, actividad que conforme a la Cláusula 1.8.43<sup>3</sup> incluye la Operación.
95. Considerando que la Cláusula 8.10 indica que la Explotación de la Concesión se producirá al día siguiente de la suscripción de la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes, fecha desde la cual el Concesionario cobrará la Tarifa y además implementará la prestación de Servicios Obligatorios y Opcionales, resulta que el Seguro sobre Bienes en Operación no cubriría los bienes y/o servicios que estaría operando el Concesionario desde el inicio de la Explotación, más aun si se toma en cuenta que la Puesta a Punto (y por tanto, la contratación del seguro bajo comentario) recién se efectuará a los 30 días calendario de haber recibido los Sub tramos, de acuerdo a lo señalado en el literal b) de la Cláusula 5.11.
96. Como quiera que los riesgos de operación son asignados generalmente al Concesionario, se considera necesario que el Seguro sobre Bienes en Operación sea contratado por el Concesionario desde que éste se encuentre facultado a iniciar la Explotación de la Concesión.

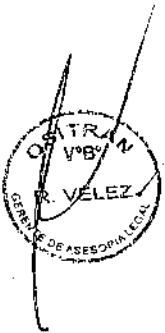
**VIII.15 Obligaciones Socio Ambientales del Concesionario, (Capítulo XIII: Consideraciones Socio Ambientales, página 76)**

97. En la Cláusula 13.4 primer párrafo se indica que El CONCESIONARIO sólo será responsable de la mitigación de la contaminación que se genere en el Área de la Concesión.
98. Al respecto, se sugiere cambiar el término Área de la Concesión por Área de Influencia Directa, esta última definida en el estudio de impacto ambiental, debido a que la ocurrencia de impactos es mayor en esta zona de influencia directa, donde el Concesionario interviene.

<sup>3</sup> La Cláusula 1.8.43 señala lo siguiente:

"1.8.43.- Explotación

Comprende la Operación y la Conservación de la infraestructura vial, de los Bienes de la Concesión, la prestación de los Servicios Obligatorios y Opcionales y el cobro a los Usuarios por la utilización de la infraestructura vial e instalaciones, así como por la prestación de los mencionados servicios, en los términos establecidos en el Contrato."



**VIII.16 Penalidades Contractuales, (Capítulo XV, página 76)**

99. La Cláusula 15.8 y siguientes de la versión final de Contrato de Concesión, establecen el procedimiento a seguir para la aplicación de una penalidad contractual ante un incumplimiento del Concesionario. Así, la Cláusula 15.10 precisa que "(...) en caso que el CONCESIONARIO incumpla con pagar dichas penalidades dentro del plazo mencionado, el REGULADOR podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión hasta el monto al que ascienda la penalidad impuesta (...)"
100. Sin embargo, conforme se puede apreciar en las Cláusulas 1.8.48, 1.8.49, 11.2 y 11.3<sup>4</sup>, se observa que la garantía que se ejecutará ante el incumplimiento del Concesionario de pagar las penalidades sería la Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras.
101. Considerando que el Anexo IX del proyecto final del Contrato de Concesión contempla una serie de penalidades en etapas distintas a la de Ejecución de Obras, y por tanto, exceden al plazo de vigencia de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras, se recomienda modificar la redacción de las Cláusulas 1.8.48, 1.8.49, 11.2 y 11.3 a efectos que ésta se encuentre acorde a lo señalado en la Cláusula 15.10.

**VIII.17 Término por Incumplimiento del Concedente (Capítulo XVI: Caducidad de la Concesión, página 90).**

102. 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.

<sup>4</sup> Las cláusulas en mención, señalan lo siguiente:

- 1.8.48 Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras  
Es la Garantía Bancaria otorgada para garantizar la correcta ejecución de las Obras, incluyendo el pago de las penalidades y demás sanciones y otras obligaciones, de conformidad con lo señalado en la Cláusula 11.2.
- 1.8.49 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión  
Es la Garantía Bancaria otorgada para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, incluidas las de Explotación, conforme lo señalado en la Cláusula 11.3.
- (...)
- 11.1 Para garantizar la correcta ejecución de las Obras, de acuerdo al Anexo 9 de las Bases, al Anexo XII del Contrato, a los Estudios Definitivos de Ingeniería y a los Estudios de Impacto Ambiental, para garantizar el pago de las penalidades y demás sanciones según correspondan, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 6.11, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras, de acuerdo a lo siguiente:  
(...)  
Esta garantía tendrá las características de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, ni división y de realización automática, y deberá estar vigente desde el inicio de las Obras de Puesta a Punto, hasta dos (2) años posteriores a la aceptación de dichas Obras, conforme al procedimiento previsto en las Cláusulas 6.20 a 6.26.
- (...)
- 11.2 A fin de garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO derivadas de la celebración del Contrato, el CONCESIONARIO entregará a favor del CONCEDENTE, a la Fecha de Suscripción del Contrato, una Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión con las características de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, ni división y de realización automática. En caso el REGULADOR proceda a la ejecución de la garantía, deberá abonar al CONCEDENTE el monto entregado por la respectiva entidad bancaria y/o financiera.  
La Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato tendrá una vigencia desde la Fecha de Suscripción del Contrato hasta doce (12) meses posteriores a la culminación del plazo de la Concesión. Esta garantía podrá ser expedida por periodos anuales siempre y cuando su renovación se realice con una antelación no menor a treinta (30) Días Calendario a la fecha de su vencimiento.



103. 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.
104. 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 modular el impacto de dicha cláusula a través de otras medidas, como por ejemplo, establecer en la cláusula 5.11 un calendario más amplio para la entrega de terrenos, pudiéndose establecer los mismos incluso a través de porcentajes.

**VIII.18 Trato Directo (Capítulo XVIII: Solución de Controversias, página 97)**

105. El primer párrafo de la cláusula 18.1 del proyecto de Contrato contempla como medio de solución de controversias el Trato Directo, indicando que los conflictos que pudieran surgir con respecto a la interpretación del Contrato serán resueltos por Trato Directo entre las Partes, según el siguiente texto:

*18.1 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes.*

106. Al respecto, debe tenerse en consideración que la interpretación de los contratos es una función exclusiva de OSITRAN, otorgada por su Ley de creación, Ley N° 26917. En efecto, el literal e) del numeral 7.1 del Artículo 7 de la citada Ley, establece como función de OSITRAN, "Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación". Asimismo, existen entidades con competencia administrativa sobre determinadas materias, que no puede ser relevada por las partes.

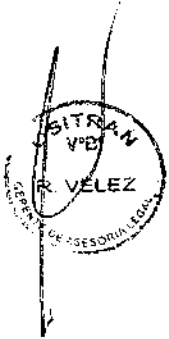
107. En ese sentido, se recomienda sustituir la Cláusula 18.1 por el siguiente texto, el mismo que ha sido utilizado en el Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo-Mocupe-Cayalti Oyotún:

*18.1 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o Caducidad del Contrato (con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por EL REGULADOR cuya vía de reclamo es lo administrativo u otras decisiones de este órgano o de personas o entidades en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa), serán resueltos por trato directo entre las Partes.*



Concesión señalan una serie de obligaciones del Concesionario que, en caso incumpla, darán lugar a la aplicación de las penalidades contractuales indicadas en el propio Contrato de Concesión<sup>5</sup>.

109. Sobre dicho aspecto, el segundo párrafo de la Cláusula 15.7 señala que "(...) *el OSITRAN es competente para aplicar al CONCESIONARIO las penalidades establecidas en el Anexo IX del presente Contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas a cargo del CONCESIONARIO (...)*".
110. A diferencia de la aplicación de sanciones administrativas, en la cual el Regulador analiza el incumplimiento contractual en base a los criterios de razonabilidad establecidos en el Reglamento de Infracciones y Sanciones – RIS y la Ley N° 27444, la aplicación de penalidades contractuales por parte del Regulador no implica calificar el incumplimiento cometido por el Concesionario ni establece el monto de la sanción, sino que únicamente se ciñe a verificar que el Concesionario no ha cumplido con la obligación contractual establecida y calcula la penalidad conforme al criterio de aplicación que se indica en el Anexo IX del Contrato de Concesión.
111. Sin embargo, la facultad del Regulador de aplicar las penalidades contractuales sólo podrá ser realizada en caso el propio Contrato de Concesión contemple específicamente y a manera de obligación i) la cláusula del contrato donde se contemple el incumplimiento; ii) la descripción de la penalidad; iii) el monto de la penalidad; y, iv) el criterio de aplicación.
112. En caso estos aspectos no se desarrollen, no sería posible imponer penalidad alguna. En caso ello sea así, es decir, no sea posible aplicar la penalidad, conforme a lo señalado en la Cláusula 15.7, se aplicará supletoriamente el RIS, en la medida que dicha tipología se encuentre contemplada en la norma de OSITRAN.
113. Considerando que la determinación de penalidades contractuales resulta el mecanismo más adecuado para controlar el cabal cumplimiento de las obligaciones que son de cargo del Concesionario, dado que son las propias partes las que pactan qué incumplimientos deben ser objeto de resarcimiento sin que se pruebe los daños y perjuicios sufridos, y tomando en cuenta que la descripción de penalidades facilita



<sup>5</sup> A manera de ejemplo, Sección 1 – De la Conservación de la Vía, del Anexo I señala lo siguiente:

*"Incumplimientos y Penalidades*

*3.18 Tal como se establece más adelante en el Numeral 4 de este Anexo, la detección de parámetros de condición insuficientes darán lugar a que el REGULADOR (o quien éste determine) envíe una "Notificación de detección de parámetro de condición insuficiente" al CONCESIONARIO indicando el defecto encontrado, los hitos kilométricos entre los que se encuentra y el plazo para subsanarlo. La no corrección del defecto en tiempo o forma se considerará un incumplimiento y dará origen a una penalidad según lo establecido en el Contrato de Concesión.*

*3.19 Por su parte, la verificación del incumplimiento en mantener un nivel de servicio global, dará lugar a la aplicación de una penalidad y eventualmente a la resolución del Contrato según lo indicado en el Contrato de Concesión."*

Otros incumplimientos del Concesionario que generarían la aplicación de penalidades contractuales se pueden observar en los siguientes numerales del Anexo I: a) el numeral 6.9 de la Sección 2 – De la Conservación de las Obras Adicionales; b) los numerales 7.13 y 7.14 de la Sección 3 – De la Explotación; y, c) el numeral 9.7 de la Sección 4 – Otras provisiones.



la labor fiscalizadora y sancionadora del Regulador, se recomienda que expresamente se incluya en la Anexo IX aquellas penalidades contractuales desarrolladas en el Anexo I del Contrato, así como todos aquellos incumplimientos contractuales que indique el contrato que serán resarcidos mediante la aplicación de una penalidad contractual.

**VIII.20 Medición de Flujos Vehiculares (Anexo VIII, página 172)**

114. El segundo párrafo señala que:

*"A tal efecto, corresponde al Regulador establecer los criterios de selección de la empresa auditora a ser contratada, siendo responsabilidad del Concesionario llevar a cabo el procedimiento de selección, que se realizará cada año, dentro de los dos (2) primeros meses del año a ser auditado"*

115. Al respecto se debe considerar la opción de crear un fideicomiso para la contratación de los auditores de tráfico vehicular, de tal forma que el concesionario efectúe los aportes a dicho fideicomiso (distinto al fideicomiso de recaudación de peajes); el fiduciario efectuará la contratación y pago al auditor de acuerdo a las autorizaciones de OSITRAN. Actualmente la contratación y el pago lo realiza el propio Concesionario.

**VIII.21 ANEXO XII, Información técnica sobre la ejecución de obras (Numeral 2.3.2 "Seguridad Vial" (Página 182)**

116. Se recomienda incluir el siguiente texto:

Se deberá presentar un Informe de Auditoría en Seguridad Vial respecto a los diseños de ingeniería que se adopten, indicándose las modificaciones que han sido necesarias efectuar al proyecto por conceptos de seguridad.

**VIII.22 Plazo para la Presentación de los Estudios Definitivos de Ingeniería de las Obras para Casos de Desempate (numeral 2.13.15 del Apéndice I Términos de Referencia pp.213)**

117. En cuanto a la presentación de los Estudios de Ingeniería de las Obras para Casos de Desempate, la Cláusula 6.4 del proyecto de Contrato dispone que el Concesionario los presentará a los 110 días contados desde la fecha de suscripción del Contrato.

118. No obstante, el numeral 2.13.15 "Plazo de Ejecución de los Estudios", del Apéndice I Términos de Referencia, indica lo siguiente:

*"2.13.15 El Estudio correspondiente a las Obras de Desempate, se ejecutará dentro del plazo definido en el Contrato de Concesión para el Estudio Definitivo de Ingeniería del Subtramo correspondiente."*

119. Al respecto, la Cláusula 6.4 no contempla plazos para la presentación de los Estudios, por Subtramos. Por ello, ante la inconsistencia observada, se recomienda modificar la Cláusula 2.13.15, de manera que guarde coherencia con lo establecido en la Cláusula 6.4.

120. Finalmente, sobre este mismo tema, el Apéndice 5 denominado "Relación General de Obras", contiene la relación de Obras Obligatorias y Obras para Caso de Desempate. Sobre el particular, teniendo en cuenta la terminología utilizada en todo el proyecto de Contrato, se recomienda denominar dicho Apéndice como "Relación de Obras a cargo del Concesionario", identificando en su interior, las Obras Obligatorias y las Obras para casos de Desempate.

### VIII.23 Correcciones

121. Finalmente, se recomienda realizar las siguientes correcciones en las citas normativas de las siguientes cláusulas:

Cláusula:	Dice.	Debe decir:	Sustento:
Definición de Acreedores Permitidos - 1.8.1 literal c)	"Cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular N° 047-2008-BCRP, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de noviembre de 2008 (...)"	"Cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular N° 027-2009-BCRP, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de diciembre de 2009 (...)"	La Circular N° 047-2008-BCRP fue derogada por el Artículo 2° de la Circular N° 027-2009-BCRP
Estudio de Impacto Ambiental - 13.6, segundo párrafo	"Tratándose de áreas naturales protegidas, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 058-2001-AG (...)"	"Tratándose de áreas naturales protegidas, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 038-2001-AG (...)"	Error tipográfico
Estudio de Impacto Ambiental - 13.7, segundo párrafo	"Tratándose de áreas naturales protegidas, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 058-2001-AG (...)"	"Tratándose de áreas naturales protegidas, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 038-2001-AG (...)"	Error tipográfico
Término por incumplimiento del Concedente Literal d) de la Cláusula 16.8	"d) Incumplimiento en la obligación de presupuestar el monto correspondiente al IMAG, de conformidad con lo establecido en el Literal <b>b)</b> de la Cláusula 10.3."	"d) Incumplimiento en la obligación de presupuestar el monto correspondiente al IMAG, de conformidad con lo establecido en el Literal <b>c)</b> de la Cláusula 10.3."	Error tipográfico



## IX. CONCLUSIONES

122. Los comentarios al Proyecto de Contrato de Concesión realizados en las secciones precedentes se basan en la información remitida por PROINVERSIÓN (Versión final del Proyecto de Contrato de Concesión al 29 de marzo del 2010, las Bases y la información complementaria remitida posteriormente). Asimismo, se han tomado en cuenta, entre otros, los siguientes 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.

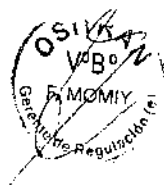
123. La opinión manifestada resulta acorde con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF, y el Decreto de Urgencia N° 047-2008, no obstante las consideraciones expuestas en el presente Informe que, en cumplimiento de su rol Regulador,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

124. En el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, se establece que para la versión final de los Contratos de Concesión sobre la Infraestructura de Uso Público, OSITRAN es competente para pronunciarse únicamente sobre temas tarifarios, de acceso y de calidad de servicio, por lo que su opinión es la siguiente:

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

## X. RECOMENDACIONES

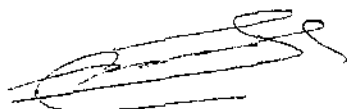
125. Emitir opinión favorable, tomando en consideración las conclusiones y la implementación por parte de PROINVERSIÓN de las sugerencias vertidas en el presente informe, respecto a las materias relacionadas con las tarifas y calidad de servicio.



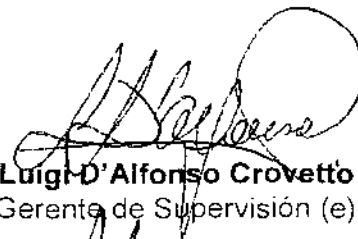
126. Indicar que no corresponde emitir opinión sobre facilidades esenciales, toda vez que las carreteras, como es el caso del presente proyecto de concesión, no se encuentran dentro de la lista de facilidades esenciales sujetas al Reglamento Marco de Acceso - REMA de OSITRAN.

127. Someter el presente informe a consideración del Consejo Directivo.

Atentamente,



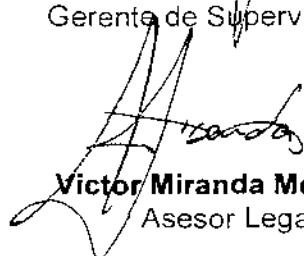
**Fernando Momiy Hada**  
Gerente de Regulación (e)



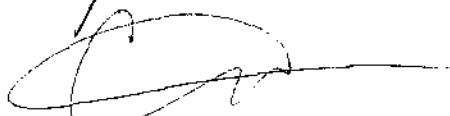
**Luigi D'Alfonso Crovetto**  
Gerente de Supervisión (e)



**Roberto Vélez Salinas**  
Gerente de Asesoría Legal



**Víctor Miranda Mendoza**  
Asesor Legal



**Carlos Fierro Garces**  
Analista de Regulación

CFG /jbch  
REG SAL GRE-GS-GAL-7348-10  
HR-6236-10