



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Lima, 15 de mayo de 2012

OFICIO N° 011-12-SCD-OSITRAN

Señor
MILTON VON HESSE LA SERNA
Director Ejecutivo
PROINVERSIÓN
Av. Paseo de la República N° 3361 – Piso 8
San Isidro.-



Asunto : Opinión Versión Final Contrato Concesión Quilca- desvío Arequipa –
desvío Matarani – desvío Moquegua – desvío Ilo – Tacna – La Concordia

Referencia : a) Oficio N° 98-2012/PROINVERSIÓN-DE
b) Oficio N° 10-2012/PROINVERSIÓN-DPI/SDGP/JPUI.01

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle que en Sesión Ordinaria de Consejo Directivo N° 416-12-CD-OSITRAN, que se inició el 11 de mayo de 2012 y culminó el día de hoy, el Consejo Directivo de OSITRAN, adoptó el Acuerdo N° 1477-416-12-CD-OSITRAN, mediante el cual aprueba la opinión de OSITRAN contenida en el Informe N° 009-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, respecto a la Versión Final del Contrato de Concesión del Tramo Vial Dv. Quilca – Dv. Arequipa - Dv. Matarani – Dv. Moquegua - Dv. Ilo - Dv.-Tacna - La Concordia, remitida por PROINVERSIÓN el 25 de abril del 2012.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como también copia del Informe N° 009-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, para su conocimiento.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


HUMBERTO RAMÍREZ TRUCÍOS
Secretario del Consejo Directivo

Gvz
Reg. Sal. SCD N° 11711-12
HR. 10322 / 10823-12

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

OPINIÓN SOBRE VERSION FINAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL TRAMO
VIAL DV. QUILCA – DV. AREQUIPA – DV. MATARANI – DV. MOQUEGUA – DV. ILO –
DV. TACNA - LA CONCORDIA

ACUERDO No. 1477-416-12-CD-OSITRAN
de fecha 11 de mayo de 2012

Vistos el Informe N° 009-11-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 15 de mayo de 2012; el Oficio N° 98-2012/PROINVERSION-DE remitido con fecha 25 de abril del 2012, a través del cual PROINVERSION remite la matriz de cambios considerados en la versión final del Contrato de Concesión del Tramo Vial Dv. Quilca – Dv. Arequipa - Dv. Matarani – Dv. Moquegua - Dv. Ilo - Dv. Tacna - La Concordia y solicita opinión favorable a la Versión Final del Contrato de Concesión; el Oficio N° 10-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01 de fecha 04 de mayo de 2012, a través del cual remite la información complementaria solicitada por OSITRAN; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27701, en el numeral 9.3 del Decreto Legislativo N° 1012, el artículo 2° de la Ley N° 27701, el Artículo 37° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, los artículos 9° y 11° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, aprobó por unanimidad, lo siguiente:

- a) Aprobar la opinión de OSITRAN contenida en el Informe N° 009-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, respecto a la Versión Final del Contrato de Concesión del Tramo Vial Dv. Quilca – Dv. Arequipa - Dv. Matarani – Dv. Moquegua - Dv. Ilo - Dv.-Tacna - La Concordia, remitida por PROINVERSION el 25 de abril del 2012.
- b) Notificar a PROINVERSIÓN el presente Acuerdo, así como copia del Informe N° 009-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
- c) Dispensar el presente Acuerdo del trámite de lectura y aprobación posterior del Acta.

CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original.

Humberto Ramírez Trucíos
Secretario de Consejo Directivo
OSITRAN

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



INFORME N° 009-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN



Para : JORGE MONTESINOS CORDOVA
Gerente General (e)

De : RENZO ROJAS JIMENEZ
Gerente de Regulación (e)

OSCAR HERRERA BENAVIDES
Gerente de Supervisión (e)

ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal

SCD -
Con la conformidad de
este desvío, más
a sesión de CD, para
aprobarse. 15.05.12

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Versión Final del Contrato de
Concesión (al 25.04.2012) del tramo vial desvío Quilca - desvío
Arequipa (repartición) - desvío Matarani - desvío Moquegua -
desvío Ilo - Tacna - La Concordia.



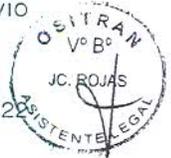
Fecha : 15 de mayo de 2012

I. OBJETO

- 1. El objetivo del presente Informe es emitir opinión respecto de la concordancia existente entre el Proyecto de la versión final del Contrato de la referencia, remitido por PROINVERSION; 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 con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1012, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF y sus modificatorias.

II. ANTECEDENTES

- 2. Mediante Oficio N° 076-2011/PROINVERSION-DE, de fecha 18 de octubre de 2011, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión favorable sobre la Versión Final del Contrato de Concesión (al 17.10.2011) del tramo vial desvío Quilca - desvío Arequipa (repartición) - desvío Matarani - desvío Moquegua - desvío Ilo - Tacna - la Concordia.
- 3. Mediante Oficio N° 061-11-GRE-OSITRAN de fecha 20 de octubre del 2011, se informó a PROINVERSION que adjunto al Oficio N° 076-2011/PROINVERSION-DE no había remitido la versión final del Contrato respecto del cual solicitaba opinión, y se indicó que los plazos de ley se iniciarían cuando la documentación se remitiera de manera completa.
- 4. Mediante Oficio N° 082-2011/PROINVERSION-DE, de fecha 21 de octubre de 2011, PROINVERSION remitió la versión final del Contrato, por lo que los plazos establecidos en la normativa vigente se contabilizaron desde dicha fecha.
- 5. Mediante Oficio de Secretaría Técnica de Consejo Directivo N° 036-11-SCD-OSITRAN de fecha 08 de noviembre de 2011, se remitió a PROINVERSION el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1426-402-11-CD-OSITRAN de fecha 07 de noviembre de 2011, que aprueba la Opinión del Regulador contenida en el Informe N° 023-11-GRE-GS-GAL-OSITRAN, respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión (al 17.10.11) del tramo vial desvío



Quilca - desvío Arequipa (repartición) - desvío Matarani - desvío Moquegua - desvío Ilo - Tacna - la Concordia.

6. El 29 de marzo de 2012, PROINVERSION remite el Oficio N° 6-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01, mediante el cual adjunta la matriz de respuesta a la opinión emitida por OSITRAN a través del Informe N° 023-11-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
7. El 25 de abril de 2012, PROINVERSION remite el Oficio N° 98-2012/PROINVERSION-DE, mediante el cual adjunta la matriz de cambios considerados en la versión final del contrato de concesión y solicita opinión favorable a la Versión Final del Contrato de Concesión (al 25.04.12) del tramo vial desvío Quilca - desvío Arequipa (repartición) - desvío Matarani - desvío Moquegua - desvío Ilo - Tacna - la Concordia.
8. Mediante Oficio N° 138-12-GG-OSITRAN de fecha 27 de abril de 2012, el Regulador requiere a PROINVERSION información complementaria.
9. Mediante Oficio N° 10-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01 de fecha 04 de mayo de 2012, PROINVERSION da respuesta a la solicitud planteada y remite información complementaria, a efectos de reiniciar el cómputo del plazo establecido en la normativa vigente.

III. MARCO LEGAL

10. La competencia de un órgano administrativo comprende la esfera de atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a una entidad; por ende, contiene el conjunto de funciones y facultades que pueden ser ejercidas por la Administración. Así, de acuerdo al artículo 61° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (LPAG) la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la Ley, y es reglamentada por las normas que de aquella se derivan.
11. El artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, establece que la misión de este Organismo Regulador 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.
12. Para tal efecto, el artículo 6° de la citada norma, concordado con el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, prevé que este tipo de entidades ejercen, entre otras, las siguientes atribuciones y funciones: a) Normativa, b) Reguladora, c) Supervisora, d) Fiscalizadora y Sancionadora, e) Solución de Controversias.
13. El numeral 3.2 de la Ley 27332, dispone de modo expreso que dichas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos. Por ello, el alcance de las mismas no puede verse limitado por normas distintas, así como tampoco por lo que se establezca en un Contrato de Concesión.
14. 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).



15. Al respecto, el inciso 9.3 del Artículo 9º de la Ley Marco de APP's señala que:

"El diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia. Si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, se requerirá la opinión de organismo regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.

El Informe Previo de la Contraloría General de la República respecto de la versión final del contrato de Asociación Público-Privada sólo podrá versar sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley N° 27785. Dicho Informe Previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior.

Los 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".

16. Asimismo, el inciso 9.5 del citado Decreto Legislativo establece lo siguiente:

"Las modificaciones que se produzcan a la versión final del contrato de Asociación Público-Privada, que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto de inversión, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles respecto a las materias de su competencia. Si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, se requerirá la opinión del organismo regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.

Los criterios operativos requeridos para la implementación de lo dispuesto en el presente párrafo serán establecidos en el Reglamento del presente Decreto Legislativo".

17. Con relación al último párrafo, 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).

18. Es pertinente señalar que la opinión técnica de OSITRAN sobre nuevos contratos de concesión, forma parte de la función supervisora. Este aspecto, se encuentra desarrollado en el artículo 37² del Reglamento General de OSITRAN², norma que establece que la opinión de OSITRAN, comprende entre otras, las materias referidas al régimen tarifario del Contrato, condiciones de competencia y de acceso a la infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los

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

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

(...)

Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM



mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN.

19. Dicha disposición normativa guarda coherencia con la Ley 27701, que busca establecer un mecanismo de control de los aspectos regulatorios aplicables sobre el contenido de los procesos de concesión de infraestructura de transporte de uso público implementados por PROINVERSION, para cautelar el respeto al régimen regulatorio establecido.
20. En tal sentido, la restricción establecida en el reglamento de la Ley de APP, respecto de la opinión que solicita PROINVERSION al Regulador sobre los temas tarifarios, facilidades esenciales y calidad del servicio, no impide la emisión de opinión técnica –fuera de la esfera de la opinión favorable solicitada-- sobre las demás materias de competencia de OSITRAN –que no han sido modificadas o eliminadas por sus respectivas leyes ni reglamentos-- más aún, considerando que al encontrarse vinculadas, también formarían parte de los mencionados temas.

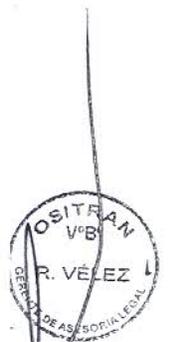
IV. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

21. Con relación a la emisión de opinión de OSITRAN respecto de la última versión del contrato de concesión, en virtud del marco legal vigente, el Regulador puede emitir opinión respecto de las materias de su competencia.
22. Por ello, y atendiendo a que sin perjuicio de la multiplicidad de actividades y prestaciones en que se divide su objeto, el contrato de concesión es de naturaleza unitaria y responde a una causa única, y que estas se encuentran vinculadas de uno u otro modo a los temas tarifarios, de facilidades esenciales y calidad del servicio, se presentarán los comentarios correspondientes, a efectos que PROINVERSION los tenga en consideración para una mejor aplicación del contrato de concesión.

V. ANÁLISIS

23. El análisis que se presenta se ha realizado tomando en consideración la siguiente información:

- La matriz de respuesta a la opinión emitida por OSITRAN a través del Informe N° 023-11-GRE-GS-GAL-OSITRAN, remitida mediante el Oficio N° 6-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01, de fecha 29 de marzo de 2012.
- La Versión Final del Contrato de Concesión (al 25.04.12) del tramo vial desvío Quilca - desvío Arequipa (repartición) - desvío Matarani - desvío Moquegua - desvío Ilo - Tacna - la Concordia y la matriz de cambios considerados en la versión final del contrato de concesión, remitidos a través del Oficio N° 98-2012/PROINVERSION-DE, de fecha 25 de abril de 2012.
- La respuesta al requerimiento de información complementaria realizado mediante Oficio N° 138-12-GG-OSITRAN de fecha 27 de abril de 2012, remitida con el Oficio N° 10-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01 de fecha 04 de mayo de 2012.
- Las bases y la información pública disponible contenida en el portal web de PROINVERSION, a la fecha de elaboración del presente Informe.



24. A continuación se emitirá opinión sobre algunas de las cláusulas de la Versión Final del Contrato de Concesión (al 25.04.12), remitida mediante Oficio N° 98-2012/PROINVERSION-DE, utilizando para ello los siguientes criterios³:
- 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 de la vigencia de la Concesión.
25. Los temas materia de análisis seguirán el orden establecido en el Artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de APPs.

V.1. TEMAS TARIFARIOS: El peaje y la tarifa

V.1.1 Nivel del peaje y sostenibilidad de la oferta, Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (página 58)

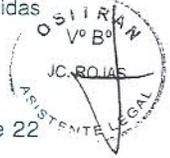
26. Para evaluar las tarifas o peajes⁴ determinados en el proyecto de contrato de concesión se debe partir de la relación existente entre el nivel tarifario y la sostenibilidad económica de la oferta o servicio. En principio, esta relación permite fijar una tarifa promedio suficientemente razonable⁵ que cubra cada uno de los costos económicos de operación e inversión.
27. Bajo esta premisa conceptual se ha analizado el modelo económico-financiero remitido por PROINVERSION⁶, en el cual se pueden apreciar la metodología, supuestos y criterios empleados para la valuación del proyecto de contrato de concesión. Un aspecto importante dentro del modelo es que a través de los niveles proyectados de costos de operación y mantenimiento e inversión se reconocen, de forma directa e indirecta, los niveles de servicios que serán exigidos durante la vida de concesión.
28. En ese sentido, resulta importante para el Regulador evaluar el modelo económico-financiero del proyecto de contrato de concesión, ya que este constituye el equilibrio entre los objetivos de los usuarios (un mayor nivel de servicio a una tarifa económicamente razonable), inversionistas (un retorno esperado en concordancia a las expectativas y niveles de riesgo del mercado) y el Estado (una mayor cobertura que reduzca el déficit en infraestructura vial y que promueva a su vez la competitividad y el crecimiento de la economía, entre otros); todo ello bajo adecuados mecanismos de incentivos.
29. En virtud de lo señalado, si bien es cierto que la determinación de los criterios o aspectos metodológicos del diseño del modelo económico-financiero son parte de la función de PROINVERSION, tal como se indica en el Oficio N° 10-2012-PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01, es importante indicar que es competencia del Regulador emitir opinión sobre todos los aspectos vinculados a la calidad del servicio, encontrándose entre ellos, los criterios metodológicos que se encuentren vinculados o afecten los niveles de servicio a ser exigidos contractualmente, y que puedan afectar la sostenibilidad económica de la oferta o servicio.

³ Según las funciones otorgadas a OSITRAN mediante la Ley N° 27701 y el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN.

⁴ Peaje + IGV = Tarifa.

⁵ Cabe señalar que en los contratos de concesión de infraestructura vial las tarifas o peajes se encuentran establecidas contractualmente bajo un mecanismo de precios topes.

⁶ Mediante Oficio N° 98-2012/PROINVERSION-DE.



30. Un inadecuado criterio metodológico empleado en el modelo podría crear incentivos opuestos a los buscados originalmente; por ejemplo, una subestimación de los niveles de inversión podría tener como resultado, que no se cumpla con los niveles de servicios o podría afectarse la sostenibilidad del servicio.
31. Por consiguiente, tal como se indicó en el Oficio N° 138-12-GG-OSITRAN, del modelo económico-financiero se observa que se ha evaluado el proyecto sobre la base del flujo de caja del accionista, utilizando como tasa de descuento el costo de capital propio. Como resultado de esta metodología se asume un escenario donde cada postor valuará el proyecto de acuerdo a su propio costo de capital, lo cual resulta razonable en el sentido que cada inversionista o postor posee un diferente nivel de riesgo en comparación al proyecto de concesión.
32. Respecto de los cálculos contenidos en el modelo económico-financiero, debemos señalar que en el cuadro de variables resultantes de la hoja resumen se aprecia la variable: "Ingresos promedio por año". Dicha variable calcula el promedio aritmético de los ingresos estimados en los veinticinco (25) años de horizonte de la concesión, ubicados en la hoja denominada "Ingresos"; sin embargo, se observa que la fórmula empleada solo considera veinticuatro (24) años del periodo de concesión⁷.
33. Cabe señalar que sobre la base de esta variable se calcula la prima a pagar por las garantías de concesión o los costos de garantías anuales, que posteriormente son añadidos como costos de operación o egresos para el cálculo del flujo de caja. Dicha observación, en definitiva repercute en el valor actual neto obtenido. En tal sentido, se recomienda la revisión integral del modelo económico-financiero con el fin de descartar la presencia de algún otro posible error que afecta los resultados obtenidos por el modelo.

V.1.2 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (página 59)

34. En los literales a), 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:

Peaje	Tarifa	Desde	Hasta
Camaná El Fiscal Montalvo Tomasiri	Tarifa vigente más IGV e impuestos de ley.	A partir de la fecha de inicio de explotación.	Antes que se produzca el incremento.
Camaná El Fiscal Montalvo Tomasiri	US\$ 1,50 más IGV e impuestos de ley.	A partir del primer día del mes siguiente del cumplimiento de lo indicado en la Cláusula 8.12 (Los Servicios Obligatorios que deberá implementar o proporcionar el CONCESIONARIO).	El fin de la Concesión (incluida la cláusula 9.5).
Santa Rosa Dv. El Alto*	US\$ 1,70 y US\$ 1,80 más IGV e impuestos de ley.	A partir del primer día del mes calendario siguiente a la recepción de la totalidad de las Obras Obligatorias.	El fin de la Concesión (incluida la cláusula 9.5).

(*). Unidad de peaje Camaná reubicada.

35. Como se observa, el primer incremento de la tarifa (a US\$ 1,50) no se encuentra vinculado a mejoras en la infraestructura, sino más bien a la implementación de servicios por parte del Concesionario. En efecto, PROINVERSION señala que "(...) *antes del incremento indicado el Concesionario deberá haber puesto en funcionamiento todos los servicios obligatorios exigidos en el contrato.*" Así, refiere que el incremento de la tarifa se encuentra ligado a la implementación por parte del Concesionario de la totalidad de los servicios obligatorios.

⁷ La fórmula empleada toma las celdas D70:AB70 de la hoja Ingresos, cuando debería tomar el rango de celda E70:AC70.

36. Al respecto, debemos recordar que la cláusula 8.12 establece los siguientes servicios obligatorios a ser implementados o proporcionados por el Concesionario: (i) Servicio de central de emergencia; (ii) sistema de comunicación en tiempo real de emergencia; (iii) servicio de ambulancia; (iv) servicio de traslado de vehículos; (v) una oficina para uso de la Policía Nacional del Perú; y, (vi) servicios higiénicos. Asimismo dicha cláusula dispone que para la aplicación del incremento de la tarifa a US\$ 1,50, es necesario que los servicios antes indicados se encuentren en funcionamiento, sin precisar que este sea definitivo; así, queda abierta la posibilidad de que tal incremento se produzca cuando los servicios obligatorios se encuentren funcionando incluso de manera provisional.
37. Como sustento a lo contenido en el Contrato de Concesión remitido, PROINVERSION hace referencia a un anterior pronunciamiento de OSITRAN (Informe N° 044-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN⁸) en el que se indica que *"el Usuario debe estar sujeto a un incremento tarifario atado a la conclusión de las Obras o prestaciones de servicio (...)".* En virtud de ello, dicha entidad señala que de acuerdo a OSITRAN, los dos últimos son condicionantes alternativos para el incremento tarifario y que la implementación de los servicios obligatorios caería dentro del segundo concepto.
38. Con relación a lo señalado por PROINVERSION, corresponde indicar que las prestaciones de servicio relacionadas con el incremento tarifario deben estar referidas al servicio que constituye el objeto principal e inherente de la infraestructura. En el mismo sentido, el numeral 64 del citado informe señala que *"los incrementos tarifarios deben responder a un mejor nivel de servicio de la infraestructura".*
39. Asimismo, el numeral 66 del mismo documento indica que *"los incrementos tarifarios únicamente deberán producirse en aquellos peajes correspondientes a los tramos en los que se han concluido las obras, ya sea que estos fueran realizados por el Concesionario o por el Concedente, o en aquellos sectores en donde los usuarios se vean favorecidos por mejoras "sustanciales" en los servicios (...)",* siendo ejemplo de mejoras sustanciales la disminución de la congestión vehicular y/o en las unidades de peaje. Así, la implementación de servicios como central de emergencia, ambulancia, grúa son considerados como auxiliares o complementarios, pero de ninguna manera son servicios que constituyen el objeto principal e inherente de la infraestructura.
40. Por lo tanto, hacemos notar lo señalado en el Informe N° 023-11-GRE-GS-GAL-OSITRAN, en el sentido que el incremento tarifario descrito en el inciso b) de la cláusula 9.4 debe encontrarse sujeto a la mejora en las prestaciones del servicio que constituye el objeto principal e inherente de la infraestructura para cada tramo de peaje, no siendo suficiente que el incremento tarifario a US\$ 1,50 se encuentre relacionado sólo al funcionamiento de todos los servicios obligatorios exigidos en el contrato.
41. De otro lado, el literal c) de la cláusula 9.4 establece una tarifa de US\$ 1,70 y US\$ 1,80 para la nueva unidad de peaje de Santa Rosa y la unidad de peaje reubicada en El Alto, respectivamente. Con relación a ello, PROINVERSION indica que *"el incremento considerado es proporcional al servicio brindado de acuerdo a los kilómetros que se habilitarán como servicio tipo doble calzada (...)".*
42. Al respecto, debemos señalar que de acuerdo a lo observado en la mayoría de contratos de concesión, las tarifas por peaje en las carreteras concesionadas son de US\$ 1,50 por el servicio de una calzada y US\$ 2,00 por el servicio de doble calzada; en ambos casos, por una longitud promedio de 100 km, con un mínimo de 80 km. Así, el peaje para una vía de doble calzada con una longitud mínima de 80 km, deberá ser de US\$ 2,00 (más IGV).

⁸ Alcance de las Opiniones efectuadas por OSITRAN sobre temas de su competencia en los Proyectos de Contratos de Concesión elaborados por PROINVERSION.



43. En ese sentido, debe advertirse que la tarifa de US\$ 1,70 y US\$ 1,80 para la nueva unidad de peaje de Santa Rosa y la unidad de peaje reubicada en El Alto, respectivamente, difieren de las decisiones que concurrentemente ha adoptado el Ministerio de Transporte y Comunicaciones - MTC en el caso de otras concesiones viales, lo que podría tener como resultado que se incremente la dispersión de los peajes que se cobran en la red vial nacional.
44. Adicionalmente, resulta necesario que el contrato de concesión establezca incentivos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario y del Concedente. En el caso particular del Concedente, como se ha visto en los contratos de concesión de la Autopista del Sol, Autopista del Norte e IIRSA Sur Tramo 5, el Concedente no sólo suele excederse del plazo de entrega de las Obras sino que tampoco entrega el tramo con los niveles de servicio exigidos (puesta a punto), lo que se traduce en un incremento tarifario sin una contraprestación adecuada al usuario, y a su vez, en la imposibilidad de exigir al Concesionario los niveles de servicio que el Contrato de Concesión contempló, en perjuicio de los usuarios que transitan por la vía.
45. Al respecto, si bien a partir del modelo económico-financiero, se puede apreciar que algunas obras de puesta a punto se considerarán como obras mínimas, otras podrán clasificarse como obras de concurso o desempate de acuerdo a cómo lo determine PROINVERSION.
46. Respecto de las obras de puesta a punto que no se encuentran a cargo del Concesionario (sea porque no están consideradas como obras mínimas o porque no fueron ofertadas por éste), a partir de la revisión de la versión del contrato de concesión remitido y el modelo económico-financiero, se observa que las mismas se encuentran a cargo del Concedente quien deberá realizarlas en plazos y procedimientos similares a los contemplados para la entrega de áreas de la concesión (cláusula 5.10).
47. Por ello, si la totalidad de obras de puesta a punto consideradas como obras de concurso no fueran ofertadas, el Concedente deberá ejecutarlas en un plazo que no exceda los 180 días una vez aprobado el EDI o en un plazo máximo que no exceda el inicio de ejecución de obras, es decir, en un plazo máximo de 535 días calendario desde la suscripción del contrato. Bajo este escenario, el Concedente deberá estar en capacidad de ejecutar todas las obras de puesta a punto no establecidas como obras mínimas en un plazo máximo que no exceda los 535 días calendario desde la firma del contrato, en caso el EDI no haya sido aprobado.

V.1.3 Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (páginas 59 - 61)

48. El literal e) de la cláusula 9.5 referido al reajuste de tarifa señala que *"El resultado [el peaje aplicable multiplicado por el número de ejes cobrables más IGV] se deberá redondear a los cinco (5) céntimos de Nuevo Sol hacia abajo. En caso la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente fuere mayor o menor a los cinco (5) céntimos de Nuevo Sol, se efectuará el redondeo en función de esta moneda."*
49. Sin embargo, el último párrafo de la cláusula 9.4 que se refiere a la tarifa que está autorizado a cobrar el Concesionario señala que *"[l]as Tarifas serán redondeadas a los cinco (5) céntimos de Nuevo Sol hacia abajo"*.
50. Como se observa, si bien se han modificado dichas cláusulas con respecto a la versión anterior del contrato de concesión, resaltamos que la recomendación formulada por el Regulador con relación a la tarifa para el caso de vehículos pesados, se refiere a que el

Handwritten signature and stamp: OSITRAN VºBº R. VELEZ ASISTENTE LEGAL

Stamp: OSITRAN VºBº LA. QUISPE INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

Stamp: OSITRAN VºBº G. SILVA ASISTENTE DE REG

Stamp: OSITRAN VºBº GERENTE DE REGULAD

Stamp: OSITRAN VºBº JC. ROJAS ASISTENTE LEGAL

Stamp: OSITRAN VºBº

Stamp: OSITRAN VºBº L. TAMPE ASISTENTE LEGAL

redondeo debe efectuarse al momento de determinar la tarifa final a pagar por los usuarios; en este sentido, advertimos que la recomendación sólo ha sido recogida para el caso del reajuste de tarifa, y no así para la aplicación de tarifas en general.

51. Por tanto, la redacción de la cláusula 9.4 debe recoger, de manera similar a la modificación realizada en la cláusula 9.5, la recomendación formulada por el Regulador respecto que, la tarifa para el caso de vehículos pesados aplique el redondeo al momento de determinar el monto final a pagar por los usuarios.

V.1.4 Estaciones de Peaje, Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa (páginas 57 - 58)

52. De acuerdo a lo señalado en los literales a) y b) de la cláusula 9.1, la presente concesión contaría con cinco estaciones de peaje. Así, si bien se ha reducido en uno el número de estaciones de peaje con respecto a la versión anterior del contrato de concesión, considerando la extensión de la carretera concesionada (430 km), la distancia promedio entre las unidades de peaje sería de 86 km.
53. En tal sentido, observamos que las estaciones de peaje de la concesión aun mantienen distancias diferentes a lo establecido por el Concedente y, en consecuencia, se encuentran fuera del rango de precios para las estaciones de peaje concesionadas. En efecto, de acuerdo a lo señalado por el Concedente en sendos Oficios⁹ así como a lo indicado en el Anexo VIII del Contrato del IIRSA Tramo 5, las separaciones propuestas para los peajes de las 14 Concesiones tienen una distancia promedio de 100 Km, con un máximo de 120 km y un mínimo de 80 km. Por ello, se debe cuidar de mantener el mismo criterio para mantener uniformidad en el cobro de los peajes en la red vial nacional y, así evitar futuros conflictos.

V.1.5 Régimen Tarifario: Capítulo IX, El Peaje y la Tarifa (página 59)

54. De acuerdo a lo señalado en el literal b) de la cláusula 9.4, a partir del primer día del mes siguiente del cumplimiento a lo indicado en la cláusula 8.12 (los servicios obligatorios a ser implementados o proporcionados por el Concesionario), se producirá un incremento tarifario. Asimismo, el segundo párrafo señala que *"Todas las Tarifas serán cobradas en Nuevos Soles, para lo cual se utilizará el Tipo de Cambio que corresponda al último día hábil del mes en el que se da cumplimiento a lo indicado en la Cláusula 8.12 o el dato más próximo."*
55. Sin perjuicio de lo señalado en los numerales 38 al 40 del presente Informe, con respecto a que todo incremento de tarifas debe encontrarse sujeto a la mejora en las prestaciones del servicio que constituye el objeto principal e inherente de la infraestructura para cada tramo de peaje, se observa una discrepancia entre lo señalado en el literal b) de la cláusula 9.4 y lo establecido por el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN – RETA con relación al periodo de publicación del tarifario.
56. En efecto, el literal b) de la cláusula 9.4 del proyecto de contrato establece:

"b) A partir del primer día del mes siguiente del cumplimiento a lo indicado en la Cláusula 8.12, el CONCESIONARIO deberá cobrar en las unidades de peaje indicadas en el Cuadro N°9-1, un Peaje de Uno y 50/100 Dólares Americanos (US\$ 1,50) más el importe correspondiente al IGV y cualquier otro tributo aplicable, por sentido de desplazamiento.

⁹ Entre ellos, el Oficio N° 1378-2008-MTC/25 de fecha 6 de enero de 2009, el Informe N° 650-2010-MTC/20.8.1 remitido mediante Oficio N° 1803-2010-MTC/25 de fecha 6 de noviembre de 2010, y el Informe N° 566-2011-MTC/25 remitido mediante Oficio N° 2173-2011-MTC/25 de fecha 27 de setiembre de 2011.

Todas las Tarifas serán cobradas en Nuevos Soles, para lo cual se utilizará el Tipo de Cambio que corresponda al último día hábil del mes en el que se da cumplimiento a lo indicado en la Cláusula 8.12 o el dato más próximo."

[El subrayado es nuestro]

57. Asimismo, el RETA en su artículo 33° establece la obligación del Concesionario de publicar con una anticipación no menor a diez (10) días hábiles a la fecha de entrada en vigencia cualquier modificación al tarifario.
58. A partir de lo señalado en los párrafos precedentes, se puede prever que el periodo de publicación estipulado en el RETA se vea incumplido en todo los casos, toda vez que el periodo que transcurre entre el cálculo de la nueva tarifa y su toma de vigencia es menor a los diez (10) días hábiles exigidos en el RETA.
59. Por tanto, es necesario que lo establecido en el literal b) de la cláusula 9.4 del proyecto de contrato se encuentre en concordancia con los días hábiles de publicación exigidos por el RETA; ello significa que entre el día de publicación de la nueva tarifa y el día de su toma de vigencia debe haber como mínimo un periodo de diez (10) días hábiles.
60. Para ello, una alternativa es establecer que la toma de vigencia de la nueva tarifa se realice a partir del décimo primer día hábil del mes siguiente de aprobado la condición contractual que gatilla el incremento de tarifa.

V.2. CALIDAD DE LOS SERVICIOS

V.2.1 De los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Ejecución de Obras a Cargo del Concesionario, Capítulo VI: Ejecución de Obras (página 41)

61. Con relación a la cláusula 6.6, si bien se han ampliado los plazos otorgados al Regulador para la revisión de los estudios (de 10 a 15 días calendario en el caso de obras mínimas y de 25 a 30 días calendario en el caso de obras obligatorias), a partir de la experiencia en la revisión de estudios de otros contratos de concesión (como la Red Vial N° 4, Autopista del Sol e IIRSA Centro Tramo N° 2) se ha podido comprobar que dichos plazos resultan insuficientes para una adecuada y pormenorizada revisión de los mismos.
62. En tal sentido, para efectos de un eficiente cumplimiento de las funciones de supervisión de OSITRAN, resulta necesario que dichos plazos sean ampliados a 20 días calendarios para revisión así como para revisión del levantamiento de observaciones, en el caso del Trazo de obras mínimas; y, a 30 días calendario para revisión así como para revisión de levantamiento de observaciones, en el caso del Estudio de Ingeniería e Impacto Ambiental para las Obras Obligatorias.

V.2.2 Programa de Ejecución de Obras, Capítulo VI: Ejecución de Obras (página 42 y 43)

63. La cláusula 6.10 indica lo siguiente:

"El planeamiento de la organización de las Obras corresponde al CONCESIONARIO, el mismo que se reflejará en el Programa de Ejecución de Obras.

Con una anticipación de treinta (30) Días Calendario al inicio de las Obras indicadas en la Cláusula 6.3, el CONCESIONARIO deberá presentar en medios magnéticos y físicos

para conocimiento del REGULADOR el Programa de Ejecución de Obras que incluya tiempos de las partidas relativas a la ejecución de las obras indicadas.

(...)"

64. Al respecto, la redacción planteada sugiere que el inicio de las Obras se realice con un Programa de Ejecución de Obras (PEO) que no ha sido revisado ni aprobado, afectando el adecuado control del avance de las obras por parte del Regulador. Asimismo, no se señala claramente que el PEO debe contener los plazos parciales de inicio y culminación de cada obra obligatoria, lo que eventualmente podría afectar la eficacia en el control del Regulador sobre el avance de obras.
65. De manera similar, en el literal d) de la cláusula 6.12 se señala como condición para el inicio de las Obras Obligatorias, que se haya presentado el Programa de Ejecución de Obras (PEO), lo que permitiría que se inicien las Obras con un PEO que no ha sido revisado ni aprobado, afectando el adecuado control del avance de las obras por parte del Regulador.
66. En virtud de lo antes señalado, es necesario que las cláusulas 6.10 y 6.12 establezcan que para el inicio de ejecución de obras se debe contar con la aprobación del PEO por parte del Concedente como condición previa, y que el mismo debe contener los plazos parciales de inicio y culminación de cada obra obligatoria.

V.2.3 Aceptación de las Obras, Capítulo VI: Ejecución de Obras (página 45)

67. Con relación a la cláusula 6.21, si bien esta se ha modificado en atención a las observaciones vertidas en el Informe N° 023-11-GRE-GS-GAL-OSITRAN, se debe precisar que en el caso de la aceptación parcial de las obras, estas se encuentran referidas al listado de Obras Obligatorias.
68. Asimismo, para la aceptación de las Obras es necesario contar con la documentación que recoja las características de la infraestructura construida, la misma que permitirá al Regulador verificar que las Obras han sido construidas de acuerdo al expediente técnico de obras, incluyendo sus modificaciones aprobadas, así como a las exigencias establecidas en los Estudios de Impacto Ambiental. A partir de ello, se permitirá contar con un inventario vial actualizado de las obras ejecutadas, el mismo que formará parte del patrimonio vial del Concedente.
69. En ese sentido, es necesario establecer en el contrato que el Concesionario podrá solicitar la aceptación de las obras, tanto obligatorias como adicionales, siempre que cumpla con presentar como mínimo la siguiente documentación:

- a) Certificado de correcta aplicación de los planes de manejo ambiental del EIA, emitido por la DGASA.
- b) Planos Post-construcción y Metrados finales, aprobadas por el Supervisor de Obras.

V.2.4 Conservación de las Obras Adicionales, Capítulo VI. Ejecución de Obras (página 48)

70. La cláusula 6.37 otorga al Concesionario el derecho a conservar las Obras Adicionales, para lo cual definirá un costo anual de mantenimiento de dichas obras (CAM), previa opinión del Regulador. Asimismo, dicha cláusula establece que "[e]n caso se verifique una reducción en el costo de mantenimiento generado por la Obra Adicional, el CONCEDENTE previa opinión del REGULADOR podrá solicitar Obras por el valor de dicha disminución."



71. Al respecto, es importante que dicha cláusula establezca la responsabilidad del Concedente en la aprobación del CAM, previa opinión del Regulador, ya sea en los supuestos que éste tenga que definirse por un incremento del costo de mantenimiento generado por la conservación de las obras adicionales que se ejecuten, o definiendo el monto de reducción de los costos de mantenimiento que dichas obras podrían generar.

V.2.5 Obras Adicionales, Capítulo VI: Ejecución de Obras (páginas 47-48)

72. Las cláusulas 6.28 a 6.37 regulan el procedimiento para la ejecución de Obras Adicionales; sin embargo, no establecen un procedimiento para su aceptación por parte del Concedente una vez concluidas.
73. Si bien en atención al requerimiento formulado por este Órgano Regulador, mediante Oficio N° 10-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01, PROINVERSION señala que la recepción de las obras adicionales seguiría el mismo procedimiento de toda obra de la concesión; ello no se desprende de las cláusulas contractuales que regulan las obras adicionales.
74. Por ello, y considerando que en otros contratos de concesión, de similar regulación al propuesto, se vienen presentando controversias entre las empresas concesionarias y el Concedente con respecto al mecanismo para la aceptación de las obras adicionales, resulta pertinente que se precise de manera expresa que la aceptación de obras adicionales debe seguir el procedimiento establecido en las cláusulas 6.21 a 6.27 del Contrato de Concesión.

V.2.6 Inicio de la explotación, Capítulo VIII: Explotación de la Concesión (página 56)

75. El último párrafo del literal a) de la cláusula 8.12, referida a los servicios obligatorios que deberá implementar o proporcionar el Concesionario, señala que:

"La unidad de peaje nueva y la reubicada deberán entrar en funcionamiento prestando los servicios indicados en v) y vi), no siendo una condición para la aplicación de la Cláusula 9.4 b) en las unidades de peaje existentes".

[El subrayado es nuestro]

76. Al respecto, la redacción planteada en este último párrafo contradice lo señalado en el párrafo siguiente al inciso vi) del literal a) de la misma cláusula, el cual sostiene que "[e]s requisito indispensable para la aplicación del régimen tarifario indicado en 9.4 b), que los servicios indicados en i), ii), iii), iv), v) y vi) estén en funcionamiento".

V.3. TEMAS RELACIONADOS CON LAS FACILIDADES ESENCIALES

77. Tal como se detallara en el Informe N° 023-11-GRE-GS-GAL-OSITRAN, toda vez que el REMA excluye de su ámbito de aplicación a las carreteras, no corresponde emitir opinión sobre este aspecto.

V.4. OTROS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

V.4.1 Obras Mínimas, Capítulo I: Antecedentes y Definiciones (página 18)

78. La definición hace una remisión al Apéndice 1 del Anexo 6 de las Bases, no obstante, en dicho extremo de las Bases únicamente se señala que dichas obras están "por determinar". Ello, no es coherente con la cláusula 6.6 del Contrato, en la que se señala como obras mínimas, la segunda calzada Tacna – La Concordia y Evitamiento Tacna.



79. De ser estas las obras mínimas, se deberían incluir en dicha definición, para que se pueda entregar dichas áreas (terrenos) en los plazos establecidos y no se retrase indefinidamente la ejecución de dichas obras.

V.4.2 Obras para Concurso y Desempate, Capítulo I: Antecedentes y Definiciones (página 18)

80. La definición hace una remisión al Apéndice 1 del Anexo 6 de las Bases, no obstante, en dicho extremo de las Bases únicamente se señala que dichas obras están "por determinar". Ello, no resulta recomendable, toda vez que genera incertidumbre, entre otros, respecto de cuáles serán las áreas de terreno necesarias que se requerirán para ejecutarlas, lo que podría retrasar indefinidamente la ejecución de dichas obras.

V.4.3 Tramo, Capítulo I: Antecedentes y Definiciones

81. No se define el término "Tramo" el cual es utilizado a lo largo del Contrato de Concesión. Es conveniente que este término sea definido, toda vez que se utiliza en diferentes capítulos del mismo, como por ejemplo, en el Anexo I del Contrato, en la evaluación de parámetros de niveles de servicio globales.

V.4.4 Defensas Posesorias, Capítulo V. Régimen de Bienes (página 39)

82. La cláusula 5.43 regula las acciones del Concesionario en cuanto a defensas posesorias. Si bien se ha agregado un párrafo imputándose al Concesionario la responsabilidad del ejercicio de las defensas posesorias, con el consecuente costo que estas demanden, la redacción propuesta requiere de mejor precisión con respecto al ejercicio de la defensa posesoria judicial, por cuanto en el primer párrafo de dicha cláusula se señala la coordinación que tendría que hacer el Concesionario con el Concedente, lo que sugiere una exoneración de responsabilidad para el Concesionario.

83. En tal sentido, debe precisarse claramente que la responsabilidad del ejercicio de las defensas posesorias, tanto judicial como extrajudicial, corresponde al Concesionario. Para tal efecto, se propone la siguiente redacción en el último párrafo de la cláusula materia de análisis:

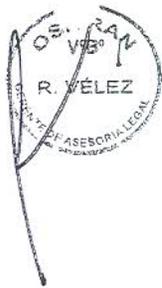
"El ejercicio de las defensas posesorias, tanto judiciales como extrajudiciales, es responsabilidad del CONCESIONARIO, debiendo asumir el costo que ellas demanden"

V.4.5 Modificación de Plazos para Ejecución de Obras, Capítulo VI: Ejecución de Obras (página 44)

84. La cláusula 6.13 plantea la posibilidad que el Concesionario solicite modificaciones de los plazos del Programa de Ejecución de Obras (PEO); sin embargo, no indica el procedimiento a seguir para tal fin. Además, no precisa cuál es la autoridad a quien corresponde aprobar el PEO, situación que podría generar demoras innecesarias en el trámite y dificultades en las labores del Concedente y del Regulador.

85. En tal sentido, es necesario que el contrato de concesión establezca un procedimiento para la aprobación del PEO, incluyendo sus modificaciones. Dicho procedimiento deberá establecer como mínimo los siguientes aspectos:

- a) La competencia del Concedente para aprobar el PEO, incluyendo sus modificaciones, previa opinión del Regulador.



- b) La obligación que el PEO contenga plazos parciales referidos al inicio y finalización de cada obra obligatoria.
- c) Que la modificación del PEO no deberá afectar el plazo total de ejecución de obras (36 meses).

V.4.6 Circulación del Tránsito durante la Ejecución de Obras, Capítulo VI: Ejecución de Obras (página 45)

86. La cláusula 6.18, referida al Plan de Tránsito Provisorio, señala su aprobación automática cuando no haya pronunciamiento del Regulador. No obstante, en línea con otros trámites indicados en el Contrato, no es conveniente que se establezca silencio positivo para este tipo de documentos, en la medida que los mismos están relacionados a la seguridad de los usuarios directos e indirectos de la vía, máxime si la primera disposición transitoria de la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060, establece que el silencio negativo será aplicable en aquellos casos que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud y la seguridad ciudadana.

V.4.7 Información, Capítulo VIII: Explotación de la Concesión (página 53)

87. El literal a) de la cláusula 8.5 cita al Reglamento General de Supervisión (RGS), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN; sin embargo, a la fecha, el reglamento vigente es el aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN.

88. En tal sentido, de la lectura del literal a) de la cláusula 8.5, referida a la exigencia de información relacionada a la explotación, se advierte que PROINVERSION está considerando una norma derogada, siendo la norma vigente el RGS aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N°024-2011-CD-OSITRAN. Por tanto, deberá corregirse el error material identificado.

V.4.8 Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG), Capítulo X: Régimen Económico - Financiero (página 63)

89. De acuerdo al numeral 1.9.53 del Contrato de Concesión, el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG) es la garantía otorgada por el Concedente a efectos de asegurar al Concesionario un nivel mínimo de ingreso, correspondiendo al Ministerio de Economía y Finanzas la emisión de la opinión respectiva referida al monto del IMAG de cada año y la probabilidad máxima de ocurrencia, conforme a la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 146-2008-EF¹⁰.

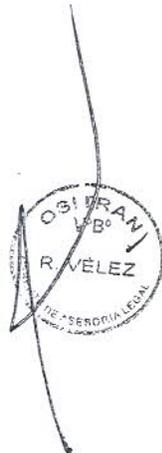
90. Con relación al procedimiento de reconocimiento, el literal b) de la cláusula 10.3 indica:

"El REGULADOR emitirá su informe al CONCEDENTE en un plazo no mayor de treinta (30) Días contados desde la recepción del informe presentado por el CONCESIONARIO."

91. Asimismo, el literal a) de la cláusula 10.4 señala que:

"El CONCESIONARIO deberá presentar la factura correspondiente al monto resultante de la diferencia entre el IMAG y la recaudación anual, dentro de la primera quincena del"

¹⁰ Al respecto, de acuerdo a lo señalado por PROINVERSION en las páginas 38-39 de la matriz de respuesta a la opinión emitida por OSITRAN a la versión final del Contrato de Concesión al 17.10.11 (contenida en el Informe N° 023-11-GREGS-GAL-OSITRAN), el IMAG "de acuerdo a la opinión del MEF como ente competente, comunicada mediante el Oficio N° 293-2011-EF/15.01, tiene una probabilidad máxima de ocurrencia de 1.6% siendo el máximo permitido 10%".



mes de enero correspondiente al año siguiente de la emisión del Informe del REGULADOR a que se refiere el Literal b) de la Cláusula 10.3.”

92. Sobre el particular, de acuerdo a la redacción propuesta en el literal a) de la cláusula 10.4, el Concesionario presentaría su factura por concepto de IMAG, dentro de la quincena del mes de enero **del año siguiente** al informe de revisión del Regulador, lo que originaría que el pago se realice con un (01) año de diferencia.
93. En tal sentido, se debe revisar la oportunidad de presentación de la factura señalado en el literal a) de la cláusula 10.4.

V.4.9 Pagos del Concesionario por concepto de Supervisión de Obras, Capítulo X: Régimen Económico - Financiero (página 64)

94. El primer párrafo de la cláusula 10.6 estipula que los pagos del Concesionario por concepto de supervisión de estudios y obras serán por un monto equivalente al 6% del presupuesto de los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental para las Obras Obligatorias. Al respecto, la redacción planteada sugiere que el porcentaje asignado para el pago por Supervisión (6%) sólo se estaría aplicando sobre el costo de los estudios y no sobre el costo total de las obras (Estudios más ejecución de obras). En tal sentido, debe precisarse que el monto por concepto de supervisión (6%) debe calcularse sobre el costo total de las obras; es decir, costo de los estudios y la ejecución de obras.
95. Asimismo, se reitera que debe señalarse expresamente el porcentaje destinado para el seguimiento y control de manera separada, a efectos de evitar contingencias al Regulador en el ejercicio de sus funciones.

V.4.10 Seguro de Responsabilidad Civil, Capítulo XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario (página 73)

96. El literal a) de la cláusula 12.3 estipula que el Concesionario contratará una póliza de seguro de responsabilidad civil desde el inicio de las Obras obligatorias.
97. En atención al requerimiento formulado por este Órgano Regulador, mediante Oficio N° 10-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01, PROINVERSION señala que los riesgos de responsabilidad civil se generan a partir del inicio de la construcción de las obras obligatorias.
98. Al respecto, es pertinente resaltar que, de acuerdo al Código Civil, la Responsabilidad Civil es inherente al desempeño de las actividades de cualquier persona jurídica, ya que ésta está obligada a indemnizar por daños que cause a terceros en el desempeño de sus actividades. Así, desde el punto de vista de una empresa, la responsabilidad civil es un riesgo que está latente desde el nacimiento de su personalidad jurídica, debido a que puede causar daños a terceros en cualquiera de sus actividades.
99. En tal sentido, al solo considerar la Póliza de Responsabilidad Civil desde el inicio de la construcción de las Obras obligatorias, se estaría obviando las responsabilidades emergentes de las otras actividades que desarrolla el Concesionario desde la firma del Contrato de Concesión, el mismo que abarca la operación y mantenimiento de los activos entregados.
100. Por lo expuesto, resaltamos la importancia que la Póliza de Responsabilidad Civil debería cubrir los riesgos vinculados a ésta, desde la toma de posesión de la infraestructura concesionada.



V.4.11 *Clases de Pólizas de Seguros, Capítulo XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario (página 73)*

101. El literal b) de la cláusula 12.3 señala lo siguiente con relación al seguro de bienes en construcción:

"b) Seguro sobre bienes en Construcción

El concesionario está obligado a contratar, durante la ejecución de las Obras Obligatorias y Obras Adicionales, un seguro contra todo riesgo de Construcción pólizas C.A.R. (Construction All Risk) (...)

Las pólizas contratadas tendrán como único beneficiario al CONCESIONARIO, el cual estará obligado a destinar de inmediato los fondos obtenidos (...)"

102. En tanto, la cláusula 12.9, referida a otras responsabilidades y obligaciones del Concesionario, establece que:

"12.9. El CONCESIONARIO contratará todas las pólizas de seguro que se requieran en virtud del presente Contrato con Compañías de Seguros y Reaseguros que tengan la calificación B o una superior, según información de la Superintendencia de Banca, Seguro y AFP y/o Clasificadora de Riesgos que operen en el Perú y/o en el extranjero. Los certificados de seguros para cada póliza antes indicadas deberán contener lo siguiente:*

a) Una declaración en la que el CONCEDENTE aparezca como beneficiario adicional.

(...)"

103. Al respecto, debe compatibilizarse las citadas cláusulas, en el sentido que, el Concedente aparezca como beneficiario adicional en la Póliza CAR (Construction All Risk), en su calidad de titular de la infraestructura concesionada.

104. La precisión antes señalada se hace en virtud que, si el Concesionario fuera el único beneficiario, tal como se señala en el literal b) de la cláusula 12.3, se estaría desprotegiendo al Concedente en su calidad de titular de la Infraestructura. Adicionalmente, el mencionado literal estaría contradiciendo lo señalado en el literal a) de la cláusula 12.9 con respecto a que las Pólizas indicadas deberán tener una declaración en la que el Concedente aparezca como beneficiario adicional.

V.4.12 *De la Función Sancionadora, Capítulo XV: Competencias Administrativas (página 87)*

105. Si bien se ha retirado el término "supletoriamente", a efectos de evitar eventuales cuestionamientos de los concesionarios a los procedimientos administrativos sancionadores que, de ser el caso, inicie el Regulador, se debe eliminar el tercer párrafo de la cláusula 15.7, toda vez que, al tener una distinta naturaleza jurídica, las sanciones administrativas se aplican independientemente de las penalidades contractuales establecidas.

V.4.13 *Penalidades Contractuales, Capítulo XV: Competencias Administrativas (página 87)*

106. En el segundo párrafo, debe precisarse que la decisión "expresa o tácita" del Regulador tendrá carácter de definitivo, y no estará sujeta a reclamación por parte del Concesionario,



toda vez que la cláusula en mención únicamente establece que "La decisión del REGULADOR tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO",

V.4.14 Aporte por Regulación, Capítulo XV: Competencias Administrativas (página 88)

107. Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Fiscal, dicho aporte es una contribución de naturaleza tributaria, por lo cual esta cláusula debería estar comprendida en el Régimen Tributario. Sin perjuicio de ello, también es necesario que se precise que el Concesionario debe retribuirlo no sólo conforme a lo establecido en las normas legales señaladas (Ley 26917 y 27332), sino también, a las normas reglamentarias que de estas se derivan, como el Reglamento de Aporte por Regulación, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 021-2011-CD-OSITRAN, y/o las normas que lo complementen, modifiquen o sustituyan.

V.4.15 Término por Incumplimiento del Concedente, Capítulo XVI: Caducidad de la Concesión (página 90)

108. Reiteramos que la causal de caducidad de la concesión, establecida en el literal b) de la cláusula 16.8, constituye un riesgo muy elevado para el desarrollo de la Concesión, dadas las dificultades que se han venido observando en las concesiones actuales. Asimismo, en los Contratos de Concesión suscritos, no ha resultado un incentivo eficaz para que el Concedente cumpla con la entrega de las áreas de terreno en los plazos establecidos.

V.4.16 Valor Contable Neto del Intangible, Capítulo XVI: Caducidad de la Concesión (página 93)

109. En el literal a) de la cláusula 16.16. referido a la determinación del Valor Contable Neto se requiere precisar a que la sumatoria de los rubros contenidos en los numerales i) al iv) está referida a los valores ejecutados y pendientes de pago. Si bien el acápite (iv) de dicho literal hace referencia a valores "pendientes de pago", ésta sólo hace alusión a las Obras Adicionales.

110. El literal a) de la cláusula 16.17 requiere ser revisado en su redacción. Si en el literal a) de la cláusula 16.17 se refiere que la acreditación y aprobación del Regulador es respecto a las Obras Adicionales, ello requiere ser modificado, pues constituye competencia del Concedente. Si la acreditación se refiere a los estados financieros auditados, ello es responsabilidad del Concesionario y su empresa auditora sobre la correspondencia de poder contabilizar o no dichas Obras. Sobre este particular, se entendería que las Obras Adicionales a considerar en el Valor Contable Neto sólo podrán ser aquellas que se vayan a registrar en los estados financieros auditados, más no así los que no se registren o los que ya estén registrados.

V.4.17 Valorización por Caducidad por Incumplimiento de cualquiera de las Partes o Decisión Unilateral del Concedente, Capítulo XVI: Caducidad de la Concesión (página 94)

111. El tercer párrafo del literal a) de la cláusula 16.19 señala que de haber diferencias a favor del Concedente, el Concesionario devolverá dicha diferencia al Concedente. No obstante, dado que el momento de ocurrencia de la Caducidad es antes del inicio de las Obras, se encuentra vigente el Fideicomiso de Administración en el cual se deposita la recaudación de Peajes. En tal sentido, se requiere revisar la referencia al Concesionario, pudiendo señalarse que el Concedente dispondrá de dicha diferencia del Fideicomiso de Administración.



112. Por otro lado, considerando que el Concesionario figurará como Fideicomitente, se recomienda que se adicione un párrafo en el que se estipula que estas disposiciones del literal a) de la cláusula 16.19 serán contempladas en el Fideicomiso de Administración.

V.4.18 *Capítulo XVII: Suspensión de Obligaciones Contempladas en el Presente Contrato (página 94)*

113. En la cláusula 17.2 se señala que corresponde al Regulador declarar la Suspensión de la Concesión, conforme a las normas regulatorias, lo cual resulta aceptable en la medida que ello es función principal de OSITRAN, conforme se desprende del literal g) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917.

114. En tal sentido, si bien se ha eliminado lo señalado en el último párrafo de la cláusula 17.2, debe quedar claro que el acto administrativo de Declaración de la Suspensión de la Concesión que efectúe el Regulador, sólo se podría someter a los medios de impugnación de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, y la Ley N° 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

V.4.19 *Trato Directo, Capítulo XVIII: Solución de Controversias (página 99)*

115. Acorde con lo establecido en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, que señala expresamente: "Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa" concordante con el artículo 3° de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso Contencioso Administrativo que señala: "Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales", reiteramos que los actos administrativos que emita el REGULADOR en ejercicio de sus funciones, tales como la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, establecida en el literal e) del numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, únicamente deberían ser objeto de contradicción en la vía administrativa, mediante los recursos administrativos establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y en la vía judicial, a través de la acción contencioso administrativa.

116. Debe también tenerse en consideración, que a través de un Contrato, las Partes no pueden sustraer funciones, competencias, y/o atribuciones asignadas a un Organismo Regulador u otra Entidad de la Administración Pública,¹¹ conforme a lo señalado en el Marco Legal del presente Informe.

117. En ese sentido, se recomienda sustituir el primer párrafo de la cláusula 18.11 del contrato de concesión, por el siguiente texto:

"18.11 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 la administrativa u otras decisiones administrativas de este organismo, o de personas o entidades en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa), serán resueltos por trato directo entre ellas".

¹¹ De acuerdo al artículo 61° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan.

118. Asimismo, siguiendo ese orden legal también se recomienda que el último párrafo de la cláusula 18.2, quede redactada del siguiente modo:

"(....)

- 18.2. Sin perjuicio de lo establecido en los párrafo anteriores, las Partes reconocen que la impugnación de las decisiones administrativas del REGULADOR, u otras entidades de la Administración Pública en ejercicio de sus funciones y competencias administrativas atribuidas por norma expresa, deberá sujetarse al artículo 148º de la Constitución Política del Perú y las Leyes y Disposiciones Aplicables".
119. Ello, resulta coherente con el marco normativo, y más aún, es razonable en la medida que las decisiones que la administración pública adopta (en especial los organismo reguladores) no se agotan en las relaciones del Estado con una Entidad Prestadora, sino que alcanzan a todos los usuarios de la Infraestructura (monopolio natural), por lo que no pueden ser materia de arbitraje al encontrarse fuera de la esfera de libre disposición de las Partes conforme a derecho.
120. El inciso 1 del artículo 2º de la propia Ley de Arbitraje establece: "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen." Concordante con ello, el segundo párrafo del literal a) del artículo 10º del Reglamento de la Ley de APP, establece:

"Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP conforme a lo establecido en el numeral 9.6 del artículo 9 de la Ley, se regirán por las siguientes disposiciones:

- a. Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

En tal sentido, se entiende que no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa."

V.4.20 Capítulo XIX: Modificaciones al Contrato (página 104)

121. Con respecto a los modificaciones, el contrato señala que el Concedente emitirá su opinión contando con la opinión del Regulador, tal como se señala:

"Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra Parte, con copia al Regulador, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. EL CONCEDENTE resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes."

[El subrayado es nuestro]



122. Es preciso señalar que no es posible emitir opinión técnica sobre una modificación contractual, cuando no se conoce el interés de cada una de las partes sobre la modificación propuesta. En el caso planteado en el presente contrato, el Concesionario puede plantear argumentos que podrían parecer válidos para una modificación, sobre la cual el Regulador podría emitir una opinión favorable, pero es posible que el Concedente tenga una opinión distinta ya que sus intereses son diferentes y tiene otros objetivos, los cuales podrían no ser conocidos por el Concesionario y por el Regulador. En ese sentido, somos de la opinión de modificar la presente cláusula de manera tal que el Regulador emita opinión únicamente sobre el acuerdo de modificación al que llegarán las partes.
123. Es preciso recordar que la presente solicitud ha sido recogida por PROINVERSION en los últimos contratos de concesión, tal como se puede observar en el "Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipósito en el Terminal Portuario del Callao".

V.4.21 Capítulo XIX: Modificaciones al Contrato (página 105)

124. Se reitera que es necesario incorporar en la cláusula 19.1, además de la referencia al incremento de tráfico para la revisión del contrato, que éste no permita cumplir con lo estipulado en el numeral 10.3. de la Sección 4 del Anexo I del Contrato, toda vez que, sin parámetros objetivos, se puede incentivar comportamientos oportunistas de cualquiera de las Partes.
125. Sobre el particular, en la Matriz de Comentarios, PROINVERSIÓN señala: "No es necesario precisar una lista de actos donde se podría invocar la revisión del Contrato ya que en el artículo 33° del TUO de Concesiones se precisa las situaciones en que podría darse o producirse estas modificaciones".
126. Al respecto, como bien se señala en la literatura económica¹², a fin de completar o anticiparse al comportamiento oportunista de cualquiera de las Partes, puede establecerse cláusulas que sirvan para detallar las condiciones y la forma como se van a llevar las transacciones.
127. En todo caso, de no considerar esta recomendación, a fin de evitar que se pueda generar incentivos a las Partes orientados a distorsionar la asignación de riesgos establecida en el Contrato de Concesión, se recomienda eliminar el último párrafo de la cláusula 19.1. OSITRAN ha detectado comportamientos de esa naturaleza sustentados en función de una estipulación similar.

V.4.22 Fideicomiso de Recaudación, ANEXO XI (página 192)

128. El numeral 6 del Anexo XI establece que la liberación de recursos del Fideicomiso es para cubrir tanto aspectos operativos como administrativos, sin precisar los tipos de bienes posibles de reconocer para dicha liberación de recursos. Al respecto, mediante Oficio N° 6-2012/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPVI.01, PROINVERSION señala que estos rubros corresponden a los bienes y servicios indicados en el Anexo X, los cuales son recursos, tanto operativos como administrativos, que se requieren para el funcionamiento general de la concesión. Sin embargo, ello no se desprende de la lectura del numeral 6 del Anexo XI.

¹² Williamson 1996.



129. Por tanto, se solicita precisar en el párrafo en cuestión los rubros que deben ser sustentados para la liberación de recursos del Fideicomiso de Administración, o en su defecto, hacer una referencia explícita a los conceptos del Anexo X que son pasibles de reconocer para la liberación de recursos del Fideicomiso.
130. De otro lado, en el literal c) de del numeral 6 se señala:

"En caso que al finalizar el Segundo Año de la Concesión el Concesionario no haya acreditado la inversión mínima de (US\$ 11'000,000.00), por causas no imputables a él, los montos máximos de liberación de recursos comprendidos en el Segundo Año de la Concesión también se aplicarán en los siguientes años hasta la acreditación de la inversión mínima antes indicada."

131. Sobre el particular, se recomienda que se precise en la redacción de dicha cláusula, la vinculación de la inversión mínima que se señala, a la definición de Obras Obligatorias, Obras Mínimas y Obras para Concurso y Desempate contenida en la cláusula 1.9.61 del Proyecto de Contrato de Concesión, según corresponda. Ello, con la finalidad de evitar eventuales controversias respecto a dicha estipulación.

VI. CONCLUSIONES:

1. Los comentarios al Proyecto de Contrato de Concesión realizados en las secciones precedentes se basan en la Versión Final del Contrato de Concesión (al 25.04.2012) del tramo vial desvío Quilca - desvío Arequipa (repartición) - desvío Matarani - desvío Moquegua - desvío Ilo - Tacna - La Concordia, la información remitida por PROINVERSION, así como la información que figura en su página web. 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.

2. 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 sus modificatorias.

3. Con relación a los temas tarifarios, de acceso y de calidad de servicio, la opinión es la siguiente:

- 3.1. Con relación a las materias relacionadas con las tarifas y calidad de servicio, se están formulando observaciones cuya implementación es necesaria por parte de PROINVERSION, para mejorar las condiciones del contrato y su respectiva calidad de ejecución y supervisión, motivo por el cual, el REGULADOR emite opinión favorable sujeta a su incorporación.

- 3.2. 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

OSITRAN
VºBº
R. VÉLEZ
ASISTENTE LEGAL

OSITRAN
VºBº
A. QUISPE
ANALISTA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

OSITRAN
VºBº
L. TAÑE
ASISTENTE LEGAL

OSITRAN
VºBº
L. TAÑE
ASISTENTE LEGAL

OSITRAN
VºBº
L. TAÑE
ASISTENTE LEGAL

OSITRAN
VºBº
G. SILVA
ASISTENTE DE F.

OSITRAN
VºBº
G. SILVA
GERENTE DE REGUL.

OSITRAN
VºBº
J.C. ROJAS
ASISTENTE LEGAL

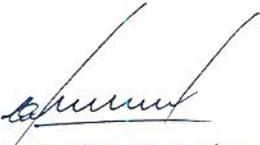
carretera no se encuentra dentro de la lista de facilidades esenciales sujetas al Reglamento Marco de Acceso - REMA de OSITRAN.

- 3.3. Con relación al título Otros de Competencia de OSITRAN, vinculado a los temas tarifarios y calidad del servicio, se están formulando recomendaciones cuya incorporación OSITRAN considera necesaria.

VII. RECOMENDACIÓN:

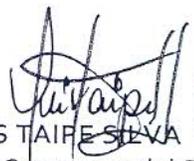
Elevar el presente informe a consideración del Consejo Directivo para su respectiva evaluación y aprobación, de ser el caso.

Atentamente,


RENZO ROJAS JIMÉNEZ
Gerente de Regulación (e)


OSCAR HERRERA BENAVIDES
Gerente de Supervisión (e)


ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal

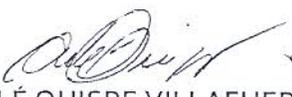

LUIS TAIFE SILVA
Jefe de Carreteras del Sur




JOSÉ CARLOS ROJAS ZEBALLOS
Asesor Legal


JAVIER PÉREZ ALATA
Asesor Legal I


GIAN CARLOS SILVA ANCCO
Asistente de Regulación


ARLÉ QUISPE VILLAFUERTE
Analista de Estudios