

Oficio N° 041-06-SCD-OSITRAN

Lima, 09 de junio de 2006

Señor
SERGIO BRAVO
Presidente del Comité de Infraestructura y Activos
PROINVERSION
Presente.-

Asunto : Opinión Técnica a la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa Sierra

Referencia : Oficio N° 86/2006/CPI-PCS/PROINVERSION

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle el Acuerdo N° 795-209-06-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo, en su Sesión Extraordinaria N° 209-2006-CD de fecha 09 de junio de 2006.

Al respecto, remito a usted copia del Acuerdo N° 795-209-06-CD-OSITRAN, así como copia del Informe N° 011-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, conteniendo la Opinión Técnica a la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa Sierra, de acuerdo a lo solicitado por ustedes mediante el oficio de la referencia.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,



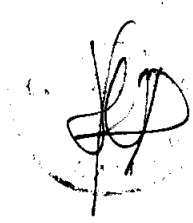
FELIX VASI ZEVALLOS
Secretario del Consejo Directivo

Adj. : Lo indicado

1. Opinión Técnica a la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa Sierra (remitida el 26 mayo 2006)

ACUERDO No. 795-209-06-CD-OSITRAN

Visto el Informe N° 011-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el Oficio N° 86/2006/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 26 de mayo del 2006; y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en uso de sus funciones previstas en el literal f) del artículo 7° de la Ley N° 26917 y en el artículo 34° del Reglamento General de OSITRAN, acordó por unanimidad, con excepción del punto relativo al Equilibrio Económico Financiero señalado en el numeral IV.23 del Informe N° 011-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN, respecto al cual el señor Alejandro Chang votó en contra, sustentando su posición al final del presente Acuerdo:

- 
- a) Aprobar el Informe N° 011-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN que emite Opinión Técnica sobre la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa Sierra, solicitada por PROINVERSION.
 - b) Comunicar el Informe N° 011-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a 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) Dicho informe tiene el carácter de Opinión Técnica no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo 171.2 de la Ley N° 27444, que señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.
 - e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

El voto singular del señor Alejandro Chang se sustenta en lo siguiente:

El equilibrio económico financiero se refiere, en general, a variaciones que se producen en la ecuación económica – financiera del contrato, al producirse cambios en las “Leyes y Disposiciones Aplicables”. Estas, de acuerdo a la doctrina, se refieren a los denominados “hechos del príncipe” o a los hechos generados por el Estado.

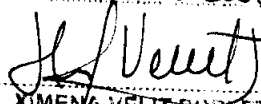
El contrato de concesión define “Leyes y Disposiciones Aplicables”, refiriéndose a cualquier norma que emita el Estado en cualquiera de sus niveles de gobierno, es decir a todas las disposiciones que pueda emitir el Estado.

Asimismo, se debe considerar que el contrato no regula una diferenciación o categorías dentro del universo de "Leyes y Disposiciones Aplicables", por lo que al no estar contemplada esta diferenciación actualmente en el proyecto de contrato, se crearían problemas de interpretación y aplicación de esta cláusula, y se desnaturalizará la aplicación usual de este mecanismo que ha dado PROINVERSION, que busca compensar al concesionario por los cambios en la ecuación que se produzcan por cualquier norma del Estado.

Finalmente, no se encuentra sustento para variar en este caso concreto, un mecanismo que se ha contemplado en todas los demás contratos de concesión, salvo las normas relativas a tarifas en algunos contratos, las cuales se han excluido específicamente en algunos contratos.

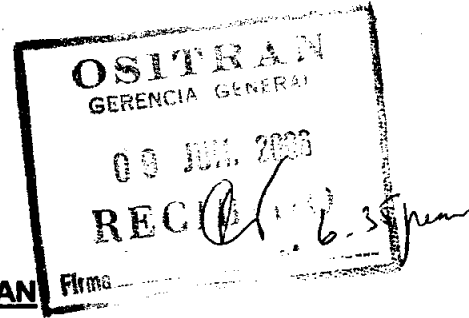
Certifico que el texto del Acuerdo N° 785-2006-OSITRAN correspondiente a la Sesión de
Consejo Directivo N° 209-2006-OSITRAN, de fecha 09 JUNIO del año 2006, es copia fiel del
original que he tenido a la vista.

Fecha: 09 JUNIO 2006



DRA. XIMENA VELIT POBLETE

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



INFORME N° 11-06-GRE- GS-GAL-OSITRAN

Para : Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Asunto : Opinión a la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa Sierra (remitida el 26 mayo 2006)

Fecha : 09 de junio de 2006

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 133/2005/CPI-PCS/PROINVERSION del 04 de noviembre de 2005, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa Sierra.
2. Con fecha 19 de diciembre de 2005, se aprobó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 734-194 -05- CD-OSITRAN, el mismo que aprueba el Informe N° 049-05-GRE-GAL-GRE-GAL-OSITRAN, cuyo objeto es emitir Opinión Técnica sobre la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B-Buenos Aires-Canchaque del Programa Costa Sierra; de acuerdo a lo solicitado por PROINVERSION.
3. Mediante Oficio N° 86/2006/CPI-PCS/PROINVERSION del 26 de mayo de 2006, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa Sierra.

II. OBJETO

4. El objeto del presente informe es emitir opinión sobre la versión final del Contrato de la referencia.



III. MARCO LEGAL

5. El Artículo 2º de la Ley 27701, "Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria", establece lo siguiente:

"Artículo 2º.- Opinión del organismo regulador

Las disposiciones que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de privatización y concesiones – sujetos al Decreto Legislativo 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

IV.1 Definiciones (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 8)

6. Área de la Concesión.- Se debe señalar que dentro de esta área se encuentran las Unidades de Peaje y las Estaciones de Pesaje de la misma forma como se ha incluido en la definición del término "Bienes de la Concesión".
7. Área de Servicios Opcionales.- Se recomienda precisar esta definición.

IV.2 Definiciones (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 10)

8. Conservación.-El Mantenimiento de Emergencia no debe estar incluido dentro de la definición del término "Conservación" pues ello contradice diversas cláusulas del contrato. Por ejemplo, la Garantía de Fiel Cumplimiento garantiza el cumplimiento de las obligaciones de "Conservación" de la carretera. Esta garantía no debe cubrir el mantenimiento de emergencia pues este se cubre con el fideicomiso de eventos catastróficos.
9. Asimismo, en el concepto de "conservación" se señala que "(...)es el conjunto de actividades efectuadas a partir de la toma de posesión , con el objeto de preservar, recuperar, o retardar la pérdida de las condiciones estructurales (...)". Al respecto, se sugiere sustituir la frase subrayada por "alargar la vida de las condiciones estructurales"

IV.3 Definiciones (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 11)

10. Estudio de Impacto Ambiental (EIA).- Se requiere incluir una definición del término "zonas de influencia de la Concesión" a fin de precisar la responsabilidad del Concesionario. Esta sugerencia también resulta aplicable a la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión.

IV.4 Definiciones (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 14 y 15)

11. Obras Alternativas.- En la definición se señala que las obras en ningún caso serán objeto de revisión. Debe precisarse, que lo que no se puede modificar es el costo de



las obras alternativas (pero, si es posible el aspecto técnico). Al respecto, se propone la siguiente redacción:

".....En ningún caso, el costo de las Obras Alternativas propuestas por el postor durante la etapa del Concurso, serán objeto de revisión y/o ajuste durante la ejecución de las Obras conforme al Estudio Definitivo de Ingeniería, debido a que estas han sido propuestas a suma alzada.....".

IV.5 Definiciones (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 16)

12. Servicios Opcionales.- Se sugiere eliminar la referencia al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Adicionalmente, se sugiere mejorar la redacción de la definición.

IV.6 Definiciones Adicionales (Sección I: Antecedentes y Definiciones)

13. Se recomienda definir los siguientes términos:

- Inversión proyectada referencial y su monto respectivo
- Pasos interprediales
- Bienes en operación
- Costo anual de mantenimiento
- Año de la Concesión
- Derechos cedidos al Fidecomiso de Titulización
- Derechos remanentes del PAO
- Garantía de fiel cumplimiento de culminación del hito constructivo
- Valor referencial del hito

VI.7 Entrega de las Áreas de Terreno Comprendidas en el Área de Concesión (Sección V: Régimen de Bienes, pagina 25 y 26)

14. En el numeral 5.7 se indica que en el caso que no se produzca la entrega de las áreas de terreno correspondientes el regulador deberá otorgar una prórroga de los plazos máximos de ejecución de obras, exceptuado de ello, a las unidades de peaje, pasarelas peatonales y pasos interprediales. Así, el contrato no precisa el tratamiento de dichas obras en caso de su no entrega de los terrenos requeridos en el plazo de 90 días (de iniciada la construcción), tal como señala el contrato.

15. En tal sentido se sugiere establecer que los plazos para implementar dicha infraestructura también puede prorrogarse, previa opinión del regulador.

16. Adicionalmente se sugiere reemplazar la remisión a las cláusulas 6.16 y 6.17, por la referencia al numeral 4.4, que es la que regula directamente el procedimiento de ampliación de los plazos.

IV.8 Toma de posesión de Bienes Reversibles (Sección IV: Plazos de la Concesión, pagina 24)

17. En el numeral 4.1 y 4.3, no se mencionan plazos de la prórroga del contrato de concesión, consideramos importante que se establezcan plazos máximos de prórroga, al igual que se hace en otros contratos de concesión.



IV.9 Toma de posesión de Bienes Reversibles (Sección V: Régimen de Bienes, página 26)

18. En el numeral 5.10, se debería permitir que las áreas de terreno se entreguen en más de un acto y que después estas actas conformen el Acta integral de entrega de bienes con un plazo máximo de 30 días contados desde la suscripción del contrato. Así, se trasladaría al Concesionario en el plazo más breve la responsabilidad por la custodia de los bienes y la verificación de que estos bienes y/o terrenos no sean invadidos.

IV.10 Del Estudio Definitivo de Ingeniería (Sección VI: Obras de construcción, página 31)

19. En el numeral 6.6 se señala que el Concedente, en coordinación con el Regulador, contará con un plazo de 30 días para realizar observaciones o aprobar el proyecto de ingeniería presentado.
20. Toda vez que corresponde al Concedente la aprobación de dichos proyectos, debe quedar claramente establecido como requisito la opinión previa del Regulador. En tal sentido, es necesario que el Regulador, de una parte, y el Concedente, de otra, cuenten cada uno con un plazo similar para emitir su pronunciamiento. Por otra parte, teniendo en consideración el nivel de información que debe ser analizado, recomendamos que el plazo de aprobación del Concedente y para la emisión de opinión del Regulador sea ampliado a 20 días útiles para cada uno de ellos.
21. En el numeral 6.8 se indica que el Concedente podrá proponer modificaciones al Estudio de Ingeniería, para la aceptación del Concesionario y opinión del Regulador. Adicionalmente, el Concesionario debe entregar al Regulador un diseño conceptual de dichas modificaciones. Al respecto, se considera que se debe aclarar que después de definidas las modificaciones y estas sean aceptadas por el Concesionario, el diseño conceptual que debe elaborar el Concesionario se presenta al regulador para que este emita su opinión.
22. Asimismo, se debe indicar que es el Concesionario quien desarrolla la ingeniería de detalle de las modificaciones, el Regulador emite su opinión al respecto y el Concedente quien finalmente aprueba esta ingeniería de detalle.

IV.11 Libro de Obra y Libro de Sugerencias (Sección VI: Elaboración del Programa de Ejecución de Obras, página 32)

23. En el numeral 6.9, se debe aclarar que todas las comunicaciones con el Concedente ó el Regulador, a colocar en el libro de obras, deben estar directamente relacionadas con la construcción de la obra. Adicionalmente, se debe aclarar que cualquier consulta sobre los aspectos de construcción de las obras indicados en el libro de obras, debe ser hecha al Regulador que es quien supervisa la obra.

IV.12 Programa de Ejecución de las Obras (Sección VI: Obras de Construcción, página 33)

24. La cláusula 6.12 señala que el programa de ejecución de obras debe garantizar que el tránsito no se interrumpa por un período mayor a 6 horas por día, previa coordinación con el Regulador.



25. Al respecto, debería precisarse en el contrato que dichos parámetros deben ser comprendidos dentro de un Plan de Tránsito Provisorio y un Plan de Seguridad Vial, que incluya los desvíos y la señalización respectiva. Estos deberán ser aprobados por una única vez y su cumplimiento debe ser verificado por el Regulador, a través del Supervisor de Obras.

IV.13 Circulación del tránsito durante la ejecución de las Obras (Sección VI: Elaboración del Programa de Ejecución de Obras, página 34)

26. En los numerales 6.20-6.22 se establece la obligación del Concesionario de mantener el tránsito ininterrumpido durante la ejecución de las obras. Sin embargo no se ha previsto una penalidad específica para el caso en que tal obligación sea incumplida. En tal sentido, sugerimos se incorpore una penalidad para éste supuesto. Similar comentario resulta aplicable para la cláusula 6.12 (presentación del Programa de Ejecución de Obras).

27. En el numeral 6.22 sería conveniente precisar, que una vez aprobado el "Plan de Tránsito" provisorio por OSITRAN, el Concesionario puede plantear ante OSITRAN modificaciones al mismo para su correspondiente aprobación.

28. Asimismo, debe establecerse que OSITRAN podrá disponer, de oficio, modificaciones al "Plan de Tránsito" provisorio, en cuyo caso, el Concesionario podría dar su opinión.

IV.14 Aceptación de las Obras de Construcción (Sección VI: Elaboración del Programa de Ejecución de Obras, página 35)

29. En el numeral 6.26 se debe establecer que quien debe elaborar un informe al finalizar la ejecución de las obras correspondientes al hito constructivo es el Concesionario, el mismo que debe incluir la descripción final de la obra, hechos relevantes durante la ejecución de la misma, resumen de los ensayos realizados, metrados finales y los planos "as built". El Regulador debe ser quien revise este informe y emite opinión.

30. El plazo de los días señalado debe ser para la revisión del informe del Concesionario por parte del Regulador y debe ser un plazo mayor al señalado, pues involucra la revisión de ensayos, planos, además de una inspección final en el campo, etc. Se sugiere un plazo de 15 días útiles.

31. En el numeral 6.28 se debe hacer referencia al informe que presente el Concesionario y a la opinión del Regulador después de su revisión, de manera consistente con lo señalado en los acápite anteriores.

IV.15 De la conservación de las Obras Adicionales (Sección VI: Obras de construcción, página 38)

32. En el numeral 6.38 se debe precisar que el Regulador puede opinar sobre la necesidad de la ejecución de las obras, pero no sobre el procedimiento de selección que realice el Concedente para la ejecución de las mismas por terceros. En tal sentido, se recomienda eliminar la necesidad de opinión de OSITRAN respecto de la modalidad de selección.



33. Sin perjuicio de lo anterior, en el numeral 6.41, en el según párrafo, se señala que en caso el Concesionario no acepte el valor del Costo Anual de Mantenimiento (CAM), entonces este procederá a ser definido a través de un estudio de "peritaje independiente". Además se señala que el "procedimiento de elección del perito" involucra que el Regulador proponga cuatro entidades reconocido prestigio.
34. Sobre el particular, debemos señalar que en el caso de las obras adicionales, la resolución de los conflictos se puede dar en dos momentos. El primer momento, es antes de "aceptar" la conservación de las obras adicionales, en cuyo caso, el Concedente y Concesionario podrían apelar al peritaje.
35. Un segundo momento, es cuando el Concesionario acepta la "conservación" de estas obras. En esta situación, este acuerdo entre Concesionario y Concedente formaría parte del Contrato de Concesión. Por consiguiente, en el caso que se diera algún conflicto entre el Concesionario y Concedente sobre este tema, estos podrían acudir a los mecanismo que están establecidos en el propio contrato de Concesión, los que se encuentran detallados en la sección de solución de controversias.

IV.16 Derechos y Reclamos de los usuarios (Sección VIII: Explotación de la Concesión, página 41)

36. En el numeral 8.6 es necesario incluir que los derechos y reclamos de los Usuarios se rigen además de lo establecido en el contrato de concesión, por las "Normas Regulatorias", que están definidas en el propio contrato como todas aquellas que puede dictar OSITRAN.
37. En el numeral 8.8, el pronunciamiento del Regulador no debe ser según sus "procedimientos vigentes" sino según sus NORMAS vigentes ("Normas Regulatorias").

IV.17 Reglamentos Internos (Sección VIII: Explotación de la Concesión, página 41)

38. En el numeral 8.9, se sugiere retirar la frase que hace referencia al Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, pues la infraestructura vial ha sido excluida del alcance del REMA, según la última modificación aprobada por Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN, y está sometido a la aplicación del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN).
39. Lo que debería señalar dicho numeral, es que el Concesionario deberá incorporar en la elaboración de sus reglamentos internos, los principios aplicables de acuerdo a lo establecido en las "Normas Regulatorias".

IV.18 Fuentes para el pago del Pago por Servicio (PAS) (Sección IX: Régimen Económico, página 42-43)

40. En el numeral 9.2, se señala que se utilizará el ingreso obtenido por el Peaje para el pago del PAS. Al respecto, sería conveniente que se especifique como se va distribuir estos ingresos de peaje entre el PAO y el PAMO. Al respecto, proponemos que para la afectación de este fondo, se tome en cuenta, en primer lugar el PAMO y posteriormente el PAO.



IV.19 Procedimiento para el pago del Pago por Servicio (PAS) (Sección IX: Régimen Económico, página 43)

41. En el inciso e) del numeral 9.4, se señala que el Concedente depositará semestralmente en la Cuenta del Fondo de Administración de Pagos del Fideicomiso de Administración el Cofinanciamiento para el pago del PAS.
42. Para ser consistente con el inciso a) del numeral 9.4, donde se señala que el PAS será cancelado "trimestralmente" durante un plazo de 15 años, se sugiere que en el inciso e), el depósito también se realice trimestralmente.

IV.20 El peaje y la tarifa (Sección IX: Régimen Económico, página 44-45)

43. En el numeral 9.5 es necesario precisar que todo lo relativo al peaje y la tarifa que cobre el Concesionario, estará supletoriamente sometido a las disposiciones del RETA.

IV.21 Otros Ingresos (Sección IX: Régimen Económico, página 46)

44. En el numeral 9.10 se señala cuáles constituyen ingresos adicionales para el Concesionario, indicándose que estos derivan de la explotación directa o indirecta por parte de éste, ya sea a través de empresas vinculadas o terceros autorizados de los bienes de la Concesión.
45. Consideramos pertinente que se precise que en el caso que las actividades sean realizadas por terceros no vinculados al Concesionario, serán ingresos del Concesionario aquellos que este reciba por permitir el acceso a las áreas en que se prestarán tales servicios, mientras en el caso de empresas vinculadas al Concesionario se tomarán en cuenta el total de ingresos percibidos.
46. Por otra parte, consideramos que es preciso que se especifique el destino de los ingresos, distintos al peaje, recibidos por el Concesionario. En el caso de Concesiones autofinanciadas, la retribución y la tasa de regulación son calculadas sobre el total de los ingresos que obtiene el Concesionario (peajes, y otros ingresos), es decir el Concesionario y el Concedente comparten los ingresos de la Concesión. De manera similar, consideramos que en el caso de Concesiones cofinanciadas se aplique un mecanismo analogo, consistente con que el Concesionario destine una parte de los ingresos distintos al peaje al Fondo de Administración de Pagos del Fideicomiso de Administración de Pagos y Eventos Catastróficos. Ello permitirá por un lado incentivar la generación por parte del Concesionario de ingresos adicionales (al no pasar estos íntegramente a reducir el cofinanciamiento del Estado) y, a la vez contribuir a la reducción del cofinanciamiento que debe aportar el Estado a fin de garantizar el PAMO.

IV.22 Pagos del CONCESIONARIO por concepto de Supervisión de Obras (Sección IX: Régimen Económico, página 46)

47. El numeral 9.12 señala que el Concesionario deberá pagar el 5% del monto de inversión del proyecto referencial, en el plazo y condiciones que señale el Regulador. Sin embargo, consideramos conveniente mantener un esquema similar al establecido en esta materia en los contratos de Concesión IIRSA Norte e Interoceánica, en los



que se señala un porcentaje para la supervisión de las obras (para la contratación del supervisor de obras) y otro para el Control y Seguimiento de la supervisión a cargo de OSITRAN. Sugerimos que tales porcentajes sean de 5.5% y 0,5% respectivamente. El esquema que debería seguirse para estos efectos se describe a continuación:

48. En virtud de lo señalado anteriormente, recomendamos que en el numeral 9.12 se aplique una fórmula como la propuesta a continuación:

- **Supervisión de Obras: 5.5% de Inversión Proyectada Referencial**
Forma de pago
 - Primera cuota (por concepto de evaluación de Estudios de Ingeniería de Detalle): 10% de Supervisión de Obras, a pagarse a los 30 días de suscrito el Contrato de Supervisión.
 - El 90% restante del pago por Supervisión de Obras en 12 cuotas mensuales iguales, pagaderas al mes vencido del inicio de las obras de construcción.
- **Seguimiento y Control de Supervisión: 0,5%**
Forma de Pago: Bajo el mismo procedimiento del pago por Supervisión de Obras
- En caso que el costo de la Supervisión de obras acordado entre el Regulador y el Supervisor sea menor al porcentaje indicado la diferencia deberá transferirse al Concedente para que la incorpore como parte del PAMO.
- Asimismo, en este punto se debe incluir que en el caso de que se ejecuten obras adicionales y estas sean ejecutadas por el Concesionario, se pagará adicionalmente al Regulador el 5.5 % de la Inversión Proyectada de estas obras adicionales.
- Por otro lado, en el caso de que se ejecuten obras alternativas que incrementen el presupuesto referencial de inversión, se debe incrementar el monto de la supervisión en el 5.5% de la inversión adicional incrementada.

IV.23 Equilibrio Económico- Financiero (Sección IX: Régimen Económico, página 47)

49. En el numeral 9.14, se señala que el restablecimiento del equilibrio económico financiero, al cual tendrá derecho las partes del contrato en caso que se vea afectada la Concesión exclusivamente y explícitamente debido a cambios en las **Leyes y Disposiciones Aplicables.**

50. En este punto sería conveniente que se precisará que éstas leyes y disposiciones aplicables son aquellas que afectan de manera específica a la Concesión, tal y como sostiene Kerf (1988)¹. Los cambios en las normas y leyes de carácter general son incorporados por el Concesionario en su evaluación del riesgo general del proyecto y ello está incorporado en su tasa de descuento.

¹ Ver Kerf M, Gray D, Timothy I, Celine L y Taylor R (1998) "Concessions for Infrastructure: A guide to Their Design and Award" Technical Paper N. 389. Washington, DC: World Bank.



51. Asimismo, en el numeral 9.15 se señala que el Regulador establecerá el equilibrio económico-financiero en base al Estado de Perdidas y Ganancias. De esta forma, la magnitud del desequilibrio se determinara en función a la diferencia entre la utilidad neta resultante del ejercicio o la utilidad neta que se hubiere obtenido de no haberse producido cambios.
52. Al respecto, consideramos, que tomar en cuenta la utilidad neta del Concesionario podría ocasionar el comportamiento oportunista de éstos. En tal sentido, proponemos que se tomen como parametros, las variaciones de 10% (o más) que se puedan dar en los ingresos y costos² del Concesionario o un efecto compuesto de los dos anteriores.

IV.24 Garantías del fiel cumplimiento de construcción de obras (Sección XI: Garantías, página 49)

53. Debería considerarse como garantías, sólo Cartas Fianzas y no Pólizas de Caución a fin de uniformizar las pólizas mencionadas en las diferentes compañías de seguros, o en caso de mantenerse esta opción, debe incluirse como en el caso de cartas fianzas, un Anexo donde figure el modelo de la Póliza de Caución a contratarse con todas las cláusulas que deban ser incluidas, de modo que no haya variaciones y formas de interpretación diferentes.
54. Para el caso de las cartas fianza contempladas en los numerales 11.2 y 11.3, debe incluirse que estas deben emitirse adicionalmente a favor de OSITRAN. Vale decir, las garantías que ofrezca la empresa concesionaria deben considerar al MTC y/o a OSITRAN, debido a que éste último es quien ejecuta.

IV.25 Clases de Pólizas de Seguros (Sección XII: Régimen de Seguros, página 53)

55. El penúltimo párrafo del numeral 12.2 se establece que el Concedente podrá contratar un seguro sobre bienes en operación. En atención a que a través del Contrato de Concesión se entregan bienes reversibles a ser operados, el riesgo sobre los mismos debería ser asumido por el Concesionario. En tal sentido, recomendamos que se establezca la contratación de este seguro como una obligación a cargo del Concesionario. Como antecedente, cabe señalar que en el Contrato de Concesión de IIRSA Norte se establece tal obligación.
56. Esta sugerencia es particularmente importante si se toma en consideración que de acuerdo a la cláusula 10.6 el Concedente asumiría los daños sobre los bienes en operación.

IV.26 Responsabilidad del Concesionario (Sección XII: Régimen de Seguros, páginas 56)

57. En el tercer párrafo de la cláusula 12.10, se prevé la responsabilidad del Concesionario por "aquellos daños ocasionados por los mismos conceptos (excluidos daños indirectos) hasta por el valor de veinte (20%) del monto contemplado en el Proyecto referencial correspondiente a la Etapa de Construcción, salvo caso de dolo o fraude comprobado del CONCESIONARIO en cuyo caso el CONCESIONARIO responderá hasta por el cien por cien (100%) del referido presupuesto".

² Costos de operación y administración (COA) y costos de mantenimiento.



58. Sobre el particular, no se evidencian las razones por las cuales se limitan daños que, tal como se establece en la propia cláusula, son producto de la explotación de la concesión y son resultado de actividades ocurridas "después de la fecha de suscripción del Contrato". En tal sentido, sugerimos eliminar tal limitación de responsabilidad.

59. Adicionalmente, en el último párrafo de esta cláusula (que aparece bajo el título "Otras responsabilidades y obligaciones del CONCESIONARIO"), se prevén las características que los certificados de seguros para cada póliza deben contener, sin embargo no se ha establecido un plazo para la presentación de estos. En tal sentido recomendamos se establezca un plazo prudencial para la presentación de dichos certificados.

IV.27 Especificaciones Socio Ambientales para las Obras de Construcción y Explotación (Sección XIII: Consideraciones Socio Ambientales. Pagina 58)

60. En el contrato está definido que quien aprueba el Estudio de Impacto Ambiental es la Dirección General de Asuntos Socio-Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (DGASA). Por consiguiente, cualquier modificación que se presente a los programas de manejo ambiental aprobados como parte del Estudio, debe ser también aprobada por la autoridad competente en este tema, que es la DGASA.

61. Asimismo, en el numeral 13.8 sería conveniente precisar que el concesionario no tiene responsabilidad por los pasivos ambientales preexistentes al contrato, los que son responsabilidad del Concedente.

IV.28 Cláusulas en Contratos (Sección XIV: Relaciones con Socios, Terceros y Personal, Página 61)

62. En el numeral 14.2., Literal a) se establecen una serie de condiciones a incluirse en todos los contratos que celebre el Concesionario con terceros. En el marco de dichos contratos, se considera que el Literal a) de dicho numeral se contradice con el encabezado de la misma, en la medida en que en dicho literal se prevé el asentimiento previo del Concedente y opinión del Regulador para la cesión o transferencia de la posición contractual de la concesión a favor de un tercero, aspecto tratado íntegramente en el numeral 14.1. Se recomienda precisar esta cláusula.

IV.29 Relaciones de Personal (Sección XIV: Relaciones con Socios, Terceros y Personal, Página 61-62)

63. Se sugiere dejar sin efecto el numeral 14.4, ya que lo que se plantea en este numeral, que es la potestad de OSITRAN para solicitar información periódica en materia de personal, no está dentro de las competencias que tiene el OSITRAN y corresponde exclusivamente a la gestión del concesionario.

IV.30 Disposiciones comunes (Sección XV: Competencias Administrativas, pagina 63)

64. En principio, OSITRAN está obligado a notificar al concesionario de sus informes y aprobaciones relativas a las solicitudes presentadas por el concesionario. Sin embargo, OSITRAN no tiene obligación legal de copiar toda la información que cursa



con sus Entidades Prestadoras ante el Concedente, puesto que se trata de una entidad con autonomía funcional, técnica, económica y financiera.

65. En ese sentido, es necesario señalar que de acuerdo a Ley, el supervisor del cumplimiento de las obligaciones contractuales del contrato de concesión es OSITRAN, no el ente Concedente representado por el MTC. La obligación relativa a exigir a OSITRAN que toda comunicación que curse con el Concesionario sea copiada al Concedente, no se ajusta a la normal ejecución del contrato de concesión y es atentatoria contra la autonomía del organismo regulador. En consecuencia, se debe eliminar el tercer párrafo del 15.1.

66. Al respecto, se propone la siguiente propuesta alternativa de redacción al segundo párrafo del numeral 15.1):

"En el caso de cualquier solicitud del CONCESIONARIO cuya resolución dependa del ente CONCEDENTE, y este último para resolver requiera de la opinión previa del Supervisor; el CONCESIONARIO, deberá presentar la solicitud ante el Supervisor.

En el caso que, el CONCESIONARIO requiera formular alguna solicitud sobre materias de estricta competencia del CONCEDENTE, pero que éstas se encuentren relacionadas directa o indirectamente con el desarrollo de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá presentar la solicitud al CONCEDENTE con copia al Supervisor.

En el caso que, el CONCESIONARIO requiera presentar una solicitud sobre aspectos y materias estrictamente de competencia del Supervisor, el CONCESIONARIO deberá presentar la solicitud directamente al Supervisor.

Los plazos en que el Supervisor y el CONCEDENTE deban emitir pronunciamiento sobre las solicitudes formuladas por el CONCESIONARIO, serán aquellos establecidos en su marco legal aplicable. En todo aquello que no se encuentre normado por dicho marco, se aplicará lo establecido en el presente Contrato.

El CONCESIONARIO cumplirá con todos los requerimientos de información y procedimientos establecidos en este Contrato o que puedan ser establecidos por el CONCEDENTE y el Supervisor, en las materias de su competencia."

67. El Estado ha establecido un diseño institucional y un marco normativo homogéneo para la regulación económica de ciertas actividades asociadas a la presencia de monopolios naturales. Ello ocurre en el ámbito de las telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos, servicios de saneamiento e infraestructura de transportes de uso público, a través de la existencia de OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, respectivamente.

68. Uno de los pilares conceptuales de dicho diseño institucional, es constituir agencias reguladoras, que sean independientes de los Ministerios, con el fin de blindarlas de una intervención política en la toma de sus decisiones, la misma que debe ser esencialmente técnica. Del mismo modo, se requiere que dichas agencias puedan realizar sus funciones de manera independiente a los conflictos de interés privados presentes en las actividades reguladas.

69. Ello, se debe a que la regulación económica es una técnica de intervención del Estado en la economía, que supone una intervención en la actividad de los particulares, legitimada por la presencia de monopolios naturales, la misma que requiere contar con salvaguardas que garanticen una intervención económica de la Administración, técnicamente idónea e imparcial. En ese sentido, la Ley Marco de los



Organismos reguladores y normas complementarias y modificatorias, precisamente contienen diferentes mecanismos para afianzar la independencia de estos organismos, con los cuales no cuentan otros entes de la Administración Pública.

70. Este diseño institucional, postula la independencia y tecnicismo en el ejercicio de las funciones de supervisión del cumplimiento de los contratos de concesión que suscribe el Estado, a través de agencias reguladoras, que de acuerdo al arreglo institucional, blindadas respecto de las directrices del Gobierno, con el fin de "despolitizar" la actividad de los reguladores. Lo que se pretende por tanto, no es privar al Gobierno de sus poderes, sino objetivarlos, neutralizarlos políticamente, evitar que este caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos ajenos al servicio, sacrificando los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política.
71. En igual medida, también deben ser autónomos respecto del poder económico de las empresas que actúan en el sector y de los muchos intereses económicos que se ponen en juego. La independencia del regulador es la del árbitro que tiene que estar alejado por igual, tanto del interés a corto plazo de la empresa, como del político.
72. De este modo, en materia de infraestructura de transportes de uso público, existe un diseño institucional que diferencia las funciones y roles de los actores públicos. En este escenario, compete a los organismos sectoriales, es decir, a los Ministerios, establecer las políticas sectoriales, planes nacionales de desarrollo de las actividades productivas y emitir la normativa técnica sectorial a su cargo. Asimismo, tanto la regulación económica de los monopolios naturales vinculados a la infraestructura de transporte de uso público, como la supervisión del cumplimiento de los contratos de concesión; compete a la agencia reguladora independiente; en este caso a OSITRAN.
73. En ese orden de ideas, es necesario reiterar la necesidad de que la Cláusula Décimo Quinta señale claramente que el único ente a quien corresponde velar, fiscalizar el cumplimiento del contrato de concesión es OSITRAN, no se trata de una función compartida con el ente Concedente.
74. En ese sentido, se requiere que el último párrafo del Numeral 15.2 de la Cláusula Décimo Quinta sea eliminado, con el fin de que quede cabalmente establecido el rol de OSITRAN en la ejecución y cumplimiento del contrato de concesión, diferenciándolo claramente del rol que corresponde al Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC) como ente que representa al Estado concedente.
75. Al respecto, se debe señalar que la redacción del último párrafo del Numeral 15.2, equipara a OSITRAN y al ente concedente en lo relativo a la supervisión del cumplimiento del contrato de concesión en un mismo ámbito de competencia, **lo cual es incorrecto**.

IV.31 De la potestad de supervisión (Sección XV: Competencias Administrativas, pagina 64)

76. En el numeral 15.4 debería precisarse que de acuerdo a lo preceptuado por el RIS vigente, en caso que el concesionario no cancele la Tasa de regulación (cláusula 15.3) o el Fideicomiso de Supervisión (cláusula 9.12), además de poder ejecutarse la



Fianza de Fiel Cumplimiento, son aplicables las multas administrativas previstas en dicha norma.

77. Asimismo, no se debería poner como requisito que el Supervisor no haya prestado servicios los dos últimos años al Concedente, pues se estaría limitando la oferta laboral para las empresas consultoras y supervisoras, sobre todo con experiencia en carreteras, ya que el que más ejecuta proyectos de carreteras es el Concedente.
78. Insistimos igualmente en este punto, pues se estaría afectando también la calidad de la supervisión por parte de OSITRAN, pues mientras con más experiencia cuente el Supervisor, sobre todo en supervisión de obras concesionadas, que han sido dadas en los últimos tiempos, mejor podrá realizar su trabajo.
79. La mayoría de las empresas supervisoras contratadas por OSITRAN han prestado servicios al Concedente.

IV.32 Penalidades contractuales (Sección XV: Competencias Administrativas, página 64)

80. De acuerdo a lo que establece el Numeral 3.1. de la Ley N° 26917, OSITRAN está obligado a cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, del inversionista y de los usuarios.
81. Del mismo modo, el literal d) del Artículo 3° de la LMOR, atribuyó a los Organismos Reguladores la función fiscalizadora y sancionadora, la misma que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia, por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión. Mediante Ley N° 27631, se precisó que la facultad normativa con que contaban los Organismos Reguladores, comprendía la facultad de tipificar las infracciones.
82. En ese marco, es necesario señalar que, en principio, las infracciones y sanciones administrativas del RIS de OSITRAN, están orientadas a hacer punibles las conductas de las Entidades Prestadoras que causan afectación a los mercados bajo la competencia del organismo. Por ello, el RIS busca desincentivar la comisión de las conductas infractoras de manera punitiva, con el fin de impedir que los beneficios de la inconducta sean internalizados por la Entidad Prestadora.
83. A diferencia de lo anterior, los contratos de concesión de la infraestructura bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, deberían establecer en principio, las penalidades aplicables al concesionario en caso de incumplimiento de determinadas prestaciones contractuales a favor del Estado, cuando este último actúa en su rol de parte contratante, acreedora de determinadas prestaciones que debe cumplir la empresa concesionaria (que en tal caso es deudora del Estado).
84. En consecuencia, en cuanto al tema materia de comentario, es necesario considerar que jurídicamente existe una diferencia sustancial entre las sanciones administrativas (lo que incluye las multas, que son sanciones administrativas de carácter pecuniario), cuya naturaleza es punitiva; y las penalidades contractuales, las cuales tienen naturaleza indemnizatoria, razón por la que buscan compensar al Estado por los



incumplimientos contractuales de ésta, que afectan su esfera de intereses en la relación concesional.

85. En ese marco, OSITRAN considera necesario señalar que para una adecuada supervisión del cumplimiento del contrato de concesión, paralela a un adecuado cumplimiento del marco regulatorio, el proyecto de contrato (específicamente el Numeral 15.6) debe establecer claramente, la diferencia entre penalidades contractuales y sanciones administrativas, diferenciando como corresponde, el régimen de aplicación de cada una de ellas. Ello, es indispensable con el fin de evitar la impugnación de las decisiones de OSITRAN en la vía judicial³.
86. En consecuencia, es necesario que el contrato de concesión establezca una estipulación general, que señale que las penalidades por el incumplimiento del concesionario de sus obligaciones contractuales en las que actúa el Estado como contraparte acreedora, estarán sometidas a la aplicación del Anexo 9 del contrato de concesión. Asimismo, el contrato de concesión debe señalar expresamente, que los incumplimientos relacionados a la aplicación del marco normativo regulatorio, están sometidos a la aplicación de lo establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (RIS).
87. Al respecto, es necesario que en una sola estipulación contractual (en el Numeral 15.11), se establezca que los incumplimientos relativos a la aplicación del marco regulatorio de OSITRAN, se someterán a lo establecido en el RIS y que aquellos incumplimientos del concesionario no contemplados en el contrato de concesión, también se someterán supletoriamente a lo establecido en dicha norma de OSITRAN.
88. Por lo anteriormente expuesto, el segundo párrafo del Numeral 15.12 debe ser eliminado por ser jurídicamente incorrecto.
89. El primer párrafo (numeral 15.12) debe mantenerse porque se adecua a lo establecido en el Artículo 232 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴.
- IV.33 Tasa de Regulación (Sección XV: Competencias Administrativas, página 65)**
90. El régimen de aplicación y porcentaje que corresponde pagar al concesionario por concepto de Tasa de Regulación, está establecido en la Ley N° 27332, y sus normas reglamentarias y complementarias, las que señalan que dicha tasa se aplica sobre el total de la facturación anual de la Entidad Prestadora, por lo que dicha materia no puede ser materia de modificación a través del contrato de concesión. En tal sentido,

³ Ello ya ha ocurrido en el caso de la concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez, así como en el caso de otras concesiones.

⁴ <<Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.>>



se recomienda precisar que el pago de la Tasa de regulación está regulado por las "Normas Regulatorias" y deberá ser efectuado en concordancias con éstas.

91. Del mismo modo, es conveniente diferenciar la tasa de regulación del "Ingreso Asegurado por supervisión", el mismo que no formará parte de la base imponible de la Tasa de Regulación. El "Ingreso Asegurado por supervisión" será un recurso a favor de OSITRAN, pactado de común acuerdo entre las partes, de conformidad con lo establecido en el Literal b) del Artículo 14° de la Ley N° 26917.

IV.34 Término por Incumplimiento del CONCESIONARIO (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, pagina 67)

92. Consideramos que este inciso f) del numeral 16.4, contiene una sanción excesiva, es decir no debe sancionarse con la terminación del contrato el cobro de Tarifas de peaje por montos superiores, que ocurran en tres oportunidades. En 15 años de concesión ello puede ocurrir debido a error humano o material sin que ello implique una intencionalidad o una política deliberada o negligencia por parte del Concesionario. Sugerimos retirar el numero de oportunidades y dejar la normatividad de esta sanción a la regulación del Regulador, como la cláusula lo precisa.

IV.35 Terminación por Fuerza Mayor. Resolución Unilateral del CONCESIONARIO (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, pagina 69-70)

93. En el inciso a) numeral 16.11, el inventario final debería ser aceptado por el Concedente previa opinión del Regulador.

IV.36 Arbitraje (Sección XVIII: Solución de controversias, pagina 75)

94. El procedimiento arbitral del contrato de concesión, debe señalar que las interpretaciones del contrato de concesión que realiza OSITRAN en ejercicio de la función administrativa que le otorga el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, en tanto ejercicio de una función administrativa, no puede ser sometida a la aplicación de mecanismos arbitrales, puesto que no se trata de materia arbitral, de conformidad con lo establecido en la Ley Ley General de Arbitraje peruana.

IV.37 Sección XX: Fideicomiso de administración, pagina 79

95. La cláusula 20.1. dice: "Con la finalidad de facilitar el financiamiento de la ejecución de las Obras, el CONCESIONARIO se obliga a constituir un fideicomiso irrevocable de Administración antes de la Fecha de Suscripción del Contrato, el cual se registrará por las normas que se indican a continuación, así como por lo dispuesto en el respectivo contrato de fideicomiso. El Fideicomiso será celebrado con un Banco de primera Línea nacional, o alguna otra entidad financiera calificada y autorizada por el REGULADOR. Dicho contrato deberá respetar las obligaciones y normas aquí establecidas."

96. Debe decir: "Con la finalidad de facilitar el financiamiento de la ejecución de las Obras, el CONCESIONARIO se obliga a constituir un fideicomiso irrevocable de Administración antes de la Fecha de Suscripción del Contrato, el cual se registrará por las normas que se indican a continuación, así como por lo dispuesto en el respectivo contrato de fideicomiso. El Fideicomiso será celebrado con un Banco de primera Línea nacional, o alguna otra entidad financiera calificada y autorizada por el



Ju



CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR para tal efecto. Dicho contrato deberá respetar las obligaciones y normas aquí establecidas.”

IV.38 Fijación (Sección XXI: Domicilios, pagina 79)

97. Además de señalar como representante de OSITRAN a su Presidente, se debe incluir la frase “o a quien este designe”.

IV.39 Definiciones (Anexo B: Contrato Financiero, página 81)

98. CRPAO.- en esta definición se señala que es un “desglosable adjunto al CAO” que contiene: el valor referencial del Hito Constructivo correspondiente al CAO, los derechos de cobro del CAO certificado y los Derechos Cedidos al FT. Sin embargo, ninguno de estos conceptos aparecen en el modelo del título CRPAO (Ver apéndice 3, pagina 100). Por el contrario, tal y como esta definido el CRPAO, parecería que se estuviera definiendo el CAO Certificado. Por lo tanto, se sugiere hacer la aclaración y precisión respectiva.

IV.40 Tasa de regulación (Anexo A: Contrato Financiero, página 1)

99. En lugar de decir numeral 13.9, debería decir numeral 15.13. Asimismo, sería conveniente que se precisará la periodicidad del pago de los “ingresos asegurados por Supervisión”

IV.40 Definiciones (Anexo B: Contrato Financiero, página 81)

100. PAO.- Sería conveniente que se precise el momento en que se va iniciar el pago. Además también es necesario que se precise, el período de tiempo durante el cual se van a realizar estos pagos.

101. PAMO.- Sería conveniente que se precise el momento en que se va iniciar el pago. Además también es necesario que se precise, el período de tiempo durante el cual se van a realizar estos pagos.

IV.41 Procedimiento de control de avances mensuales (Anexo B: Contrato Financiero, página 82)

102. En el numeral 2.1, se señala que cada Hito Constructivo deberá considerar como mínimo 10% de la inversión Proyectada Referencial considerado en el Anexo A. Es decir, el primer hito constructivo tendría un costo aproximado de US\$ 2'607,794.67. Asimismo, en el contrato se señala que el capital mínimo social es de US\$ 651, 948.67. Lo que no queda claro en el proyecto de contrato concesión, es como se va a financiar la diferencia que existe entre la inversión inicial que se requiere para el primer hito y el capital social mínimo que establece el contrato

103. En el numeral 2.3 se indica que en el reporte de avance de obra, se debe incluir los metrados verificados por el Regulador. En este caso, se debe indicar que el reporte de avance de obra debe presentar los metrados ejecutados, los mismos que deberán ser revisados y aprobados por el Regulador, tal como se indica en el numeral 2.4.



IV.42 Procedimiento de Control de avances (Anexo B: Contrato financiero, página 82 - 83)

104. En el numeral 2.4 se señala que el Reporte de Avance de Obra deberá ser presentados por el Concesionario al Regulador dentro de (03) Días siguientes a la culminación del período correspondiente del reporte, luego el regulador tendrá 10 días para revisar dicho documento.
105. Al respecto, consideramos que el plazo de 10 días es muy pequeño para realizar una adecuada revisión del documento, por lo que sugerimos que se amplie el plazo a 20 días de recibido por el Supervisor de Obras.

IV.43 Emisión de un CAO por Partidas para el Regulador (Anexo B: Contrato Financiero, página 84-85)

106. En el numeral 3.3, se plantea la posibilidad de que el concesionario reciba un CAO por partidas. Al respecto consideramos que la emisión del CAOs por parte del Estado debe realizarse cuando el hito constructivo haya sido culminado.
107. En su defecto, si el hito no está concluido, el Regulador podría emitir el CAO, siempre y cuando, el Concesionario entregue la cartas fianza por aquel tramo del hito aún pendiente de concluir.
108. En tal sentido, recomendamos que exista un solo concepto de CAO (es decir, el concepto de CAO por partidas es contradictorio con la definición de CAO) y la exigencia de garantías en caso que no exista obra culminada.

IV.44 Ajuste del PAO por variaciones de tasas de interés (Anexo B: Contrato Financiero, página 90)

109. En el numeral 4.6 se señala que si el Concesionario opta por utilizar el financiamiento proporcionado por el Fideicomiso de Titulización se efectuará un ajuste en el PAO tomando en cuenta la tasa de interés de los títulos emitidos por el Fideicomiso de Titulización.
110. Consideramos que con esta cláusula no se brindan incentivos adecuados para que el concesionario obtenga condiciones de financiamiento competitivas y traslada el riesgo de financiamiento al concedente, cuando lo usual en los contratos de concesión es que este sea asumido por el concesionario. En tal sentido, consideramos que está cláusula debe eliminarse

IV.45 Ajuste del PAMO (Anexo B: Contrato Financiero, página 90-91)

111. En el numeral 4.18, no se definen las variables TCo y TCi.
112. Asimismo se sugiere dejar sin efecto el numeral 4.19 de ajuste por no imputación del crédito fiscal. En todo caso dicho riesgo debería incorporarse de los riesgos del proyectos al momento de presentar la oferta económica.



IV.46 Fideicomiso de Titulización (FT)-Transferencia del CAO Certificado al FT (Anexo B: Contrato Financiero. pagina 91)

113. En el numeral 5.2, se señala que los "flujos de caja para el servicio de la deuda correspondiente a la emisión de las obligaciones de largo plazo se denominan derechos cedidos al FT".
114. Sin embargo, este concepto se confunde con los "derechos cedidos al FT" que se definen en el Apéndice 1 y 2 (paginas 94 y 97, respectivamente). Se sugiere realizar la aclaración y modificación respectiva.
115. También sería conveniente que se mejorara la redacción de los numerales: 5.1, 5.2 y 5.3., los cuales describen el mecanismo de funcionamiento del Fideicomiso de Titulización. Asimismo, en el contrato no queda claro quien va asumir y con qué recursos, los costos del Fideicomiso de Titulización.
116. Asimismo en los Apéndices 1, 2, y 3 se fija "semestralmente" los pagos del CAO, CAO por partidas, derechos cedidos del FT, derechos remanentes del Concesionario y CRPAO. Se sugiere modificar este plazo, por trimestral, para que sea consistente con la definición del PAO que se da en el Anexo B.

IV.47 Anexo II y Anexo III

117. En el Anexo II y en el Anexo III debe incluirse que la garantía debe emitirse adicionalmente a nombre de OSITRAN. Vale decir, donde dice "Ministerio de Transportes y Comunicaciones" debe decir "Ministerio de Transportes y Comunicaciones y/o OSITRAN".

IV.48 Anexo VIII: Penalidades Aplicables del Contrato

118. Agregar al título que son penalidades CONTRACTUALES

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

119. Los comentarios realizados en las secciones precedentes por OSITRAN al Proyecto de Contrato de Concesión se basan, entre otros, en los siguientes criterios generales

- 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
- Los roles y competencias asignados en el marco institucional
- La continuidad y sostenibilidad del servicio público y del Concesionario, a lo largo del plazo de la Concesión.



En virtud de ello se recomienda, someter el presente informe a aprobación del Consejo Directivo con la finalidad de que emita opinión respecto de la versión final del Contrato de Concesión del Contrato de Concesión para el Tramo Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque del Programa Costa Sierra (remitida el 26 mayo 2006).

Atentamente,


GONZALO RUIZ DÍAZ
Gerente de Regulación


FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal


VÍCTOR CARLOS ESTRELLA
Gerente de Supervisión

BDLT/6
REG.SAL.5439