

Oficio N° 046-08-SCD-OSITRAN

Lima, 21 de mayo de 2008

Señor  
**JAIME SHIMABUKURO MAEKI**  
Jefe de Proyecto – Programa Costa - Sierra  
PROINVERSION  
Presente.-

HTD-005107-2008  
23 MAYO 2008  
HORA 10:42

Asunto : Opinión Técnica de OSITRAN

Referencia : Oficios N° 24/2008/CPI-PCS/PROINVERSION y  
N° 26/2008/CPI-PCS/PROINVERSION

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle el Acuerdo N° 1062-272-08-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo, en su Sesión N° 272-2008-CD de fecha 20 de mayo de 2008.

Al respecto, remito a usted copia fedateada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 013-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, conteniendo la Opinión Técnica sobre la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del tramo vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos, perteneciente al Programa Costa – Sierra, remitido a OSITRAN, mediante los oficios de la referencia.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,



**HUMBERTO RAMÍREZ TRUCÍOS**  
Secretario del Consejo Directivo

Adj. : Lo indicado

**1) Opinión sobre el “Tercer Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión del tramo vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos”**

**ACUERDO No. 1062-272-08-CD-OSITRAN**  
**De fecha 20 de mayo de 2008**

Vistos el Informe N° 013-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, así como los Oficios N° 24/2008/CPI-PCS/PROINVERSION y N° 26/2008/CPI-PCS/PROINVERSION, mediante los cuales, PROINVERSION remite la versión Final del Contrato de Concesión del tramo vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27701, y en uso de su función de Opinión Previa y Supervisión de los Contratos, prevista en el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe N° 013-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN que emite Opinión Técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del tramo vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos, remitida por PROINVERSION con fecha 04 de marzo de 2008.
- b) Señalar que las Opiniones Técnicas de OSITRAN se orientan a cautelar la concordancia que debe existir entre los modelos de contrato de concesión propuestos por el órgano licitante y el marco normativo regulatorio, así como promover la eficiencia de los esquemas contemplados en cada proyecto, así como una adecuada distribución de riesgos entre las partes, consistente con la naturaleza del modelo concesional.
- c) Dicho informe tiene el carácter de Opinión Técnica no vinculante, de acuerdo con lo establecido en 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.
- d) Notificar el Informe N° 013-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a PROINVERSION.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

**INFORME N° 013-08-GRE- GS-GAL-OSITRAN**

Para : **Julio Escudero Meza**  
Gerente General

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

**Fernando Llanos Correa**  
Gerente de Supervisión

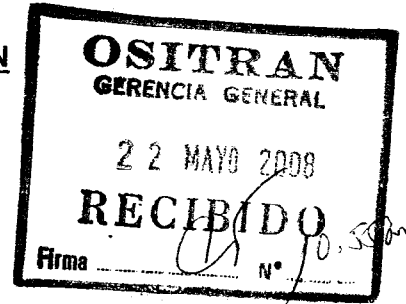
**Héctor Kuang Salas**  
Gerente Adjunto de Supervisión

**Humberto Ramírez Trucios**  
Gerente de Asesoría Legal

**Christy García Godos Naveda**  
Gerente de Regulación Adjunto

Asunto : Opinión sobre el "Tercer Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión del tramo vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos".

Fecha : 20 de mayo de 2008



**I. ANTECEDENTES**

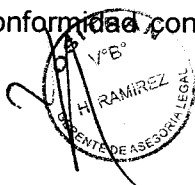
1. Mediante Oficio N° 24/2008/CPI-PCS/PROINVERSION recibido por OSITRAN el 04 de marzo del 2008, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION remitió para consulta el Tercer Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión del tramo vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos (proyecto de contrato).
2. Mediante el Oficio N° 042-08-GRE-OSITRAN de fecha 19 de marzo de 2008, OSITRAN solicitó a PROINVERSION que confirme si el documento titulado "Contrato de Concesión del Tramo vial: Ovalo Chancay /Dv. Variante Pasamayo. Tercer Proyecto de Versión Final del Contrato" enviado mediante el Oficio N° 24/2008/CPI-PCS/PROINVERSION puede ser considerado por OSITRAN como la versión final del Contrato de Concesión del tramo en cuestión.
3. Mediante Oficio N° N° 26-/2008/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 25 de marzo de 2008, PROINVERSION informó que la versión remitida mediante Oficio N° 24/2008/CPI-PCS/PROINVERSION debe ser considerado como Versión Final del Contrato.

**II. OBJETO**

4. El objetivo del presente Informe es emitir opinión respecto a la concordancia existente entre el Proyecto de la versión final del Contrato de la referencia, remitido por PROINVERSIÓN; y el marco normativo regulatorio a cargo de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27701 y el Artículo 37° del Decreto



RAM  
297



Supremo N° 044-2007-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM.

### III. MARCO LEGAL

5. De acuerdo al texto del Artículo 1° de la Ley N° 27701<sup>1</sup>, esta norma tiene por objeto garantizar la plena concordancia normativa entre los procesos de concesión y las disposiciones de los organismos reguladores establecidas en la Ley N° 27332 y otras normas de su marco regulatorio.
6. El Artículo 2° de la Ley 27701, establece lo siguiente:

*“Artículo 2°.- 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.**”*

7. El mecanismo previsto por la Ley N° 27701 para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de concesión y las normas que regulan las facultades de los organismos reguladores, ha sido el establecimiento de la obligación de contar con la opinión del Consejo Directivo del Organismo Regulador competente, como requisito previo a la aprobación por parte de PROINVERSIÓN de un proceso de promoción inversión privada.

La mencionada opinión debe referirse a aquellas disposiciones comprendidas en los expedientes finales de los procesos de concesión que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores.

8. Se debe señalar que la intención del legislador, es establecer un mecanismo de control de la legalidad regulatoria aplicable sobre del contenido de los procesos de concesión de infraestructura de transportes implementados por PROINVERSION.

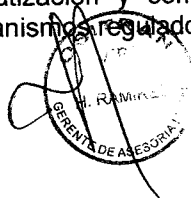
En ese sentido, la opinión de OSITRAN se constituye para el organismo regulador en una obligación legal, que tiene como finalidad cautelar por que el régimen regulatorio establecido en el marco normativo, haya sido correctamente aplicado en el diseño del proceso de concesión por PROINVERSION, como organismo responsable en la etapa previa a la entrada en vigencia del Contrato de Concesión.

9. Asimismo, la Ley N° 27701 establece también una obligación legal a cargo de PROINVERSION, que es contar con la opinión previa del organismo regulador competente, lo cual se constituye en un requisito de validez de la aprobación de los expedientes finales de los procesos de concesión (**versiones finales** de dichos



#### 1° “Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto garantizar la plena concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones de empresas de servicios públicos y las disposiciones de los organismos reguladores precisados en la Ley N° 27332.”



proyectos) por parte del Consejo Directivo de PROINVERSION; sin la cual, la aprobación realizada carecería de validez.

10. Sin embargo, la norma que reglamenta las funciones y obligaciones a cargo de OSITRAN, dentro de las que está comprendida la relativa a la emisión de las opiniones técnicas, previas a la aprobación de los expedientes finales de los contratos de concesión (establecida en la Ley N° 27701); es el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por Decreto Supremo N° 057-2006-PCM; el cual establece lo siguiente:

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

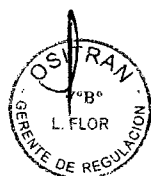
*A fin de guardar **concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes**, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. **El 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. (...)**"*

[El subrayado es nuestro]

11. De acuerdo a lo anterior, es claro que la obligación legal de OSITRAN con relación al alcance de la opinión técnica a su cargo, establece un **contenido mínimo** ("incluirá") que debe ser cumplido.
12. Al respecto, es claro que el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN NO señala, por ejemplo: "el referido pronunciamiento se referirá a...(x, y, materias)." Lo que se establece es simplemente un *contenido mínimo*, que en modo alguno puede ser interpretado como un máximo o una lista taxativa de materias que pueden ser incluidas en la opinión técnica. Lo contrario, significaría sostener absurdamente, que existe en el marco legal un límite respecto a una opinión técnica que, por lo demás, no es vinculante para el órgano licitante.
13. Asimismo, es claro que al realizar el análisis técnico de un proyecto concesional no es posible ni razonable compartimentar artificialmente las materias, pues la estructura de riesgos e incentivos que contiene el proyecto de contrato de concesión, **subyace a todas las estipulaciones contractuales**, no solo a aquellas donde se establece funciones específicas a cargo de OSITRAN, por lo que la eficiencia o ineficiencia de un proyecto, debe ser analizada necesariamente desde una perspectiva integral y multidisciplinaria<sup>2</sup>, **no existiendo ninguna limitación** respecto al alcance de la opinión técnica de OSITRAN, la cual puede o no ser considerada por PROINVERSION.
14. Por otro lado, se debe considerar que la Ley N° 26917 (norma de creación de OSITRAN) y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, otorgan a OSITRAN además de la función reguladora, que comprende los aspectos

<sup>2</sup> En esa línea, mediante Acuerdo N°967-243-07-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN estableció por unanimidad lo siguiente:

*"b) Señalar que las Opiniones Técnicas de OSITRAN se orientan a cautelar la concordancia que debe existir entre los proyectos de contrato de concesión propuestos por el órgano licitante y el marco normativo regulatorio, así como promover la eficiencia de los esquemas contemplados en cada proyecto, así como una adecuada distribución de riesgos entre las partes, consistente con el modelo concesional."*



tarifarios, cargos de acceso y demás aspectos relativos al régimen de acceso a la infraestructura de transporte de uso público; la función supervisora del cabal cumplimiento de los contratos y la función normativa; aspectos todos que atañen a la explotación de la infraestructura concesionada y al comportamiento de la empresa concesionaria en cuestión.

15. Al respecto, el ejercicio de la función reguladora, supervisora, normativa y de resolución de controversias por parte de OSITRAN, debe converger hacia el cumplimiento de la misión institucional, recogida en el Artículo 3º de la Ley N° 26917, la cual señala:

*“Artículo 3.- Misión de OSITRAN*

*3.1. La misión de OSITRAN es **regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios (...).**”*

[las negritas son nuestras]

16. Asimismo, mediante Acuerdo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN, se aprobó los lineamientos para la Emisión de Opinión Técnica sobre Proyectos de Contratos de Concesión, dicha norma establece los principios y criterio para emitir los correspondientes opiniones.
17. En síntesis, al emitir su opinión técnica, corresponde a OSITRAN velar por que haya un adecuado equilibrio de los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, lo que evidentemente pasa por pronunciarse sobre la estructura de riesgos e incentivos en los que reposa el modelo de contrato que se propone.

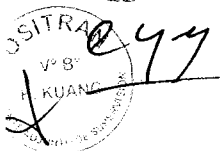
#### IV. ANÁLISIS

##### IV.1 Modelo de Concesión y comentarios preliminares

18. En esta sección se presentan comentarios generales al modelo de concesión propuesto con relación al proyecto de Contrato de Concesión presentado por PROINVERSION. En la siguiente sección se procederá a comentar y opinar sobre las cláusulas y anexos del mismo de manera específica.
19. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSION contempla las siguientes características:
- Modalidad de Concesión: Cofinanciada (esquema BOT: Build, Operate and Transfer)
  - Actividades de la concesión: Construcción, Conservación y Explotación.
  - Periodo de Concesión: Desde la Suscripción del Contrato hasta 15 años de la fecha de inicio de la explotación.
  - Inversión Proyectada Referencial: US\$ 24 615 441,34 (incluido el IGV)<sup>3</sup>
  - Longitud total del tramo vial: 76,50 Km
  - Tramos viales: Ovalo Chancay - Huaral (9.35 km)  
Huaral – Acos (55.65 km)  
Dv. Variante Pasamayo - Huaral (11.50 km)



De acuerdo a información presentada por PROINVERSION en el Anexo I. Tipo de cambio S/. 3,314 por un dólar de los Estados Unidos de Norteamérica. Precios a enero del año 2006.



- Factor de Competencia: Menor Pago Anual por Servicios (PAS) . El PAS es igual a la suma del Pago por Obras (PPO) y Pago por Conservación y Explotación (PAMO). No incluye IGV.
  - Ingresos del Concesionario: PAS
  - Capital social mínimo suscrito y pagado: US\$ 640 386.03
  - Garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras: US\$ 2 561 544.13
20. Los tramos viales a ser concesionadas forman parte del programa de Concesiones viales Costa Sierra promovido por PROINVERSIÓN. Este programa implica la entrega en concesión de 28 vías de penetración existentes que conectan los centros de producción ubicados en los valles con los centros de comercialización ubicados en los 10 departamentos de la costa peruana. Las vías pertenecen a las red Nacional, Departamental y Vecinal. Se realizará un Concurso de Proyectos Integrales por cada vía a ser concesionada, dejando la solución técnica a cargo del concesionario<sup>4</sup>.
21. OSITRAN asume la supervisión y regulación de las concesiones de los tramos viales nacionales.
22. El Proyecto de Contrato de Concesión elaborado por PROINVERSION establece que el PAS es la contraprestación que percibirá el Concesionario por la realización de los actos previstos en el Contrato. El pago del PAS se efectuará a través del Fideicomiso de Administración, en cuatro cuotas trimestrales que resultan de dividir el PAMO entre cuatro.
23. El Fideicomiso de Administración tendrá una cuenta recaudadora, mediante la cual el CONCESIONARIO depositará el íntegro de la recaudación del peaje (sin incluir IGV). Asimismo en dicha cuenta se depositará por parte del CONCEDENTE los recursos provenientes del Cofinanciamiento.
24. Para el caso del PPO, el CONCEDENTE abonará a dicha cuenta el monto del PPO ofertado correspondiente al avance de obra realizado por el CONCESIONARIO, el mismo que deberá ser transferido al CONCESIONARIO en la misma fecha.
25. Para el caso del PAMO, de la mencionada cuenta recaudadora se desembolsarán trimestralmente los pagos que resulten en virtud de lo previsto y en la orden de pagos regulados en el Contrato.
26. A continuación, se emitirá opinión sobre algunos de los artículos del proyecto de Contrato de Concesión, sobre la base de los siguientes criterios<sup>5</sup>:
- 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.



4 Información Portal de PROINVERSION, disponible en: [www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)

5 Según las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701 y Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN.



#### **IV.2 Acreedores Permitidos**

27. En el presente Contrato de Concesión no se cuenta con una definición ni regulación de Acreedores Permitidos. La finalidad principal para la utilización de la figura de las Concesiones consiste en permitir la participación del sector privado en la Construcción, gestión y financiamiento de la infraestructura. En tal sentido, las regulaciones correspondientes a los Acreedores Permitidos son fundamentales para garantizar el repago de la deuda y la calidad del concesionario.
28. Si bien el esquema de financiamiento propuesto por PROINVERSION, al tratarse de una concesión cofinanciada, implica la participación del Estado mediante aportes (PAS) esto no excluye la posibilidad de que el Concesionario utilice su capacidad económica para que a partir de la promesa de pagos futuros por parte del Concedente, acuda a entidades financieras especializadas que puedan apoyar con su participación en el financiamiento del proyecto. En este sentido consideramos importante que se evalúe la posibilidad de incluir regulación sobre acreedores permitidos, hipoteca de la concesión, y otros mecanismos vinculados que faciliten el financiamiento.

#### **IV.3 Derecho de Vía (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 12)**

29. En la definición se señala que el Derecho de vía incluye la "franja de territorio de dominio público del Estado o en proceso de adquisición por parte de éste". En el Contrato no se precisa el plazo en que el Concedente entregará el Derecho de Vía ni el estado en que se encuentra a la fecha de suscripción del Contrato la adquisición de dichos terrenos. Consideramos necesario que se precise el plazo con que contará el Concedente para cumplir con entregar el 100% de los terrenos que comprenden el derecho de vía, estableciéndose además que el Concesionario asume responsabilidad sobre estos terrenos a partir del momento en que le son entregados (entregas parciales).

#### **IV.4 Emergencia Vial Extraordinaria (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 13)**

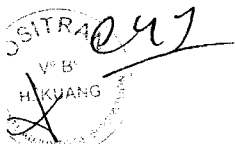
30. Se solicita que se defina qué factores son tipificados como caso fortuito o fuerza mayor y se precise que de ocurrir éste el seguro se activa. Asimismo, se entiende de la lectura de la definición que todo derrumbe por encima de 920 m3 es considerado como caso fortuito y se activa el seguro sobre bienes en operación.

#### **IV.5 Emergencia Vial Ordinaria (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 13)**

31. Se solicita se aclare si sólo los derrumbes menores a 920 m3 son emergencias ordinarias a resolver por el Concesionario. Cabe señalar que pueden existir otras situaciones que se pueden incluir como emergencias viales ordinarias como: erosión fluvial plataforma inferior, asentamiento de la plataforma, colapsos menores de la plataforma, entre otros.

#### **IV.6 Estudios Definitivos de Ingeniería (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 14)**

32. Se solicita que se defina la expresión "primeras intervenciones". Asimismo, se pide que se precise si los Estudios Definitivos de Ingeniería incluyen los diseños de las estaciones de peaje y pesaje u otra instalación que permita la explotación de la carretera.





**IV.7 Conservación Vial (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 12)**

33. Se solicita se precise si el resto de bienes reversibles de la concesión están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la conservación vial.

**IV.8 Conservación Vial Rutinaria (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 12)**

34. Se recomienda incluir como parte de las actividades de conservación vial rutinaria los trabajos de señalización horizontal, de señalización vertical y de elementos de encarrilamiento y defensa.

**IV.9 Obras Adicionales (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 17)**

35. Consideramos que la decisión del Concedente de construir "Obras Adicionales" debe estar acotada mediante un procedimiento que garantice el control de la calidad de la inversión pública y la asignación competitiva de estas obras.
36. En el caso específico de las obras adicionales originadas por el incremento de tráfico por encima de los ejes previstos en el Expediente Técnico, los ejes equivalentes previstos deben de ser los considerados en el Estudio Definitivo de Ingeniería, para lo cual el Concesionario debe de haber realizado un nuevo estudio de tráfico y no tomar como base el estudio de tráfico realizado en el estudio de factibilidad (Proyecto Referencial).

**IV.10 Obras de Construcción (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 17)**

37. En la definición se señala que estas obras son "las primeras intervenciones a ejecutarse", debe precisarse si existe otro tipo de intervenciones posteriores.

**IV.11 Transitabilidad (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 21)**

38. La definición resulta bastante general, siendo necesario a fin de poder verificar el cumplimiento de la obligación del Concesionario establecer parámetros de medición de la misma, como velocidad promedio de viaje, la medición del IRI, porcentaje de área con huecos, entre otros.

**IV.12. Limitación a la Libre Transferencia (Sección III: Eventos a la Suscripción del Contrato, Página 26)**

39. El numeral vi) de la Cláusula 3.3 de la Sección III del Contrato, establece como condición a las obligaciones del Concedente, que el Concesionario deba, a la fecha de Suscripción del Contrato, haber establecido en su estatuto, una limitación a la libre transferencia, disposición, o gravamen de las acciones representativas del capital social del CONCESIONARIO, entre los propios socios o accionistas del Concesionario y/o de los socios y/o accionistas a favor de terceros incluyendo las personas jurídicas postoras o los integrantes de los otros consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso.

40. Al respecto consideramos que dicha limitación debe considerar no solamente a las personas jurídicas postoras o los integrantes de los otros consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso, sino también a aquellas



personas jurídicas que hayan participado en cualquier etapa del Concurso ya sea como tales o como integrantes de un Consorcio, para tal efecto sugerimos la siguiente redacción.

**VI. Una limitación a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones representativas del capital social del CONCESIONARIO, entre los propios socios o accionistas del CONCESIONARIO y/o de los socios y/o accionistas a favor de terceros incluyendo las personas jurídicas o consorcios que hayan participado en cualquier etapa del Concurso hasta el segundo año de la Fecha de Inicio de la Explotación, de forma tal que no pueda realizarse ninguno de los actos antes mencionados sin la opinión previa del REGULADOR y la previa autorización del CONCEDENTE.**

#### **IV.13 Plazo (Sección IV: Plazo de la Concesión, página 28)**

41. En la cláusula 4.1 se señala que el plazo de la concesión se inicia a la fecha de suscripción del contrato y culmina a los 15 años de iniciada la explotación. Es decir no se establece contractualmente un plazo fijo el plazo dependerá del tiempo de demore la ejecución de las obras de construcción, lo que depende no solo del Concesionario sino tambien del Concedente en lo relativo a entrega de terrenos para la construcción y aprobación de los estudios respectivos y acreditación por parte del Concesionario de los fondos para la ejecución de al menos los dos primeros hitos constructivos.
42. Esta situación si bien es cierto garantiza al Concesionario un periodo de 15 años para la explotación de la infraestructura, no le garantiza la fecha de inicio de esta explotación, con lo cual el Concesionario podría incurrir en mayores costos, durante el periodo de no explotación. Esta incertidumbre se reflejará en la oferta de los postores, a través de un mayor PAMO.
43. A fin de reducir esta incertidumbre, es necesario que el Concesionario, conozca con anticipación la situación de los terrenos afectados por la carretera a fin de reducir el riesgo generado por este hecho. Los otros motivos de retraso en el inicio de explotación son principalmente responsabilidad del Concesionario, y por tanto el riesgo debe ser asumido por éste.

#### **IV.14 Disposiciones Generales (Sección V: Régimen de Bienes, página 29)**

44. En la última versión del Contrato de Concesión, se han eliminado todas las referencias al procedimiento de entrega de: i) Áreas de Terreno Comprendidas en el Area de Concesión, ii) Bienes muebles e inmuebles. En tal sentido, se estaría eliminando la regulación referida al procedimiento que deberá seguirse en caso el Concedente incumpla con la entrega oportuna de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras.

45. La propuesta implica reconocer que el Concedente estaría entregando todos los terrenos necesarios al momento de la suscripción del Contrato, Toda vez que siempre existe la posibilidad de incumplimiento por parte del Concedente dada la experiencia previa, por lo que recomendamos que se revise esta sección y se regule el procedimiento y los plazos para la entrega de terrenos por parte del Concedente.



**IV.15 Toma de posesión de los Bienes Reversibles (Sección V: Régimen de Bienes, página 29)**

46. En el numeral 5.7, 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.16 Inventarios (Sección V: Régimen de Bienes, página 29)**

47. En el 3er párrafo de la Cláusula 5.10 del Proyecto de Contrato de Concesión, se establece que los inventarios que debe presentar el Concesionario, deberán contar con la aprobación del Concedente, previa opinión el Regulador, confiriéndose a cada uno un plazo de veinte (20) días calendario para emitir su opinión estableciéndose además la aprobación automática en caso el Concedente no emita opinión dentro del plazo otorgado..
48. A nuestro entender el plazo que se otorga a OSITRAN para emitir su opinión respecto a los inventarios de la concesión, resulta corto. Debe tenerse en cuenta que la verificación de inventarios demanda una evaluación detallada y que requerirá la contratación de una empresa especializada, en tal sentido, el proceso de contratación y verificación no podrá darse en un plazo tan reducido como el propuesto, más aún si se toma en consideración que las Contrataciones por parte del Regulador deberán sujetarse a las normas de Contratación de Bienes y Servicios del Estado Peruano. Por tanto, recomendamos que se establezca un plazo mayor, que además deberá ser contado en días hábiles para la administración Pública.
49. En relación al plazo para la emisión de opinión del Concedente, toda vez que OSITRAN entregará una opinión sustentada de manera técnica, consideramos que el plazo debe ser establecido también en días útiles, de lo contrario podría generar en estricto una reducción del plazo, como consecuencia de los feriados laborales que pueda dictar el gobierno durante el periodo de la Concesión.
50. Adicionalmente y teniendo en consideración la importancia del tema, el no pronunciamiento por parte del Concedente no debe significar la aprobación de los inventarios presentados por el Concedente, si no por el contrario deberán considerarse como no aprobados.
51. En virtud de lo dicho anteriormente, proponemos la siguiente redacción para el tercer párrafo de la cláusula 5.10 del Proyecto de Contrato de Concesión:

**"Los inventarios deberán contar con la aprobación del CONCEDENTE previa opinión del REGULADOR, quien tendrá un plazo de treinta (30) Días computados desde la presentación de los inventarios, plazo que podrá ser prorrogado por igual periodo. A su vez, el CONCEDENTE contará con veinte (20) Días computados desde la recepción de la opinión del REGULADOR para emitir su pronunciamiento. De no existir pronunciamiento por parte del CONCEDENTE dentro del plazo establecido, los inventarios se entenderán como no aprobados."**



**IV.17 De las Áreas de Terreno Comprendidas en el Área de la Concesión (Sección V: Régimen de Bienes, página 33)**

52. Las Cláusulas 5.39 a 5.43 regulan las obligaciones e Concedente y del Concesionario respecto de los terrenos comprendidos en el Area de la Concesión. Consideramos necesario que se incorpore un numeral en el que se establezca claramente la obligación del CONCESIONARIO, una vez le sean entregadas las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión, de velar por que éstas no sean invadidas.

**IV.18 Entrega de las Áreas de Terreno Comprendidas en el Área de la Concesión (Sección V: Régimen de Bienes, página 34)**

53. La Cláusula 5.44 señala que las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión le serán entregadas al Concesionario por el Concedente a los noventa (90) Días Calendario, contados a partir de la fecha de aprobaciones por parte del Concedente de los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Sobre el particular, es necesario precisar que para dar inicio a las obras no es necesario que el Concedente entregue el 100% de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión, sólo las áreas que permitan al Concesionario dar inicio a las Obras de Construcción dentro de dicha Área de Concesión.

**IV.19 De los Estudios Definitivos de Ingeniería (Sección VI: Ejecución de Obras, página 37)**

54. En la Cláusula 6.5 se indica la obligación del Concesionario de presentar a consideración del Concedente con copia al Regulador el Proyecto de Ingeniería Definitiva. Al respecto, recomendamos que se señale de forma expresa la obligación del Concesionario de presentar "la totalidad del Proyecto de Ingeniería Definitiva" para ser "aprobado" por el Concedente, manteniendo la obligación de enviar copia al regulador para que emita su opinión previa. Por otra parte, consideramos importante que se precise en esta sección si los Proyectos de Ingeniería de Detalle (PID) incluirán Presupuestos.

55. En caso se incluya la obligación de presentar presupuestos, corresponde que se defina en esta sección si los presupuestos van a ser considerados, a Suma Alzada, o a Precios Unitarios. En caso el presupuesto sea a suma alzada, debe quedar claramente establecido que no se aceptarán bajo ninguna circunstancia variaciones en los montos aprobados.

56. En el caso la ingeniería de detalle sea presentada a Precios Unitarios resulta conveniente que se establezca que las cantidades de obra no podrán ser modificadas. Por otra parte, deberá establecerse la forma en que serán determinados dichos Precios Unitarios, si corresponden a precios de mercado o no, así como los responsables de su aprobación.

57. En virtud de lo dicho anteriormente recomendamos la siguiente redacción para la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión.



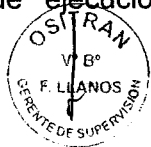
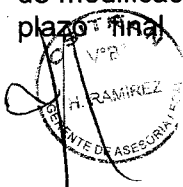
6.5 El Concesionario presentará para la aprobación del Concedente, con copia al Regulador, la totalidad del Proyecto de Ingeniería Definitiva para la Etapa de Ejecución de Obras indicada en la Cláusula 6.1 el cual incluirá el Estudio de Impacto Ambiental indicado en la Cláusula 13.6, a más tardar a los ciento ochenta (180) Días Calendario, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.

Dicho Proyecto de Ingeniería de Detalle, deberá ser presentado en forma de Expediente cuyo contenido deberá incluir entre otros, memoria descriptiva, trazo de la vía, estudios geológicos y geotécnicos, estudios de suelos, hidrología, señalización y seguridad vial, sustento de las explanaciones y estabilidad de taludes, cálculos y diseños estructurales de obras de arte, pontones y/o puentes, planillas de calculo y planillas resúmenes de metrados, planos, listado de subpartidas definidas por el Proyecto de Ingeniería y el Presupuesto a precios de mercado.

Si fuese el caso de Presupuestos a ser ejecutados a Precios Unitarios, los Proyectos de Ingeniería de Detalle deberán contemplar la totalidad de las cantidades de Obra necesarias para la ejecución de las Obras, no existiendo la posibilidad de incrementos en las mismas, salvo en aquellos plazos expresamente establecidos en el presente Contrato debidamente sustentados, en los cuales se verifique que, dichas incrementos no pudieron ser observados y/o predecir durante la elaboración de los Proyectos de Ingeniería en mención.

#### **IV.20 De los Proyectos de Ingeniería (Sección VI: Ejecución de Obras, página 37)**

58. En la Cláusula 6.6 se señala que el Regulador contará con un plazo de siete (07) días para su pronunciamiento sobre la subsanación a las observaciones formuladas al Estudio Definitivo de Ingeniería.
59. Resulta pertinente que se amplíe el plazo con que contará el Regulador para emitir opinión sobre las observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería, a diez (10) días, con lo cual el Concedente también contará con un plazo de diez (10) días para evaluar las subsanaciones presentadas.
60. Es necesario se precise que en el caso de transcurrido el plazo para la subsanación de observaciones, el Concesionario y el Concedente llegan a un acuerdo respecto a las observaciones formuladas al informe final del Estudio Definitivo de Ingeniería, el Concedente aprobará vía Resolución Directoral el Estudio Definitivo de Ingeniería.
61. En esta cláusula, no se establece que ocurrirá en caso el Concedente no se pronuncie en el plazo establecido, recomendamos que se señale que se aplicará silencio administrativo positivo cuando el Regulador hubiese opinado favorablemente respecto de la aprobación del proyecto presentado. En todos los otros supuestos, deberá aplicarse el silencio administrativo negativo.
62. En lo que respecta a la presentación del Estudio de Definitivo de Ingeniería, es necesario se señale que el Concesionario no podrá presentar para aprobación el Proyecto de Ingeniería de Definitiva por sectores dentro de un mismo tramo, ni realizar entregas parciales.
63. En efecto, debe tenerse presente que no es posible realizar la evaluación del proyecto de ingeniería si no se cuenta con Información de sus diferentes aspectos. Así, la definición de un trazo, tiene efectos en el movimiento de tierra a ejecutar, la definición de taludes, las explanaciones en general, el sistema de drenaje, la definición de obras de arte en general, entre otros.
64. De otra parte, en el segundo párrafo de la cláusula 6.7 se señala que las solicitudes de modificación presentadas por el Concedente no darán lugar a la modificación del ~~plazo final~~ de ejecución de Obra o al reconocimiento de compensaciones



adicionales, salvo que las partes lo hubieren convenido, lo cual requerirá la opinión previa del Regulador.

65. El párrafo antes comentado, permitiría modificaciones en la ingeniería definitiva y por tanto variaciones en los niveles de inversión, cuya ejecución será decida básicamente por el Concedente, ya que pese a que se requiere contar con la opinión del Regulador su opinión no es vinculante. En tal sentido, se estaría permitiendo la incorporación de nuevas inversiones que no necesariamente cuenten con la evaluación correspondiente, las cuales el Concedente se comprometería a cancelar bajo la modalidad que acuerde con el Concesionario.
66. Recomendamos acotar esta cláusula a fin de que las modificaciones que puedan realizarse a la Ingeniería definitiva no sólo requieran la opinión del Regulador, sino que esta tenga carácter vinculante, así mismo debería establecerse que las modificaciones deberán ser aceptadas en la medida que impliquen un ahorro o reducción en el presupuesto inicial o que estén debidamente justificadas.

#### **IV.21 Programa de Ejecución de las Obras (Sección VI: Obras de Construcción, página 40)**

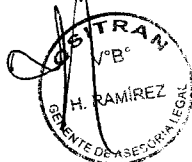
67. La Cláusula 6.13 señala que el Programa de Ejecución de Obras debe ser presentado para conocimiento del REGULADOR y que debe incluir tiempos de ejecución de todas las partidas relativas a la Obra correspondiente para su culminación.
68. Al respecto, el Programa de Ejecución de Obras debe ser aprobado por el Regulador, toda vez que debe verificarse que se incluyan todas las subpartias que cuenten con aprobación por parte del Concedente.

#### **IV.22 Elaboración del Programa de Ejecución de las Obras (Sección VI: Obras de construcción, página 40)**

69. En la Cláusula 6.15 se señala que el Programa de Ejecución de Obras deberá tomar "en cuenta los porcentajes correspondientes y los requerimientos mínimos de avance de obra señalado en el Apéndice I del Anexo II.1 del Contrato".
70. Siendo que para poder aprobar el Programa de Ejecución de Obras (PEO), es necesario que se cuente con la totalidad de las subpartidas que se ejecutarán en una Obra, recomendamos que se incorpore a esta cláusula un segundo párrafo en el que se precise que en el PEO, deberán incluirse las subpartidas y cantidades necesarias para al ejecución de las obras, así mismo, resulta pertinente que la modificación del PEO quede supeditada a la aprobación por parte del Regulador.
71. En virtud de lo dicho anteriormente, recomendamos la siguiente redacción para el segundo párrafo de esta cláusula.

***"El Programa de Ejecución de Obra deberá contemplar todas las subpartidas y cantidades necesarias para la ejecución de las Obras, de los Proyectos de Ingeniería de Detalle aprobados, total o parcialmente y tiene como principal finalidad el control de la ejecución de las Obras, no pudiendo ser modificado sin la previa aprobación del Regulador"***

72. En la cláusula 6.21, se señala que el Concedente será quien conceda las ampliaciones a los Plazos contenidos en el Programa de Ejecución de Obras. Ya



que sería el Regulador quien apruebe el Programa de Ejecución de Obras y sus modificatorias, corresponderá a éste otorgar las ampliaciones de los plazos.

**IV.23 Conservación de Obras Adicionales (Sección VI: Obras de construcción, página 45)**

73. En la cláusula 6.43, 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.
74. 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.
75. 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.24 Compromiso de contratar mano de obra local para la ejecución de Obras (Sección VI: Obras de construcción, página 46)**

76. Por otro lado, en la Cláusula 6.44 se establece que el CONCESIONARIO se compromete a realizar todos sus mejores esfuerzos para que él directamente o a través de él o los constructores, se contrate a personas naturales residentes del área de influencia en tanto se encuentre mano de obra disponible.
77. Sería conveniente que la contratación de personal residente de la zona se especificara la posibilidad de la contratación tanto de mano de obra calificada como no calificada.

**IV.25 Disposiciones aplicables al Ducto (Sección VI: Obras de construcción, página 46)**

78. En la Cláusula 6.45 se establece la obligación del Concesionario de instalar un ducto que deberá ubicarse bajo la sub-rasante de la berma a lo largo de la extensión del Tramo, según lo establecido en el Anexo I del Contrato de Concesión, se indica además que el Concedente determinará el uso y destino del mismo.
79. Toda vez que el Concesionario no va a ser responsable por el mantenimiento ni conservación del ducto, ya que éste podrá ser entregado en concesión a una empresa de servicios por ejemplo, somos de la opinión que lo más acertado sería que éste se coloque fuera de la estructura del pavimento y de las bermas laterales.
80. Adicionalmente, es necesario que se establezca en el Contrato de Concesión, que será de aplicación la Directiva N° 001-2008-MTC/02, aprobada por Resolución Ministerial N° 333-2008-MTC/02 de fecha 17.Abr.08, relativa a normar el diseño y la construcción para la implementación de ductos y cámaras para la instalación de



OSITRAN  
Vº Bº  
K. OCHOA

cables de fibra óptica dentro del Derecho de Vía de las carreteras a ser construidas en el Sistema Nacional de Carreteras.

#### **IV.26 Atención de Emergencia Vial (Sección VII: De la Conservación de las Obras, página 47)**

81. PROINVERSION a fin de garantizar que la oferta de los postores se encuentre acorde con las obras e intervenciones que debe realizar en la Concesión, deberá notificar de forma detallada los riesgos asociados a problemas de tipo geológico, geográfico, climático, entre otros posibles de acaecer.

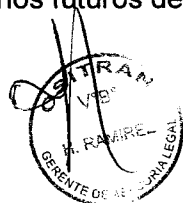
#### **IV.27 Derechos y Reclamos de los Usuarios (Sección VIII: Explotación de la Concesión, página 49)**

82. En la cláusula 8.7 se establece la obligación del Concesionario de abrir un libro de sugerencias y establecer un procedimiento de atención en cada unidad de peaje.
83. Toda vez que el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, contempla el procedimiento a seguir para el registro y atención de los reclamos de los usuarios en las infraestructuras de transporte de uso público, no es necesario regular contractualmente algo que se encuentra ya regulado por un Reglamento de OSITRAN. Razón por la cual recomendamos eliminar esta cláusula.

#### **IV.28 El peaje y la tarifa (Sección IX: Régimen Económico, página 52)**

84. En el último párrafo de la cláusula 9.3, se señala que el Concesionario y el Concedente podrán llegar a un acuerdo para retirar la unidad de peaje o modificar su ubicación, con opinión del Regulador, estableciéndose además que el Concedente asume los costos necesarios.
85. El retiro o la reubicación de la Unidad de Peaje puede implicar un incremento indirecto de la tarifa que pagan los usuarios por kilómetro recorrido. En efecto, aquellos usuarios que transiten por la integridad de los tramos concesionados deberán pagar tantas veces las tarifa como unidades de peaje hubiere. Ello implica en los casos de reubicación una modificación (incremento/disminución) de la contraprestación (tarifa) que pagan los usuarios por el uso de la infraestructura.
86. Partiendo del principio de que toda modificación tarifaria o de condiciones de comercialización de la infraestructura debería ser tratada a través del procedimiento de modificación del contrato de Concesión, consideramos que no resulta pertinente ni deseable la inclusión de esta cláusula.
87. Adicionalmente, debe tomarse en consideración que estas acciones pueden generar menores/mayores ingresos para el Concesionario, así como mayores costos. En tal sentido, el equilibrio económico financiero de la concesión puede verse afectado.

88. Por otro lado, debe tomarse en consideración que la existencia de estas cláusulas incrementa el riesgo del proyecto, y afecta la seguridad jurídica que debe primar en todo contrato de Concesión. Inseguridad jurídica en el sentido que el Concesionario no cuenta con la certeza de cuales serán las reglas de juego que regirán para los años futuros de la Concesión.





89. Finalmente, no debe dejarse de considerar el riesgo regulatorio que con esta disposición se trasladaría a los usuarios de la infraestructura, los cuales no tendrán certeza respecto de los costos de emplear la misma.

#### **IV.29 Otros Ingresos (Sección IX: Régimen Económico, página 53)**

90. En el numeral 9.10 se señala cuáles constituyen ingresos adicionales para el CONCESIONARIO, indicándose que estos se derivan de la explotación de los bienes de la Concesión de forma directa por parte del Concesionario, o a través de empresas vinculadas o terceros.
91. 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.

#### **IV.30 Pagos del CONCESIONARIO por concepto de Supervisión de Obras (Sección IX: Régimen Económico, páginas 53-54)**

92. En la Cláusula 9.10 del Proyecto de Contrato de Concesión se establece la obligación del CONCESIONARIO de asumir los gastos que demande la supervisión de Estudios y Obras durante el periodo de construcción, así como el Seguimiento y Control de Supervisión.
93. Al respecto, lo más conveniente es el Concesionario transfiera a un fideicomiso el monto correspondiente por concepto de supervisión de Estudios y Obras.
94. A nuestro entender toda vez que el PPO se constituye en un ingreso para el Concesionario en contraprestación por los servicios de construcción de infraestructura vial, corresponde al Concesionario facturar conforme a Ley el pago que reciba del Estado (por cada avance de obra), En tal sentido, corresponderá al concesionario pagar al regulador el monto correspondiente a la tasa de regulación. Es decir, durante la etapa de construcción el Regulador tendrá garantizado un ingreso equivalente al 1% del PPO ingreso que permitirá financiar las actividades de seguimiento y control de la construcción de la carratera.
95. En virtud de lo dicho anteriormente, consideramos que no resultan necesario que se establezca una tasa adicional del 0,5% por concepto de Seguimiento y Control de la Supervisión.
96. Por otra parte, reiteramos la recomendación emitida en el informe N° 26-07-GRE-GS-GAL, en el sentido que se precise que en caso el Concesionario ejecute obras adicionales o alternativas, este deberá abonar adicionalmente los porcentajes antes mencionados sobre la base del valor de las obras a realizar.

#### **IV.31 Mecanismo de compensación por actividades de mantenimiento periódico (Sección IX: Régimen Económico, página 56)**

97. En la cláusula 9.13 del Proyecto de Contrato de Concesión se establece el procedimiento a seguir por parte del Concesionario para poder ejecutar las actividades de Mantenimiento Periódico. Así, se establece que a partir del cuarto, noveno y decimo cuarto año las partes evaluarán la necesidad de ejecutar el Mantenimiento Periódico. Para tal efecto, el Concesionario deberá contar con la

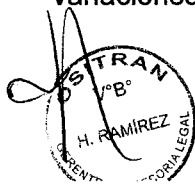
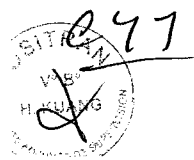


autorización del Concedente para realizar estas actividades. Esta aceptación implicará tanto la aceptación de las labores a realizar así como el presupuesto de éstas.

98. A nuestro entender el supeditar las actividades de Mantenimiento Periódico a la autorización previa del Concedente resulta poco eficiente y condiciona el mantenimiento de la carretera a la decisión de éste. El modelo propuesto en el Contrato de Concesión resulta innecesariamente oneroso para el Estado en la medida que deben destinarse recursos humanos y administrativos en la aprobación de actividades que pueden ser realizadas directamente por el Concesionario y para las cuales no debería contar con aprobación del Concedente. El cumplimiento de las obligaciones contractuales estarían garantizadas a través de la supervisión por parte del Regulador.
99. Debemos señalar que en este proyecto de contrato de Concesión, se establece que en caso el presupuesto de las actividades de mantenimiento periódico supere los fondos destinados para tal fin, sea el Concesionario el responsable por cubrir con sus recursos dicha diferencia. Esta disposición, traslada correctamente al Concesionario el riesgo por las actividades realizadas y se constituye en un incentivo para que el Concesionario ejecute las obras de forma adecuada pues tiene el incentivo a reducir el costo del mantenimiento periódico. De no ser posible para los postores aceptar este riesgo, deberá reducirse el plazo de la concesión a efectos de hacer posible el cálculo de estos costos por los postores, de lo contrario, bajo la fórmula actual se estarían trasladando estos riesgos vinculados a la gestión de la vía al Concedente, lo que dificultaría su adecuada gestión por no ser su actividad usual.
100. No resulta claro si el objetivo de los ITCs es dar cumplimiento a los niveles de servicio individuales o a los niveles de servicio globales establecidos en el Anexo III del Contrato de Concesión o a dar cumplimiento de los niveles de servicio individual de algunos de los parámetros de condición establecidos en el Anexo III.
101. Por otro lado, el Contrato de Concesión establece que las intervenciones del Mantenimiento Periódico son programadas en el tiempo y no de respuesta a una condición dada. Esto podría generar el incumplimiento del Concesionario de los niveles de servicio en la medida que no se ejecuten los trabajos de Mantenimiento Periódico programados.

#### **IV.32 Equilibrio Económico- Financiero (Sección IX: Régimen Económico, página 55 -57)**

102. En el proyecto de Contrato de Concesión se establece un mecanismo de reestablecimiento del equilibrio económico y financiero en caso la concesión se vea afectada debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables y se demuestre la existencia de variaciones en los ingresos, costos o ambos a la vez, sin establecerse de forma expresa la fuente de información a ser utilizada.
103. Respecto a las variaciones mencionadas debemos señalar que al ser esta una concesión cofinanciada, el Concesionario tiene garantizada un nivel de ingresos (PAS) en tal sentido la única variable que podría generar un desequilibrio económico y financiero sería las variaciones en los costos de las obras de construcción o conservación. Por otra parte, el Contrato de Concesión contempla las mecanismos de compensación o ajuste del PAS (PPO y PAMO), en caso de variaciones en los costos de las obras ya sea por variaciones en la fase de



construcción como variaciones en metrados, soluciones técnicas, , nuevas subpartidas (Anexo Anexo II.1, Apéndice IV) así como variaciones en los precios de los insumos de la construcción. En tal sentido, cualquier cambio legal que tenga el efecto de incrementar o reducir los costos de construcción se verá reflejado necesariamente la variación de la variable "Ktramoii". En este sentido, el propio Contrato contempla mecanismos de compensación ante variaciones de los costos.

104. Como se dijo anteriormente, las variaciones en los ingresos no generarían problemas en el equilibrio económico financiero por parte del Concesionario ya que éste tiene garantizado el PAS, el cual está establecido en unidades monetarias. En tal sentido, reducción en la recaudación, sería automáticamente compensada por una mayor contribución por parte del Concedente. Así, únicamente se podría señalar que el efecto en una reducción de los ingresos estaría asociada a la variación en los ingresos adicionales esperados como consecuencia de la participación de utilidades con el Concedente.
105. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la propuesta planteada en el Proyecto del Contrato de Concesión estipula que la variación del Equilibrio Económico Financiero se medirá en función a la variación entre la utilidad obtenida por el Concesionario y la que hubiese obtenido de no haberse generado cambios en las leyes y disposiciones aplicables.
106. La fórmula propuesta en el Contrato de Concesión, como se dijo anteriormente, no resulta adecuada pues las variaciones en las utilidades como consecuencia de cambios en los costos se encontrarían compensadas con las modificaciones del PAS y por tanto se estaría generando una doble compensación al Concesionario. Por otra parte, toda vez que el factor de competencia es el PAS, una compensación automática como consecuencia de variación en las utilidades del Concesionario elimina los incentivos al Concesionario para ser eficiente en su gasto.
107. 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 costos<sup>6</sup> del CONCESIONARIO o un efecto compuesto de los dos anteriores.
108. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que conceptualmente, la variable más apropiada para medir la conservación o ruptura del equilibrio económico de la concesión es la tasa de retorno del proyecto, medida al inicio de la concesión. Un indicador adecuado para medir dicho retorno, puede ser el ROE (return over equity) o retorno de los accionistas de la Concesión, tal como se presentó en versiones anteriores del Contrato.
109. La fórmula propuesta en el Proyecto de Contrato de Concesión, si bien podría facilitar la medición de la ruptura del equilibrio económico financiero, en tanto bastaría con estimar el impacto sobre los costos del concesionario de cambios en el marco legal o reglamentario; abre la posibilidad de que aún en casos en los que se hubiese experimentado incrementos sustanciales en la demanda (pasados, presentes o futuros) que hayan aumentado la rentabilidad esperada del proyecto, el Concesionario pueda invocar una ruptura de equilibrio económico. Ello, entre otros aspectos, generará mayor inseguridad respecto a la continuidad y estabilidad de la concesión.

<sup>6</sup> Costos de operación y administración (COA) y costos de mantenimiento.



110. En virtud de lo dicho anteriormente, recomendamos que se realice una modificación a la fórmula para cuantificar la ruptura del equilibrio económico y financiero.

#### **IV.33 Aprobación de Pólizas de Seguros (Sección XII: Régimen de Seguros, página 60)**

111. En la cláusula 12.1 se establece el procedimiento a seguir por el Concesionario para la aprobación de las pólizas de seguros. En el tercer párrafo del artículo 12.1 se establece que de existir alguna observación por parte del Regulador sobre las pólizas de seguros, éste deberá pronunciarse en un plazo de cinco (05) días siguientes a la subsanación del concesionario.
112. Al respecto, consideramos que dicho plazo es muy corto, por lo que se propone que el mismo sea de por lo menos quince (15) días.

#### **IV.34 Clases de Pólizas de Seguros (Sección XII: Régimen de Seguros, página 62)**

113. Por otra parte, en la cláusula 12.2 se ha incluido una precisión en el sentido de establecerse que el Seguro de Responsabilidad Civil y el Seguro sobre los bienes en Construcción no incluyen los daños ocasionados por el Fenómeno del Niño y que de presentarse este evento, los daños que se generen serán cubiertos por el Fideicomiso de Eventos Catastróficos.
114. Los daños que pudiera generar un Fenómeno del Niño, deben ser cubiertos por la Póliza de Bienes en Operación, que como se dijo anteriormente debe ser tomada por el Concesionario y únicamente aquella parte no cubierta por la póliza debería ser cubierta por el fideicomiso de eventos catastróficos.

#### **IV.35 Eventos Catastróficos (Sección XII: Régimen de Seguros, página 63)**

115. En la cláusula 12.6 del Proyecto de Contrato de Concesión, se señala que en caso se presenten daños sobre los bienes de la Concesión como consecuencia de Eventos Catastróficos, corresponderá al Concedente dar "pronta solución al daño producido".
116. Por otra parte, en el primer párrafo de la cláusula 12.7 (Mecanismo de Declaración de Eventos Catastróficos) se define evento catastrófico como "aquel acto de la naturaleza que produzca un daño o destrucción parcial o total de la infraestructura de la Obra que implique su inutilización o pérdida de funcionalidad, tales como terremotos, inundaciones, lluvias, incendios, explosiones".
117. La definición de eventos catastróficos antes citada a nuestro entender puede resultar restrictiva a ciertos eventos, razón por la cual sería mejor mencionar que se refiere a cualquier hecho de fuerza mayor y/o caso fortuito conforme lo establece el Código Civil.

118. En ese sentido, recomendamos que se incluya en el Contrato una sección especial relativa al tratamiento de eventos de Fuerza Mayor, similar a la contenida en el Contrato de Concesión del Tramo: Ancón – Huacho - Pativilca.



**IV.36 Posibilidad de revisión de los términos de la obligación de contratar seguros (Sección XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario, página 64)**

119. En el literal a) de la cláusula 12.9 se considera como impedimento real de la contratación de los seguros exigidos en el Contrato si el “el precio de la más baja de las primas disponibles en el mercado nacional e internacional, hubiera experimentado, un aumento de valor superior a un treinta por ciento (30%) respecto de la prima pagada por el CONCESIONARIO por el mismo o análogo seguro el año inmediatamente anterior al precedente, o el período anterior si el seguro contratado fuere a plazo superior a un (01) año (...).”
120. Consideramos que no fijar un tope de años para el caso de periodos a que hace referencia esta cláusula podría traer como consecuencia que se consideren periodos de tiempo muy amplios con lo cual el aumento en más de 30% del valor de la prima pagada en el período anterior no se deba al alto costo de las mismas sino a la inflación o al transcurso del tiempo. Recomendamos incluir el tope de 5 años para efecto del cálculo del periodo, lo cual no impide contratar seguros por un número mayor de años; ya que en este caso se tendría que actualizar el precio para realizar una comparación objetiva.

**IV.37 Otras responsabilidades y Obligaciones del CONCESIONARIO (Sección XII: Régimen de Seguros, página 65)**

121. En la cláusula 12.11 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 éstos. En tal sentido, recomendamos se establezca un plazo prudencial para la presentación de dichos certificados.

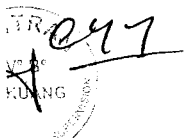
**IV.38 Opiniones previas (Sección XV: Competencias Administrativas, página 74)**

122. El literal c) de la cláusula 15.2 no estipula la posibilidad que el Regulador solicite información adicional de así requerirlo. Por tanto, consideramos se precise que si después del plazo que tiene el concesionario y durante el procedimiento de emisión de su opinión, el REGULADOR advierte la necesidad de contar con información adicional, pueda requerir información al Concesionario o al Concedente, suspendiendo el plazo para tal efecto.
123. Consideramos que se debe precisar la redacción del literal e) de la cláusula 15.2 en el sentido que las solicitudes de emisión de opiniones técnicas mencionadas en el artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN y a las que hace referencia dicho numeral del Contrato de Concesión se refiere a las de renegociación y/o renovación del plazo del Contrato. Para ello proponemos la siguiente redacción:

*“e) De conformidad con el artículo 37 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN vigente, las solicitudes de opiniones técnicas sobre renegociación y/o renovación del plazo de vigencia del Contrato de Concesión que se formulen al REGULADOR se entenderán referidas para cada caso a lo siguiente:*

- Procedencia de la solicitud de conformidad con el Contrato y/o las normas legales vigentes; y/o*
- Análisis de los efectos de la renegociación y/o renovación del plazo de vigencia del Contrato de Concesión, analizando el cumplimiento de las obligaciones del*

**CONCESIONARIO**



124. El segundo párrafo de la cláusula 15.2 señala que “toda opinión o aprobación emitida por el CONCEDENTE o el REGULADOR, al ser comunicada al CONCESIONARIO, deberá ser enviada con copia a la otra entidad, según sea el caso”.
125. Señalamos que esta disposición podría resultar engorrosa al obligar al concedente o al regulador a comunicar todas sus acciones y decisiones al concesionario y a la otra entidad (OSITRAN o MTC, según corresponda), lo cual además de cargar de información a veces innecesaria implica un uso ineficiente de recursos. Por ello proponemos que tal obligación se sujete a que tal opinión o aprobación, surta efecto sobre el regulador o el concedente.
126. La cláusula 15.2 contiene un tratamiento inadecuado de la forma en que la información relacionada con la Concesión debe ser entregada por el Concesionario. El tercer párrafo de esta cláusula establece que el CONCESIONARIO deberá presentar los informes periódicos, estadísticas y cualquier otro dato con relación a sus actividades y operaciones, en las formas y plazos que establezcan el CONCEDENTE y EL REGULADOR en el respectivo requerimiento.
127. Al respecto, debemos señalar que la Ley 26917 establece en su artículo 5º que es OSITRAN el encargado de velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte, no el MTC. Tal como señala la cláusula 15.2, la potestad de requerir información al Concesionario está dirigida a vigilar y hacer valer los términos del Contrato por lo que, otorgar al Concedente dicha potestad contraviene el marco legal, pues éste (el Concedente) no tiene a su cargo la función supervisora, función que recae directamente en OSITRAN.
128. Por esta razón, consideramos que la cláusula debe ser modificada eliminando la obligación de entrega de información del Concesionario al Concedente. Esto no significa que el Concedente no tenga acceso a toda la información relacionada con la concesión, pues el literal j) del artículo 7 de la Ley N°26917 le permiten al MTC solicitar a OSITRAN cualquier información.

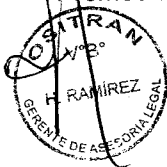
**IV.39 De la potestad sancionadora (Sección XV: Competencias Administrativas, página 75)**

129. El primer párrafo de la cláusula 15.6 se señala que el Concesionario debe proceder al pago de las multas dentro del plazo que establezcan las Leyes y Disposiciones Aplicables. Puesto que las sanciones que impone OSITRAN no se limitan a multas, consideramos que se debe establecer que el Concesionario debe proceder al cumplimiento de “las sanciones que imponga OSITRAN de acuerdo a su marco legal”.

130. El segundo y tercer párrafo de la cláusula bajo comentario señalan:

*“Las disposiciones contempladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del REGULADOR referidas a supuestos previstos en el presente Contrato, primarán sobre éstos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en el referido reglamento.*

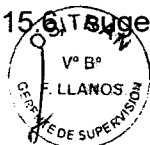
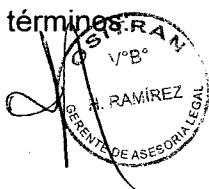
*Las sanciones administrativas diferentes a las reguladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, impuestas entre otras autoridades administrativas, por la Administración Tributaria, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se originen en la ejecución del presente Contrato, se*



*aplicarán al CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento.”*

131. La redacción de ambos párrafos no concuerdan con el marco jurídico vigente, el mismo que concede a las sanciones administrativas y penalidades (contractuales) independencia entre ellas. Por eso bien pueden ser aplicables a un mismo supuesto de incumplimiento tanto las sanciones administrativas establecidas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones como las penalidades. Consideramos que si las partes han pactado un régimen de penalidades, OSITRAN deberá velar por su efectiva aplicación en caso de un incumplimiento del Contrato de Concesión; y esto sin perjuicio de la imposición de las sanciones administrativas.
132. En efecto, el principio “Non bis in idem” no impide que una misma conducta sea sancionada administrativamente (tipificada por norma con rango de Ley de acuerdo al principio de tipicidad) y a la vez configure una penalidad contractual (acordada por las partes en el mismo contrato). Ello porque mientras que la sanción administrativa supone el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y constituye una responsabilidad administrativa; la penalidad contractual es una manifestación de la responsabilidad civil cuyo origen es un acuerdo de partes. Debe tenerse presente que el artículo 232 de la LPAG ha contemplado la posibilidad de que coexistan estas dos figuras.
133. En este sentido, la existencia de penalidades no exonera al concesionario de ser acreedor a Sanciones Administrativas por parte del Regulador. En caso que el Concesionario no se encuentre conforme con la sanción administrativa, podrá recurrir a los mecanismos legales de impugnación de los actos administrativos (Impugnación administrativa o iniciar un Proceso Contencioso Administrativo); cuestión diferente ocurrirá cuando exista desavenencia respecto de una penalidad contractual pues en este caso se acudirá a los mecanismos contractuales de solución de controversias pactados por las partes.
134. Es necesario considerar que es interés de OSITRAN, con el fin de velar por la correcta aplicación de su marco normativo, que el contrato de concesión no contenga “penalidades” por incumplimientos del concesionario respecto al marco normativo regulatorio, lo que será sancionado de acuerdo al reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (RIS).
135. El tercer párrafo de la cláusula citada expresamente excluye la aplicación conjunta de las sanciones administrativas reguladas en el RIS con las penalidades contractuales así como de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento del concesionario. Esto no es jurídicamente posible, puesto que contradice lo dispuesto en la Primera Disposición complementaria del RIS, concordado con el numeral 232.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el sentido que las sanciones e infracciones establecidas en el RIS son de aplicación supletoria a las que expresamente se encuentren previstas en los contratos de concesión y que, sin perjuicio de ello, el régimen de penalidades contractuales no excluye la aplicación del régimen de sanciones. Por el contrario, aceptar la propuesta de redacción presentada en el Contrato de Concesión sería desconocer la función sancionadora de OSITRAN.

136. A efectos de guardar coherencia con la modificación propuesta al segundo párrafo de la Cláusula 15.6, sugerimos modificar el tercer párrafo en los siguientes términos:



*“Las sanciones administrativas impuestas, entre otras autoridades administrativas, por la Administración Tributaria, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán al CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento.*

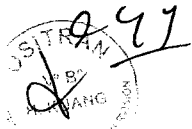
#### **IV.40 Aporte por Regulación (Sección XV: Competencias Administrativas, página 75)**

137. En la cláusula 15.9, se establece que el Regulador se encontrará facultado a cobrar al Concesionario un aporte por Regulación a que se refiere el Artículo 14° de la Ley N° 26917 y 10° de la Ley N° 27332, en los términos y montos que establezcan dichos dispositivos legales.
138. Adicionalmente, toda vez que el Aporte por Regulación tiene como finalidad cubrir los gastos de supervisión y regulación que puedan generarse durante el periodo de plazo de vigencia de la Concesión, consideramos pertinente que se establezca un monto mínimo de pago del Concesionario por este concepto, de manera que se garantice al Regulador, los recursos necesarios para la correcta ejecución de sus funciones, tanto en la etapa de Construcción como en la etapa de operación de la Concesión. Cabe señalar que este concepto ha sido aplicado también en otros contratos de Concesión Co-financiadas como el de los tramos 2, 3 y 4 del Corredor Vial Interoceánico Sur: Perú Brasil, así como en el Contrato de la carretera Empalme 1B – Buenos Aires Canchaque .
139. En el Contrato de Concesión de los Tramos Empalme 1B – Buenos Aires Canchaque, los “Ingresos Asegurados por Supervisión” ascienden a la suma de US\$ 50 mil,. Toda vez que el Tramo Vial Ovalo Chancay/Desvío Variante Pasamayo – Hural Acos, que forma parte también del programa Costa Sierra, tiene similar longitud al Tramo Empalme 1B – Buenos Aires Canchaque, consideramos que el “Ingreso Asegurado por Supervisión” para esta concesión debe ser similar.
140. En tal sentido sugerimos se introduzca el siguiente texto como segundo párrafo de la cláusula 15.9:

***Sin perjuicio de lo señalado, el CONCESIONARIO se encuentra obligado a pagar al REGULADOR de forma anual a partir de la fecha de suscripción del Contrato de Concesión los “Ingresos Asegurados por Supervisión”, el msmo que asciende a la suma de US\$ 50 000 (Cincuenta Mil dólares de los Estados Unidos de América). En caso, el Aporte por Regulación a que se hace referencia en el primer párrafo de la presente cláusula sea menor al monto señalado como “Ingreso Asegurado por Supervisión”, el CONCESIONARIO estará obligado a pagar la diferencia al REGULADOR conforme a las instrucciones que imparta éste.***

#### **IV.41 Término por Incumplimiento del concesionario (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, páginas 77-78)**

141. El último párrafo del numeral 16.4 menciona que en “caso que el CONCEDENTE opte por la terminación del Contrato, conforme a lo señalado en los literales precedentes, el REGULADOR deberá comunicarlo al CONCESIONARIO por escrito con una anticipación de al menos noventa (90) Días Calendario respecto de la fecha de término anticipado prevista”.





142. Al respecto, consideramos que tal redacción discrepa con la normatividad vigente, conforme a la cual, no es al concedente a quien corresponde "optar" por la terminación del Contrato de Concesión por incumplimiento del concesionario; sino que de acuerdo al literal g) del artículo 7.1º de la Ley N° 26917, corresponde a OSITRAN declarar la caducidad de la concesión<sup>7</sup> bajo el procedimiento que para el efecto establezca. Esto también lo reconoce el Reglamento General de OSITRAN<sup>8</sup>. En consecuencia recomendamos omitir este párrafo.

#### **IV.42 Término por Incumplimiento del Concedente (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, páginas 78-79)**

143. El literal d) de la cláusula 16.7 cita como causal de término del Contrato de Concesión el "incumplimiento para aprobar o efectuar observaciones a los Estudios Definitivos de Ingeniería y al Estudio de Impacto Ambiental en los plazos establecidos (...)".

144. Consideramos que esta causal de resolución constituye un riesgo muy elevado para el desarrollo de la Concesión, dadas las dificultades que se han venido observando en las concesiones actuales. En caso se requiera incluirla en este contrato de Concesión como causal, recomendamos al Concedente realizar una oportuna planificación para evitar la resolución del Contrato.

#### **IV.43 Fuerza Mayor o caso fortuito (Sección XVII: Suspensión de las Obligaciones contempladas en el presente contrato, página 82)**

145. El literal c), numeral i) de la cláusula 17.1 cita como causa no imputable de incumplimiento, los casos de fuerza mayor o caso fortuito, señalando que se entienden como tales: "Aquellos paros o huelgas generales de trabajadores, protestas, actos de violencia o de fuerza, o convulsiones sociales realizadas por organizaciones comunales, sociales o políticas, o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente al CONCESIONARIO por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable".

146. Al respecto, consideramos que al haberse citado como causa no imputable los casos de: protestas, actos de violencia o de fuerza, o convulsiones sociales realizadas por organizaciones comunales, sociales o políticas, no habría necesidad de mantener la frase "o manifestaciones públicas de gran envergadura", pues de ser así, sería necesario definir que se entiende por "gran envergadura"; podría ser ámbito nacional, regional, departamental, provincial y/o distrital. Dicha definición, por otro lado, no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Al

<sup>7</sup> "Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia."

<sup>8</sup> "Artículo 43.- Suspensión o Caducidad de la Concesión.

El OSITRAN podrá declarar ante el CONCEDENTE la ocurrencia de una causal de suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en algunas de éstas, que hayan sido establecidas en las normas reglamentarias o en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

(...)"



retirarse dicha frase evitaríamos que una interpretación extensiva de la cláusula establezca que las protestas, actos de violencia o de fuerza, o convulsiones sociales, también debieran ser de "gran envergadura". Finalmente, sería conveniente precisar que las organizaciones a las que se refiere la cláusula también pueden ser organizaciones de "hecho", como es el caso de la propia población que se agrupa y realiza protestas no necesariamente bajo una organización de derecho.

147. En razón a lo citado anteriormente, sugerimos modificar el numeral citado en los siguientes términos:

*"Aquellos paros o huelgas generales de trabajadores, protestas, actos de violencia o de fuerza, o convulsiones sociales, realizadas por organizaciones de hecho y/o de derecho, sean estas, comunales, sociales o políticas, que afecten directamente al CONCESIONARIO por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable".*

#### **IV.44 Fideicomiso de Administración (Sección XX y Apéndice III del Anexo II.2, página 110)**

148. El Proyecto de Contrata establece que el Regulador dispondrá de una plazo de diez (10) días para emitir su opinión al concedente sobre el proyecto de Contrato de Fideicomiso de Administración. Al respecto, y a fin que se cuente con un plazo razonable y suficiente para realizar el análisis del proyecto de Contrato de Fideicomiso, se propone que el mismo sea ampliado a treinta (30) días. Asimismo, para el caso de evaluar las subsanaciones, se propone que el plazo con el que cuenta para emitir pronunciamiento sea de quince (15) días. De esta forma, el el sexto párrafo de la página 110 quede redactado de la siguiente manera:

*"(...) El REGULADOR dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días para emitir su opinión al CONCEDENTE respecto del proyecto de Contrato de Fideicomiso de Administración. Una vez recibida la opinión del REGULADOR, el CONCEDENTE dispondrá de un plazo de diez (10) Días para la aprobación de dicho proyecto. En caso que en dicho plazo el CONCEDENTE formule observaciones al proyecto de Contrato de Fideicomiso de Administración, el CONCESIONARIO deberá subsanarlas en un plazo no mayor de siete (07) Días desde que es notificado, debiendo remitir las subsanaciones al CONCEDENTE con copia al REGULADOR para conocimiento. En este caso el CONCEDENTE dispondrá de un plazo de quince (15) Días para su pronunciamiento. (...)"*

*[el subrayado es nuestro]*

#### **IV.45 Anexo II.1.: CAO (Apéndice I: Mecanismos y Certificación de los Avances de Obra, página 92-95)**

149. En la sección Sección I: Contenido del Programa de Ejecución de Obras (PEO), para la determinación del porcentaje de avance de cada Hito Constructivo es necesario establecer el monto del Programa de Ejecución de Obras (PEO). Para ello es necesario determinar que precios unitarios se utilizarán para valorizar los metrados de los Estudios Definitivos de Ingeniería y qué porcentaje de Gastos Generales y Utilidad se emplearán para la determinación de monto del PEO.

150. Por otra parte en la misma sección, para la valorización de cada partida con relación al Hito Constructivo, falta precisar que se usarán los precios unitarios del Proyecto Referencial para valorizar las partidas consideradas en el Proyecto

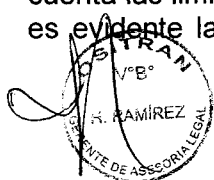
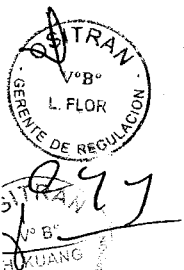


Referencial y el porcentaje de Gastos Generales y Utilidad del Proyecto Referencial.

151. En la sección referida al Procedimiento de emisión de los CAOs, posibilidad de emisión de CAOs por partidas, (punto 2.3, página 93) en el literal b) de la Cláusula 2.3 del Apéndice I reconocer el costo del material en cancha como avance de obras, contraviene lo señalado en el Apéndice II Certificado de Avance de Obra donde se establece que : (...) "El Regulador certifica que las Obras materia del presente CAO han sido ejecutadas de acuerdo con los estándares, parámetros técnicos y socio ambientales que figuran en el Expediente Técnico y en los Estudios definitivos de Ingeniería aprobados por el Concedente" (...)

**IV.46 Anexo II.1: CAO (Apéndice III: Variaciones en los Metrados, Soluciones Técnicas, Partidas no Consideradas en el Proyecto Referencial, Anexo II.1: Mecanismos y Certificación de los Avances de Obra, página 92-95)**

152. Es necesario precisar que los expedientes de variaciones de metrados que se generen en aplicación de las cláusulas 1.2 a 1.7 deberán ser aprobadas por el CONCEDENTE vía Resolución Directoral, con opinión previa del REGULADOR.
153. Con respecto a las Soluciones Técnicas no se precisa si el costo de las mismas será a Suma Alzada o a Precios Unitarios. Independientemente de quien proponga una Solución Técnica, el desarrollo de la ingeniería está a cargo del Concesionario, por lo tanto éste debe hacerse completamente responsable de las futuras variaciones que se presenten y en ningún caso deben generar incrementos en el valor del PPO.
154. En esta sección se regulan tres situaciones que pueden tener lugar durante el periodo de construcción y que afectan el presupuesto de las obras y que generarían modificaciones en el PPO y por tanto en el PAS:
- Variaciones de metrados derivados de diferencias con el Proyecto Referencial
  - Identificación de Soluciones Técnicas
  - Ejecución de Subpartidas no consideradas en el Proyecto Referencial.
155. Permitir variaciones en el PPO como consecuencia de cualquiera de las cuatro situaciones antes citadas, puede generar el riesgo de un incremento en las obligaciones del pago del Concedente y transfiere a éste el riesgo de construcción que debe ser asumido directamente por el Concesionario.
156. Teniendo en cuenta que de acuerdo a lo que se indica en el Anexo I del Proyecto de Contrato de Concesión, el proyecto referencial estaría a nivel de Factibilidad, la posibilidad del incremento del PPO como consecuencia de cualquiera de las tres situaciones antes citadas, resulta bastante elevada. Cabe señalar que de acuerdo al Artículo 56° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 084-5004-PCM) se establece que "el sistema de Suma Alzada sólo es aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas, en las especificaciones técnicas y los términos de referencia (...)"
157. Si bien la Ley de Contrataciones no es aplicable al Contrato de Concesión, el principio establecido permite conocer los riesgos inherentes a la licitación con limitada información técnica sobre el proyecto a ser adjudicado. Y teniendo en cuenta las limitaciones de información técnica y de costos en el nivel de Factibilidad es evidente la existencia del riesgo señalado en el presente proyecto. En efecto



como lo establece los Lineamientos para la Emisión de Opinión al Contrato de Concesión, en concesiones cofinanciadas es deseable contar con estudios definitivos que permitan reducir los riesgos de incremento de costo de inversión. En este caso este riesgo no ha sido mitigado por esta vía.

158. Si bien en el segundo párrafo del numeral 1.8 se establece una acotación al riesgo señalado (15%), resulta conveniente que se minimice este riesgo, y ello solo podrá ser superado en la medida que los estudios con que se entreguen la concesión sean los más cercanos a una ingeniería de detalle.
159. En el numeral 5.2 se establece que los ajustes por variaciones en metrados debe efectuarse al final de la ejecución de las obras, siempre y cuando hayan sido autorizadas por el Regulador y el Concedente.
160. Como se señaló anteriormente, consideramos que toda vez que el Proyecto Referencial se encuentra a nivel de Factibilidad, no resulta conveniente permitir este tipo de ajustes, ya que este mecanismo establece incentivos para que se incrementen los pagos por obra y los consiguientes ajustes del PPO, lo que no deben de exceder en su conjunto el 15% de la inversión proyectada referencial, que como se señala en el punto 206 es una acotación al riesgo.

**IV.47 Anexo II.1: Ajuste del PPO por Variación de Precios (Apéndice IV: Mecanismos de Ajuste del PPO y PAMO, páginas 100-103)**

161. No queda claro en el procedimiento señalado en el Contrato de Concesión cómo se efectuará el ajuste del CAO y del PPO para el último Hito Constructivo, teniendo en cuenta que éste puede estar formado por las valorizaciones de todos los mayores metrados que se hubieran aprobado y ejecutado durante el plazo de ejecución de obras del Proyecto.
162. En la fórmula se define el valor de "i" como el periodo de ajuste por concepto de variación de precios de insumos de la construcción medido al final de cada Hito Constructivo. Es decir, conforme se desarrolla la Obra y se llegan a completar los Hitos Constructivos se ajustan los precios. Para el último Hito Constructivo se va a tener metrados ejecutados en diferentes instantes de tiempo, con lo cual no resulta claro cuál es periodo que se va a considerar para ajuste.

**IV.48 Anexo II.1: Ajuste del PAMO (Apéndice IV: de Ajuste del PPO y PAMO, páginas 103-104)**

163. En el numeral 1.4 del anexo II.1., Apéndice IV se precisan dos tipos de ajustes que podrá hacerse al PAMO:

1. Ajuste al cuarto, octavo y décimo segundo año contados a partir de la fecha de inicio de la explotación.
2. Ajuste anual por inflación y tipo de cambio.

164. Se entiende que el PAMO es el pago que recibe el Concesionario por los servicios de mantenimiento al tramo vial, cuyo principal componente son los costos de la prestación de estos servicios (materiales, mano de obra, entre otros). Toda vez que se tiene previsto un ajuste anual por inflación, las variaciones en los costos de la prestación de este servicio serían ajustados de forma periódica. En tal sentido, resulta innecesario que se realice un ajuste adicional como lo plantea



Handwritten signature and number 247

PROINVERSION en el Proyecto de Contrato de Concesión, aceptar este ajuste implicará una doble compensación para el Concesionario y por tanto un mayor gasto para el Estado Peruano.

#### **IV.49 Sobre el PAS (Anexo II.2 apéndice II, pag 106)**

165. En esta sección se regulan los pagos que recibirá el Concesionario por concepto PAS, que incluye el PPO y PAMO.
166. En primer lugar, observamos que en el Apéndice II del Anexo II.2 se establece una relación directa entre el PPO y el PAMO con los costos de inversión, operación y conservación. Al respecto debemos recordar que el PPO y el PAMO en los contratos de concesiones cofinanciadas son pagos que recibe el Concesionario por la ejecución de las actividades antes citadas. Si bien es cierto con estos pagos se cubren los costos en que incurrirá el Concesionario, en ellos también se encuentra incorporado un margen de ganancia para el Concesionario, por lo que resulta equivocado decir "(...) Los costos de las primeras intervenciones estarán representados a través del PPO y los costos de operación y conservación a través del PAMO".

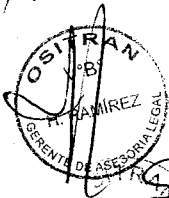
#### **IV.50 Sobre el PPO (Anexo II.2 Apéndice II, pag 106)**

167. En la sección correspondiente al PPO, se señala que el Concesionario tendrá derecho a un pago por concepto de PPO, el que será cancelado por el Fideicomiso de Administración, mediante el reconocimiento de los Avances de obra a través de los CAOs.
168. De acuerdo a lo establecido en el proyecto de Contrato, se infiere que el pago de las obras será directo y no será necesario que el Concesionario adquiera algún financiamiento para la ejecución de las obras, es decir se asemeja a una modalidad de "Obra Pública". En tal sentido, este contrato de Concesión sería un contrato de Obra, con un contrato de operación luego de culminadas las obras. Esta situación no resulta acorde con los objetivos de los Contratos de Concesión que busca por un lado facilitar al Estado la obtención de recursos para la ejecución de las inversiones necesarias en la infraestructura vial. Consideramos que, si el Concedente aprueba esta posibilidad estaría haciendo un uso inadecuado del sistema de concesiones.

### **V. CONCLUSIONES**

169. Los comentarios realizados en las secciones precedentes al Proyecto de Contrato de Concesión se basan, entre otros, en 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.



**VI. RECOMENDACIONES**

170. Someter el presente informe a aprobación del Consejo Directivo con la finalidad de que emita opinión respecto del "Tercer Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión del tramo vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos".

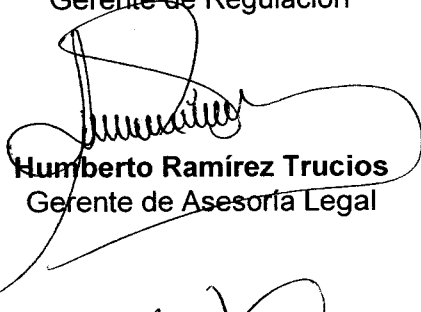
Atentamente,



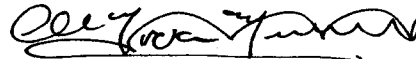
**Lincoln Flor Rojas**  
Gerente de Regulación



**Fernando Llanos Correa**  
Gerente de Supervisión



**Humberto Ramírez Trucios**  
Gerente de Asesoría Legal



**Christy García Godos Naveda**  
Gerente de Regulación Adjunta



**Héctor Kuang Salas**  
Gerente Adjunto de Supervisión

H.R.: 3437  
REG.-SAL.-GRE-7845-08