

URGENTE

1114



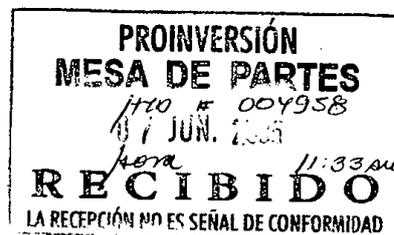
OSITRAN

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

Oficio N° 185-05-GG-OSITRAN

Lima, 07 de junio de 2005

Señor
SERGIO BRAVO ORELLANA
Presidente de los Comités de Infraestructura
y de Servicios Públicos
PROINVERSION
Presente.-



Asunto : Opinión a la Versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión del Tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial N° 6)

De nuestra consideración:

Es grato dirigirme a usted, con relación al asunto de la referencia, para comunicarle que el Consejo Directivo, en su Sesión Extraordinaria N° 172-2005-CD de fecha 06 de junio del año en curso, aprobó el Informe N° 021-05-GRE-GAL-OSITRAN, que contiene la opinión de OSITRAN a la Versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión del Tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial N° 6) recibida en versión electrónica con fecha 31 de mayo de 2005.

Además de ello, le comunicó que el Consejo Directivo de OSITRAN exhorta a su representada a que se sirva remitir los futuros proyectos de Contratos de Concesión con la debida antelación, previendo en su Cronograma de Trabajo un plazo razonable para dicha finalidad.

Asimismo, le adjunto copia fedateada del Acuerdo N° 652-172-05-CD-OSITRAN y del Informe N° 021-05-GRE-GAL-OSITRAN.

Atentamente,


JORGE ALFARO MARTIJENA
Gerente General

Adjunto: Acuerdo N° 652-172-05-CD-OSITRAN
Informe N° 021-05-GRE-GAL-OSITRAN

Reg. Sel. N° GG-4479-05

Torre del Centro Cívico
Av. Bolivia 144 - Piso 19 - Lima 1
Tel: (511) 330 7575
Fax: (511) 433 1944
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



**Gobierno
del Perú**

Trabajo de peruanos



1. Opinión sobre el Contrato de Concesión del Tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial 6).

ACUERDO No. 652-172-05-CD-OSITRAN

Visto el Informe N° 021-05-GRE-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal, y en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 27701 y en el artículo 34° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2001-PCM; el Consejo Directivo acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe N° 021-05-GRE-GAL-OSITRAN conteniendo la opinión a la versión final del proyecto de Contrato de Concesión del Tramo Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica (Red Vial 6).
- b) Este informe ha sido elaborado sobre la Versión Final del Contrato de Concesión recibida por OSITRAN en versión electrónica con fecha 31 de mayo de 2005 y ha sido emitido en cumplimiento al plazo solicitado por PROINVERSION.
- c) En razón del corto plazo solicitado a OSITRAN para emitir esta opinión, exhortar a PROINVERSION que se sirva remitir los futuros proyectos de Contratos de Concesión con la debida antelación previendo en su Cronograma de Trabajo un plazo razonable para dicha finalidad.
- d) Comunicar el presente Acuerdo a la Agencia de Promoción de la Inversión – PROINVERSION.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

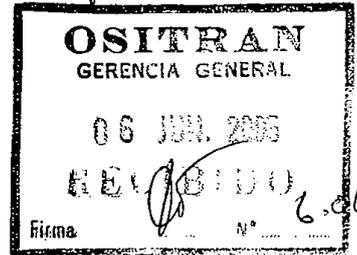
Certifico que el Texto del Acuerdo N° 652-172-05-CD-OSITRAN correspondiente a la Sesión de Consejo Directivo N° 172-2005-CD, de fecha 06.05.2005 del año 2005, es copia fiel del original que he tenido a la vista.

Fecha:

DRA. XIMENA VELTI POBLETE
Fedataria del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN



Para el CD JCD
06/06/05



INFORME N° 021-05-GRE-GAL-OSITRAN

Para : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Christy García-Godos Naveda
Analista de Regulación

Asunto : Comentarios a la versión final del Contrato para la Segunda Licitación Especial con Precalificación para la entrega en Concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (31 de mayo 2005).

Fecha : 06 de junio de 2005

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Oficio N° 780/2002/CIP-RVL/PROINVERSION de fecha 04 de diciembre del 2002, el Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos remitió a OSITRAN copia de la segunda versión del Contrato para la Licitación Especial con precalificación para la entrega en concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica – Cañete - Lunahuaná, así como las respuestas a las consultas efectuadas a la primera versión del Contrato de Concesión que fueron aprobadas por el propio Comité.
2. Mediante Informe N° 015-03-GRE-OSITRAN, de fecha 10 de abril de 2003, la Gerencia de Regulación de OSITRAN emitió los comentarios a la Segunda Versión del Contrato de Concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica – Cañete – Lunahuaná.
3. Mediante Oficio N° 196-03-GG-OSITRAN, de fecha 9 de mayo de 2003, OSITRAN remitió a PROINVERSIÓN el Informe N° 015-03-GRE-OSITRAN.
4. Mediante Oficio N° 313/2003/CI-RV/PROINVERSION, de fecha 17 de setiembre de 2003, el Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos remitió a OSITRAN las respuestas a las consultas sobre la segunda versión del Contrato de Concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica – Cañete – Lunahuaná realizadas por OSITRAN.

Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que ha sido leído a la vista.
Fecha: 06/06/05
DIB. XIMENA VELT POBLETE
Gerente de Regulación de OSITRAN
Infraestructura de Ica



029

5. Mediante Oficio N° 321/2003/CI-RV/PROINVERSION, de fecha 19 de setiembre de 2003, el Coordinador en Asuntos Viales de PROINVERSION remitió copia de la Tercera Versión del Contrato para la Licitación Especial con precalificación para la entrega en concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica – Cañete - Lunahuaná, así como las respuestas a las consultas efectuadas a la segunda versión del Contrato de Concesión que fueron aprobadas por el Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos.
6. Mediante Informe N° 008-04-GRE-OSITRAN de fecha 06 de febrero de 2004, OSITRAN remitió los comentarios de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN a la Tercera Versión del Contrato antes mencionado.
7. Mediante Oficio N° 063-04-GG-OSITRAN de fecha 10 de febrero de 2004, la Gerencia General de OSITRAN remitió el Informe N° 008-04-GRE-OSITRAN a PROINVERSIÓN.
8. Mediante Oficio N° 065/2004/CI-RV/PROINVERSION de fecha 22 de marzo de 2004, el Coordinador de Asuntos Viales remitió el borrador de la versión final del Contrato para la Concesión del tramo Puente – Pucusana – Cerro Azul – Ica Cañete - Lunahuaná, solicitando comentarios al OSITRAN.
9. Mediante Informe N° 019-04-GRE-OSITRAN de fecha 07 de abril de 2004, se remitieron los comentarios de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN al borrador de la Versión Final del Contrato antes mencionado.
10. Mediante Oficio Circular N° 008-04-GG-OSITRAN de fecha 16 de abril de 2004; la Gerencia General de OSITRAN remitió a PROINVERSION el Acuerdo del Consejo Directivo N° 457-139-04-CD-OSITRAN que aprueba el Informe N° 019-04-GRE-OSITRAN, así como copia del referido informe.
11. Mediante Oficio N° 263/2004/CPI-RV/PROINVERSION de fecha 27 de octubre de 2004, el Coordinador Sectorial de Asuntos Viales remitió el borrador de la versión final del Contrato para la Concesión del tramo Puente – Pucusana – Cerro Azul – Ica, solicitando comentarios.
12. Mediante informes N° 438-04-GS-04-OSITRAN de fecha 30 de noviembre de 2004 y N° 440-04-GS-04-OSITRAN de fecha 1° de diciembre de 2004, la Gerencia de Supervisión remitió sus comentarios sobre el borrador de la versión final del Contrato para la Concesión del tramo Puente – Pucusana – Cerro Azul – Ica.
13. Mediante Oficio N° 536-04-GG-OSITRAN de fecha 10 de diciembre de 2004 se remitió a PROINVERSIÓN los comentarios aprobados por el Consejo Directivo al documento denominado "Contrato para la Licitación especial con precalificación para la entrega en concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica - Borrador de la versión final del Contrato que Incorpora consultas y sugerencias (27 de octubre 2004)" en virtud a lo estipulado por la Artículo 2° de la Ley 27701.
14. Mediante Oficio N° 116/2005/CPI-RV/PROINVERSIÓN PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN copia del "Contrato de concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial 6) – año 2005"

Certificado que la fotocopia es fiel réplica del original que se agotó a la vista.
 Fecha, _____
 Dra. XIMENA VÉLTZ POBLETE
 Gerente General, Supervisión de Inversión en Infraestructura y Servicios Públicos



297

15. Mediante Oficio N° 108-05-GG-OSITRAN de fecha 14 de marzo de 2005, OSITRAN manifestó a PROINVERSIÓN su extrañeza ante la incorporación de nuevos elementos en la última versión del Contrato de Concesión y que no pudieron ser analizados por el Consejo Directivo de OSITRAN.
16. A través de Oficio N° 356/2005/CI-RV/PROINVERSIÓN de fecha 31 de mayo de 2005, el Presidente del Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos remitió la Versión Final del Contrato para la Segunda Licitación Pública Internacional para la entrega en Concesión del tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica.

II. OBJETO

17. El objeto del presente informe emitir opinión sobre la última versión del Contrato de la referencia, con énfasis en los cambios introducidos en relación con su versión anterior e incidiendo en aquellos temas en los que, la opinión previa de OSITRAN no ha sido acogida.

III. MARCO LEGAL

18. Artículo 2° de la Ley 27701, que señala:

“Artículo 2°.- Opinión del organismo regulador

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

IV. ANÁLISIS

19. Antes de proceder al análisis en los términos antes expuestos, es importante señalar que nuestro análisis se encuentra limitado por el corto tiempo conferido por PROINVERSIÓN para emitir la presente opinión. En efecto, esta versión del Contrato fue recibida por OSITRAN el día 31 de mayo del año en curso. Debe tenerse en consideración que para la emisión de la opinión técnica por parte del Consejo Directivo es necesario contar con un informe técnico por parte de las Gerencias correspondientes. Asimismo, el Consejo Directivo es un órgano colegiado que sesiona ordinariamente dos veces por mes. En tal sentido el plazo para la emisión de la opinión técnica debe considerar las labores de análisis antes referidas de manera sucesiva

20. El borrador de la versión final del Contrato de Concesión incorpora la mayoría de los comentarios de OSITRAN contenidos en el Informe N° 019-2004-GRE-OSITRAN, además de los comentarios que OSITRAN realizara a raíz de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión de la Tramo Ancón – Huacho – Pativilca, de la Carretera Panamericana Norte (Informes N° 003-04-GRE-GAL-OSITRAN, 007-04-GRE-GAL-OSITRAN y 008-04-GRE-GAL-OSITRAN). Por ello, en el presente documento se incide en aquellas observaciones y sugerencias del

Certificado que la transacción es una réplica del original que ha sido o ha sido.
 Fecha: _____
 Dña. XIMENA VEIT POBLETE
 Organismo Regulador de Inversión en Infraestructura de

OSITRAN
Vº Bº
G. RUIZ
CONSEJO DIRECTIVO

OSITRAN
Vº Bº
F. VAS
GERENCIA DE ASESORIA LEGAL

097

informe anterior que no han sido incorporadas por PROINVERSION en la última versión, a la vez que se comentan y observan otras modificaciones que se han incluido en el proyecto de contrato. Adicionalmente, se formulan algunas observaciones de forma a la redacción o terminología empleada.

IV.1 Acreeedores Permitidos (Sección I: Antecedentes y Definiciones; pág. 8)

21. La nueva versión del Contrato de Concesión recoge la modificación aprobada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones al Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca. No obstante ello debemos reiterar la opinión de OSITRAN al respecto. Mediante el acuerdo 484-143-04-CD-OSITRAN del Consejo Directivo, el Consejo Directivo recomendó que se elimine de la categoría de Acreeedores Permitidos a: "cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por EL CONCESIONARIO mediante oferta pública", categoría que en el Contrato de Concesión materia de análisis corresponde al literal vii)

IV.2 Cambio de la naturaleza del monto pagado por el Concesionario para efectos de la adquisición y expropiación del predios (Sección III: Eventos a la fecha de suscripción del Contrato, pág. 27)

22. En la cláusula 3.3 inciso j) de la última versión del Contrato de Concesión se señala que el monto ahí contemplado tiene la naturaleza de "Derecho de Concesión" y en virtud de la misma está afecta a lo establecido en el Artículo 1º del Decreto Supremo N° 021-98-PCM. Al respecto, resulta evidente que el monto que debe pagar el concesionario para la adquisición y expropiación de terrenos NO constituye contraprestación alguna por el Derecho de Concesión. Se trata simplemente de una obligación más del contrato que se origina en el contexto de la concesión, tal como también ocurre con los compromisos de inversión, las penalidades o las multas: son montos dinerarios que se originan en el marco de la concesión, pero no son contraprestación por los derechos adquiridos por el Concesionario.
23. En tal sentido, no cuestionamos la existencia de tal obligación, sino solamente su caracterización con fines de la deducción mencionada en la cláusula.
24. De otra parte, si bien este fondo ha sido creado para la adquisición y expropiación de los predios, también debería incluirse expresamente que dicho fondo cubra los gastos relacionados para obtener la libre disponibilidad de tales predios. En efecto, tratándose por ejemplo de un caso de posesión ilegal o precaria no cabría ni adquirir ni expropiar el predio pues el poseedor no es propietario del predio que ocupa; habría que proceder al desalojo incurriendo en una serie de gastos para tal efecto.
25. Adicionalmente llama la atención que respecto a la última versión del Contrato de Concesión para la primera Licitación, el monto destinado al Fideicomiso ha sufrido una reducción de US\$ 1 Millón (16,7%). Dado que el fideicomiso está orientado a solventar los gastos para la entrega libre de los terrenos al Concesionario la reducción del mismo debería estar relacionada con la reducción de dichos gastos. Entre la versión anterior y la versión actual del proyecto de Contrato de Concesión, no queda en evidencia que dicha situación haya ocurrido con lo cual esta reducción podría poner en riesgo la adquisición de los terrenos con el consiguiente retraso en la realización y entrega de las obras.

Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que ha sido visto.
Fecha: _____
Dra. XIMENA VELIT POBLETE
Directora General de la Gerencia de Asesoría Legal
Ministerio de Transportes y Comunicaciones



001

IV.3 Modificación del plazo de Concesión (Sección Plazo de la Concesión; pág. 28)

26. Llama la atención que para la segunda convocatoria el plazo de concesión ha sido ampliado a treinta (30) años. Dado que son diversos los elementos que pueden influir en el plazo total de la concesión, no contamos con la información específica que motivaría esta decisión. En todo caso PROINVERSIÓN deberá estar en capacidad de sustentar técnicamente este cambio.

IV.4 Plazo para entrega de bienes para los trabajos de la segunda etapa (Sección V: Régimen de bienes, pág. 30)

27. En la cláusula 5.2 se establece que los predios relacionados con los trabajos para la segunda etapa deben ser entregados a más tardar tres años antes del inicio de tal etapa. El problema radica en que de acuerdo a lo establecido en el Anexo II del Contrato de Concesión, la segunda etapa puede iniciarse entre los años 12 y 19, dependiendo del nivel de tráfico y unidades de peaje. En tal sentido, no siendo posible de antemano prever el momento en que se inicia la segunda etapa, tampoco lo es el plazo de tres años antes referido. Por tanto PROINVERSIÓN deberá establecer una fecha cierta cuyo plazo pueda ser determinado de antemano.

IV.5 Puesta en Servicio y Estándares (Sección VI: De la Construcción de la Infraestructura Vial, pág. 45-46)

28. En la cláusula 6.17 se ha establecido el mecanismo de recepción de las obras realizadas a través de una comisión, previéndose la aprobación, aprobación con observaciones o el rechazo de las obras. En la nueva versión del Contrato se ha establecido la posibilidad de someter a un peritaje técnico la decisión de la Comisión en caso las partes no estén de acuerdo con ella. Al respecto consideramos que se trataría de un caso de Controversia Técnica que debiera ser, en todo caso, resulta a través del procedimiento de arbitraje (de conciencia) previsto en la Sección XV del proyecto de Contrato.
29. En todo caso, si el mecanismo de arbitraje fuera considerado muy largo en términos de plazos, deberá evaluarse la posibilidad e utilizar este mismo mecanismo pero estableciendo plazos menores para este supuesto específico.

IV.6 Régimen Económico de la Construcción (Sección VI: De la Construcción de la Infraestructura Vial; pág. 47)

30. En el numeral 6.24 se establece como una obligación de la Sociedad Concesionaria el presentar el contrato de financiamiento con terceros a más tardar a los seis meses de iniciadas las obras de la primera etapa, en caso de contar con sólo una parte de los fondos necesarios para la ejecución de la misma.
31. Esta precisión no se hace extensiva para los casos de las otras etapas de la Concesión. Se supone entonces que para las otras etapas, en particular la etapa inicial y la segunda etapa, la Sociedad Concesionaria debe contar con el 100% de los fondos necesarios para la ejecución de las obras. Consideramos pertinente que se establezca esta obligación expresamente en el Contrato de Concesión a fin de que las Sociedad Concesionaria tome las medidas del caso y culmine las obras en los plazos previstos y que no se den situaciones en que el inicio de las obras o su culminación sean postergados.

certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que se le entregó a la vista.
Fecha, _____
Dña. XIMENA GONZÁLEZ SOBLETE
Directora General de la Infraestructura Vial
Compañía de Infraestructura de Transporte por Ruta

OSITRAN
Vº Bº
G. RUIZ
DIRECCIÓN DE REGISTRO

OSITRAN
Vº Bº
F. VASI
DIRECCIÓN DE ASESORIA LEGAL

047

IV.7 Retribución (Sección VIII: Explotación de la concesión; pág. 60)

32. Como se indicó en el Informe N° 019-04-GRE-OSITRAN, OSITRAN ratifica la recomendación de fijar el porcentaje de retribución e incluirlo en el numeral 8.19 del contrato como un dato, y, en su lugar, recurrir a otros factores de competencia de la licitación (como la menor tarifa o el menor valor presente de los ingresos), pues consideramos que el objetivo de una concesión no debe ser obtener una mayor recaudación fiscal sino una mejora en el bienestar social. Sobre el particular, PROINVERSIÓN ya ha iniciado los procesos de licitación de otras redes viales utilizando factores de competencia distintos a la mayor retribución al Estado, por lo que sería recomendable que haga lo mismo en este caso.
33. Asumiendo que se mantenga la Retribución como factor de competencia, llama la atención que se haya "dividido" el pago de la retribución en dos periodos. En el primero se establece una Retribución no sometida a competencia de 1% de los ingresos mensuales (hasta la culminación de las obras de la primera etapa o cuarto año de la Concesión), mientras que para el período siguiente no se establece un porcentaje fijo sometiéndolo a competencia.
34. Al respecto no parece justificado establecer dicha división entre periodos en la medida que se estaría limitando el factor de competencia establecido en las bases solamente al segundo de estos periodos. Adicionalmente al establecer un 1% para el primer período se está limitando la posibilidad del Estado de obtener mayores recursos por dicho conceptos.
35. Una opción más apropiada sería someter toda la retribución (durante todo el período de la Concesión) a competencia. De otra parte, en caso se quisiese garantizar un ingreso mínimo por este concepto podría establecerse valor mínimo para retribución materia de competencia, es decir los postores ofrecerían un único porcentaje de retribución para toda la concesión mayor a un valor previamente establecido (que podría ser 1% o más). En todo caso PROINVERSIÓN deberá estar en capacidad de sustentar técnicamente su posición.

IV.8 Incorporación de un nuevo supuesto de Ruptura del Equilibrio Económico Financiero para la Segunda Etapa de las obras (Sección VIII: Explotación de la concesión; pág. 60)

36. En el primer párrafo de la cláusula 8.20 sobre equilibrio económico financiero se establece para cada uno de los supuestos de ruptura (incremento de costos, reducción de ingresos o efecto combinado) no solamente la variación porcentual ocurrida en un año respecto de los dos años inmediatamente anteriores, sino que se incluye también que dicha variación puede ocurrir "de manera acumulativa en diversos años".
37. Al respecto consideramos que la ruptura del equilibrio económico financiero supone cambios que afectan la fórmula de la concesión en periodos clara y previamente determinados. En el proyecto de contrato al incorporarse la posibilidad de acumular la variación, la posibilidad de ruptura se incrementa y resulta un riesgo mayor para el Estado y para los usuarios, y que afecta negativamente la estabilidad de la Concesión. En efecto si se elimina la posibilidad de acumular la variación, las posibilidades de ruptura del equilibrio económico financiero se evaluarían únicamente sobre la base de un período de tres años (la variación del año 3, en relación con los años 1y 2); con la posibilidad de acumular el efecto podrían abarcarse periodos mayores y que incluso podrían

Verificar que la fotocopia es fiel réplica del original que se entregó a la mesa.
Fecha, _____
Dra. XIMENA VEIT POBLETE
Oficiante FEDEARSA
Ingenjera de Tránsito



097

ser iguales al plazo total de la concesión. En consecuencia, recomendamos que se elimine esta posibilidad de esta cláusula.

38. Cabe señalar que la versión del 27 de octubre de 2004 no preveía este efecto acumulativo y que ninguna de las concesiones actualmente vigentes que contemplan una cláusula de ruptura del equilibrio económico y financiero incluyen un mecanismo de este tipo.
39. Por otra parte en el supuesto de ruptura del equilibrio económico relacionado con la variación de los costos de construcción, la fórmula a aplicarse para medir la variación del equilibrio Económico Financiero mide la variación en costos respecto a la variación de la tarifa por peaje y no ingresos por peaje, en tal sentido no contempla la posibilidad que los mayores flujos vehiculares si permitan cubrir los posibles incrementos en los costos de construcción de la obra. Consideramos conveniente que se revise esta fórmula, de lo contrario podrían darse casos de supuesta ruptura de equilibrio económico, pese a un incremento de los ingresos del Concesionario que le permitirían hacer frente a los incrementos en los costos sin perjudicar su nivel de utilidades.

IV.9 Garantías a Favor de los Acreedores Permitidos (Sección IX: Garantías, pág. 68-69)

40. Tal como se señaló en los informes anteriores, en la cláusula 9.6.1 se establece el procedimiento de autorización para la constitución de hipoteca. Al respecto, tratándose de la concesión de una obra de infraestructura vial de uso público y, en particular, respecto de la posibilidad de constituir un gravamen (hipoteca) sobre el derecho de concesión, consideramos que su aprobación tiene efectos sobre terceros y afecta el interés público, motivo por el cual consideramos inconveniente someter esta decisión al silencio administrativo positivo.
41. Similar objeción respecto de la aplicación del silencio administrativo positivo resulta aplicable a la cláusula 4.2, 4.5, 6.17, 9.5, 9.8, 10.1 b), 12.2, entre otros.

IV.10 Garantía de ingresos por tráfico (Sección IX: Garantías; pág. 74)

42. En el numeral 9.10 se establece la garantía de ingresos por tráfico durante el período de Concesión. Reiteramos la sugerencia formulada en los Informes N° 015-03-GRE-OSITRAN y N° 019-04-GRE-OSITRAN, respecto de que:

“Una alternativa adicional que consideramos debería ser evaluada a fin de que exista reciprocidad en las condiciones pactadas entre las partes y dado que el Estado está garantizando ingresos mínimos al Concesionario, es la implementación del mecanismo de utilidades compartidas”.

43. Una garantía mínima protegería al Concesionario frente a riesgos de menores tráficos reales, sin embargo es también posible que el tráfico se incremente de manera sustancial, sin que el Concedente pueda recibir un beneficio adicional por dicho exceso. Bajo este supuesto se sugiere que la garantía opere de manera simétrica, es decir, con una banda o condición de reciprocidad, toda vez que el Estado está garantizando ingresos mínimos al Concesionario, y no existe un mecanismo tarifario para transferir ganancias de eficiencia que se produzcan a favor de los usuarios. Por tanto, se sugiere, que así como el Estado brinda una garantía cuando los ingresos caen, reciba una retribución adicional por los mayores ingresos derivados por el mayor tráfico, con lo cual las utilidades del

...ficio que la totalidad es fiel réplica del original que le envío a usted.
Fecha: _____
Dra. XIMENA VELT POBLETE
Fiscal General de la Nación en la concesión en materia de Infraestructura de Uso Público - OSITRAN



019

IV.14 Procedimiento para el rescate en caso de resolución del Contrato (Sección XIV: Caducidad de la Concesión, pág. 105)

49. En el último párrafo del literal c) de la cláusula 14.15, se señala que el Concedente es responsable de pagar a los Acreedores Permitidos el remanente del monto adeudado, en caso los recursos obtenidos en el concurso para la selección del nuevo concesionario no fueran suficientes para tal fin.
50. Al respecto consideramos que el Concedente y por tanto el Estado Peruano no debe asumir la deuda con los acreedores permitidos luego de agotado el monto obtenido en el nuevo Concurso¹.
51. El otorgamiento en concesión de proyectos como el de la Red Vial 6, buscan no solamente los beneficios de la participación privada en la mejora de la infraestructura (que es soporte de la actividad económica en general), sino también liberar al Estado de las cargas económicas y financieras que implicarían asumir él mismo el desarrollo del proyecto. Aceptar una cláusula como la propuesta implicaría transferir de regreso al Estado los riesgos económicos y financieros del proyecto, contraviniendo así el objetivo inicial del mismo. En tal sentido consideramos que debe eliminarse dicho párrafo.

IV.15 Arbitraje (Sección XV: Solución de Controversias; pág. 109)

52. En el literal b), inciso i) de la Cláusula 15.13, se otorga a la Empresa Concesionaria la calidad de "nacional de otro estado contratante. OSITRAN considera que no es pertinente otorgar a la Empresa Concesionaria la calidad de "Nacional de otro Estado contratante", dado que a la fecha no se puede saber si la Empresa Concesionaria estará domiciliada y constituida en el Perú o si contará con inversión extranjera.
53. De otra parte es importante incorporar expresamente en esta sección aquello que podrá o no ser sometido a arbitraje. En tal sentido, cualquier conflicto o controversia que surja entre el Concesionario y el Estado, cuando éste actúa a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con relación a la ejecución, cumplimiento o cualquier otro aspecto relacionado a la existencia, validez o nulidad del presente Contrato, podrá ser sometido al arbitraje.
54. En contraposición a ello, deberán excluirse de este mecanismo de solución de controversias aquellas materias respecto de las que las Partes no tiene libre disposición, lo cual comprende todas aquellas decisiones que adopta OSITRAN en ejercicio de sus funciones administrativas. Sobre estas últimas sólo cabe la impugnación en la vía contencioso-administrativa.

IV.16 Previsión de mecanismos e instrumentos de supervisión

55. En diversas partes del Contrato de Concesión se han previsto la presentación de informes y los procedimientos orientados a la función de supervisión de parte del REGULADOR. Tal es el caso del informe previsto en el antepenúltimo párrafo de la cláusula 7.2; el tercer párrafo de la cláusula 7.6 o los informes previstos en la cláusula 8.3; primer párrafo de la cláusula 8.23; cláusula 13.6; entre otros.

¹ Ello sin perjuicio de la responsabilidad del Estado en los casos en que i) el Concedente decidiera no convocar a un nuevo concurso; o, ii) habiéndose convocado a concurso hubiese sido declarado desierto, previstos en la cláusula 14.16.

Justifico que la copia es fiel réplica del original y que el contenido es el mismo.
Fecha: _____
Dra. XIMENA VELIT POBLETE
Ejecutiva de Asesoría Legal
Ministerio de Transportes y Comunicaciones



CV

56. Al respecto, y tal como lo señaláramos en informes anteriores, el marco normativo en materia de supervisión está contenido en el Reglamento General de Supervisión, siendo inconveniente y oneroso tanto para el Concesionario como para el Regulador que en cada Contrato de Concesión se prevean mecanismos e instrumentos distintos para tal efecto.

IV.17 Anexo II: Descripción de las Obras (pág. 181)

57. En el cuadro que aparece a continuación se hace una comparación entre las obras previstas en la versión previa del Contrato de Concesión (Feb 2005) y la que es materia de comentario. Cabe resaltar el incremento de las inversiones proyectadas sin que ello suponga cambios significativos en las obras previstas. Se han eliminado las obras de encauzamiento de ríos, se han incorporado dos intercambios viales (Chincha Alta y San Andrés) y se ha trasladado la construcción de intercambio Vial Paracas de la tercera Etapa al Módulo B de la Segunda.
58. En relación con estas diferencias no contamos con todos los elementos para opinar al respecto, pero, en todo caso, PROINVERSIÓN deberá estar en capacidad de sustentar técnicamente el mismo.

	Versión Previa (US\$)	Versión Actual (US\$)	Var (%)	Cambios
Etapa Preparatoria	10,571,115.0	12,354,412.5	17%	Ninguno
1era Etapa	48,367,748.0	58,711,889.8	21%	Se suprime obras de encausamiento ríos Cañete, Río Chico, Matagente y Pisco.
2da Etapa	72,683,844.0	86,679,418.0	19%	
Mod A	39,418,898.0	45,458,614.3	15%	Se suprime obras de encausamiento ríos Cañete.
Mod B	28,576,864.0	41,222,803.7	44%	Se incorpora construcción de Intercambios viales en Chincha Alta, San Andrés y Paracas (Paracas antes 3era Etapa). Se suprime obras de encausamiento río Chico, Matagente y Pisco.
3ra Etapa	35,547,339.0	34,345,588.2	-3%	Intercambio vial Paracas pasa a Módulo B 2da Etapa.
Total	167,169,846.0	192,091,308.6	15%	
Total s/3era Etapa	131,622,507.0	157,745,720.3	20%	

(*) Monto consignado en el Contrato, aunque no representa la suma de los módulos A y B.

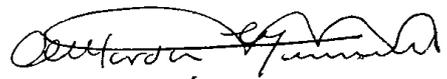
V. RECOMENDACIÓN

59. Someter el presente informe a aprobación del Consejo Directivo con la finalidad de que emita opinión respecto de la versión final de Contrato para la Segunda Licitación Especial con Precalificación para la entrega en Concesión del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (31 de mayo de 2005).

Atentamente,


GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación


FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal


CHRISTY GARCÍA - GODOS NAVEDA
Analista de Regulación