

Oficio N° 057-08-SCD-OSITRAN

Lima, 20 de junio de 2008

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

Asunto : Opinión Técnica de OSITRAN

Referencia : Oficio N° 51-2008/CPI-PCS/PROINVERSION

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle el Acuerdo N° 1080-276-08-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo, en su Sesión N° 276-2008-CD de fecha 20 de junio de 2008.

Al respecto, remito a usted copia fedateada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 020-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, conteniendo la Opinión sobre el "Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de la Carretera Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, perteneciente al Programa Costa – Sierra", remitido a OSITRAN, mediante el oficio de la referencia.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,



HUMBERTO RAMÍREZ TRUCÍOS
Secretario del Consejo Directivo

Adj. : Lo indicado

GV
REG.SAL.10031-08
MP

1) Opinión sobre el “Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de la Carretera Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, perteneciente al Programa Costa – Sierra”.



Vistos el Informe N° 020-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, así como el Oficio N° 51-2008/CPI-PCS/PROINVERSIÓN de fecha 10 de junio de 2008, mediante el cual, PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN modificaciones al Proyecto del Contrato de Concesión que fueron aprobadas por el Comité de PROINVERSIÓN en Infraestructura y Servicios Públicos; 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° 020-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN que emite opinión respecto a la concordancia existente entre el Proyecto de la versión final del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, remitido por PROINVERSIÓN; y el marco normativo regulatorio a cargo de OSITRAN, remitida por PROINVERSIÓN con fecha 10 de junio de 2008.

b) Los comentarios realizados en el Informe a que se refiere el literal a), 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.

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.



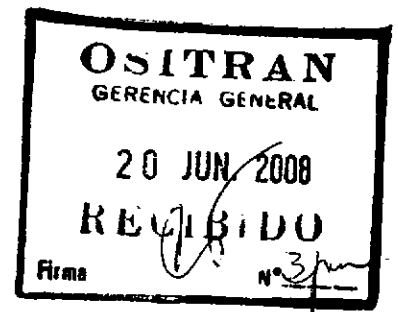
- d) Notificar el Informe N° 020-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a PROINVERSION.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

Certifico que el Texto del Acuerdo N° ~~150-16-08~~ CD-OSITRAN correspondiente a la Sesión de Consejo Directivo N° ~~216-2008~~ CD, de fecha ~~20 Junio~~ del año ~~2008~~, es copia fiel del original que he tenido a la vista.

Fecha: 20 Junio 2008



DRA. RINA VELIZ POSLETE
Fедatario del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura
de Transporte de Uso Público - OSITRAN



INFORME N° 020-08-GRE- GS-GAL-OSITRAN

Para : **Julio Escudero Meza**
Gerente General

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

Christy García Godos Naveda
Gerente Adjunto de Regulación

Fernando Llanos Correa
Gerente de Supervisión

Héctor Kuang Salas
Gerente Adjunto de Supervisión

Humberto Ramírez Trucíos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Opinión sobre el "Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de la Carretera Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, perteneciente al Programa Costa – Sierra."

Fecha : 12 de junio de 2008

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 106/2006/CPI-PCS/PROINVERSION del 07 de junio de 2006, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión para los Tramos Viales Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún del Programa Costa Sierra.
2. Mediante Acuerdo N° 820-213-06-CD-OSITRAN de fecha 10 de julio de 2006, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el informe N° 019-06-GRE-GS-GAL que emite opinión a la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún del Programa Costa Sierra (remitido el 07 de junio de 2006).
3. El viernes 25 de agosto de 2006, PROINVERSIÓN en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 27701 publicó el Acuerdo N° 820-213-06-CD-OSITRAN del Consejo Directivo de OSITRAN y el informe N° 019-06-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
4. Mediante Oficio N° 70/2007/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 16 de abril de 2007, recibido por OSITRAN el 20 de abril de 2007, PROINVERSION remitió a OSITRAN para consulta el Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de las Obras y el mantenimiento de los tramos viales: Nuevo Mocupe – Cayaltí - Oyotún del Programa Costa Sierra.
5. Mediante Acuerdo N° 925-244-07-CD-OSITRAN de fecha 13 de junio de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el informe N° 026-07-GRE-GS-GAL que emite opinión a la versión final del Contrato de Concesión para el Tramo Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún del Programa Costa Sierra (recibida el 20 de abril de 2007).

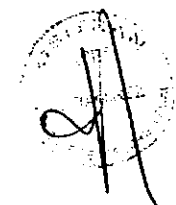


Dicho acuerdo y el informe fueron remitidos a PROINVERSIÓN, mediante Oficio N° 066-07-SCD-OSITRAN de fecha 18 de junio de 2007.

6. El miércoles 25 de julio de 2007, PROINVERSIÓN en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 27701 publicó el Acuerdo N° 925-244-07-CD-OSITRAN del Consejo Directivo de OSITRAN y el informe N° 026-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
7. El 12 de setiembre de 2007, PROINVERSION mediante Oficio N° 131-2007/CPI/PCS/PROINVERSION remitió a OSITRAN la versión final del Contrato de Concesión, que fuera aprobada por el Comité de PROINVERSIÓN con fecha 23 de agosto de 2007. Adicionalmente remitió un cuadro con los comentarios o justificaciones a cada una de las opiniones técnicas planteadas por OSITRAN.
8. Mediante Oficio N° 144/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 15 de octubre de 2007, PROINVERSIÓN solicitó opinión a OSITRAN respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión, que incorpora los comentarios y sugerencias del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y del Ministerio de Economía y Finanzas.
9. Mediante Acuerdo N° 1007-253-07-CD-OSITRAN de fecha 21 de noviembre de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el informe N° 040-07-GRE-GS-GAL que emite opinión a la versión final del Proyecto de Contrato de Concesión de las obras y el Mantenimiento de los tramos viales Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún del Programa Costa Sierra (recibida el 16 de octubre de 2007). Dicho acuerdo y el informe fueron remitidos a PROINVERSIÓN, mediante Oficio N° 096-07-SCD-OSITRAN de fecha 21 de noviembre de 2007.
10. Mediante Oficio N° 9/2008/CPI-PCS/PROINVERSIÓN de fecha 22 de febrero de 2008, PROINVERSION informó a OSITRAN que el Concurso de Concesión fue declarado desierto, al no haberse recibido propuestas de los postores precalificados.
11. Mediante Oficio N° 43/2008/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 30 de mayo de 2008, PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN para opinión la Versión Final del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, Segunda convocatoria.
12. Oficio N° 46/2008/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 03 de junio de 2008, por medio del cual PROINVERSIÓN remite a OSITRAN el Oficio N° 747-2007-EF/10 de fecha 11 de junio de 2007, en el que el Ministerio de Economía y Finanzas comunica que el esquema financiero que debe plantearse para la concesión del Programa Costa Sierra debe ser el de Pagos por avance de obra, y que en tal sentido se incluirán en la partidas presupuestarias del Concedente los montos de inversión que deberán ser cancelados por el Sector según el avance de Obras.
13. Mediante Oficio N° 51-2008/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 10 de junio de 2008, PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN modificaciones al Proyecto del Contrato de Concesión que fueron aprobadas por el Comité de PROINVERSION en Infraestructura y Servicios Públicos.

II. OBJETO

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



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

III. MARCO LEGAL

15. De acuerdo al texto del Artículo 1° de la Ley N° 27701¹, 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.
16. 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.**"*

17. 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.

18. 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.

19. 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.

20. 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 incluira 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]

21. 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 ("incluira") que debe ser cumplido.
22. 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.
23. 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 multidisciplinaria², no existiendo ninguna limitación respecto al alcance de la opinión técnica de OSITRAN, la cual puede o no ser considerada por PROINVERSION.
24. 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

² 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.

25. 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]

26. 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 las correspondientes opiniones.
27. 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

28. Como una cuestión previa al análisis del Proyecto de Contrato de Concesión, materia del presente informe debemos señalar que este proyecto recoge en gran medida los comentarios y sugerencias formuladas por OSITRAN para otros proyectos de Contratos de Concesión.

29. En particular, en el proyecto de Contrato de Concesión materia de evaluación se observa que PROINVERSIÓN ha tomado en consideración los comentarios que se hicieron en el Informe N° 013-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN y que fuera aprobado por acuerdo N° 1062-272-08-CD-OSITRAN, referido al Proyecto de Contrato de Concesión del Tramo Vial Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos.

30. Por otra parte, para elaborar el presente informe se han tomado en consideración los comentarios elaborados por PROINVERSIÓN al Informe N° 013-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que fueron remitidos vía correo electrónico el día 02 de junio de 2008.

31. Un elemento adicional que se debe tener en consideración, es que de acuerdo a lo informado por PROINVERSIÓN, el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Oficio N° 747-2007-EF/10 de fecha 11 de junio de 2007, le comunicó que el esquema financiero que dicha entidad estableció para la concesión para los tramos que forman parte del Programa Costa Sierra, ere el de "Pagos por Avance de Obra" en virtud de lo cual se incluirá en las partidas presupuestarias del Concedente los



montos de inversión, que deberán ser cancelados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones según el Avance de las obras. Cabe señalar, que adicionalmente, en el referido oficio el Ministerio de Economía y Finanzas consideraba que el Factor de Competencia para otorgar en concesión los tramos del Programa Costa – Sierra debía ser “el menor aporte del Estado para la ejecución de las Obras, teniendo como base los índices de Serviciabilidad definidos”.

IV.1 Modelo de Concesión y comentarios preliminares

32. 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.

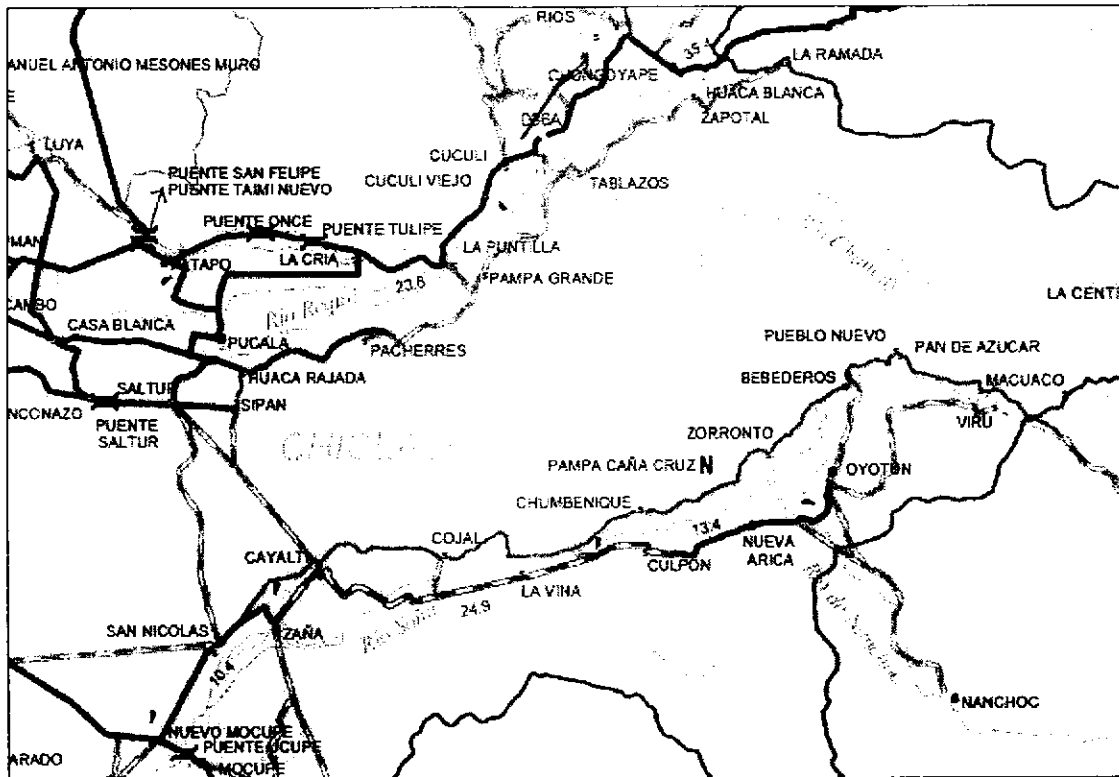
33. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSION contempla las siguientes características:

- 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: No ha sido definida
- Longitud total del tramo vial: : 46,797 Km.
- Tramos viales: Nuevo Mocupe – Zaña (10.700 Km.)
Zaña – Cayaltí (3.450 Km.)
Cayaltí – Oyotún (32.647 km)
- 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: No ha sido definida
- Garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras: No ha sido definida

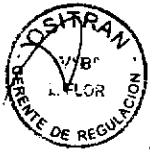


34. En el siguiente mapa se pueden apreciar los tramos a ser concesionados:





35. 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 la 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 concesionario³.
36. OSITRAN asume la supervisión y regulación de las concesiones de los tramos viales nacionales.
37. El Proyecto de Contrato de Concesión elaborado por PROINVERSIÓN 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.
38. 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.
39. 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.



³ Información Portal de PROINVERSIÓN, disponible en: www.proinversion.gob.pe



40. Para el caso del PAMO, de la mencionada cuenta recaudadora se desembolsarán trimestralmente los pagos que deban realizarse en virtud de lo previsto en el Contrato.
41. A continuación, se emitirá opinión sobre algunos de las cláusulas del proyecto de Contrato de Concesión, sobre la base de los siguientes criterios⁴:
- 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.

IV.2 Area de la Concesión (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 9)

42. De acuerdo con la definición señalada en el Contrato de Concesión el Área de la Concesión podría ser igual al Área del Derecho de Vía en un futuro, luego de que el Concedente entregue la totalidad de los terrenos. En tal sentido, debe explicitarse que conforme se vayan incorporando nuevas áreas, éstas deberán cumplir con los niveles de servicio de los parámetros de condición establecidos en el Anexo III del presente contrato, con cargo al PAMO ofertado, y que no corresponderá ajuste alguno por el mantenimiento de los nuevos terrenos incorporados...

IV.3 Emergencia Vial Extraordinaria (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 13)

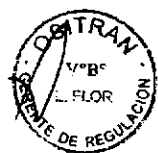
43. En esta nueva versión del Contrato de Concesión se han introducido las definiciones de Emergencia Vial y Emergencia Vial Extraordinaria. En esta última definición se incluyen situaciones originadas por fenómenos naturales así como *"otros factores contemplados y tipificados como caso fortuito, diferentes al normal uso de la infraestructura, así como ocasionados por igual o más de 920 m3 de derrumbes"*
44. A fin de otorgar garantías al concesionario, consideramos que resultará conveniente que se definan qué factores son tipificados como caso fortuito.

45. Por otra parte, entendemos que estas situaciones serán cubiertas en primer lugar por el seguro de operación, en caso este hubiese sido tomado por el Concedente, caso contrario los recursos del Fideicomiso de Administración (Cuenta de Emergencia Vial Extraordinaria) serían direccionados para atender esa Emergencia Vial Extraordinaria. Es decir se estaría fijando un orden de prelación para cubrir esta emergencia. Adicionalmente, recomendamos que se establezca claramente que en caso los fondos del seguro no sean suficientes para cubrir la emergencia, podrán destinarse los recursos del Fideicomiso.

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

46. 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

⁴Según las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701 y Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN.



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.5 Transitabilidad (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 20)

47. 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 para camiones de 2 ejes será de 20 km/hora.

IV.6 Inventarios (Sección V: Régimen de Bienes, página 29)

48. La nueva versión del Contrato de Concesión, recoge parte de la recomendación que OSITRAN realizara en el informe N° 013-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN que contiene la opinión de OSITRAN respecto del Contrato de Concesión del Tramo Ovalo Chancay/Desvio variante Pasamayo – Huaral –Acos en relación al tercer párrafo de las cláusula 5.10. Sin embargo, no se ha considerado la prórroga planteada para la opinión de OSITRAN y se mantiene la figura de aprobación automática en caso el Concedente no se pronuncie en los plazos previstos.
49. Asimismo, 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. En tal sentido recomendamos se modifique la sección pertinente.
50. 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.7 De los Estudios Definitivos de Ingeniería (Sección VI: Ejecución de Obras, página 36)

51. 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.
52. 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.

53. 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 (150) 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 casos 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.8 De los Proyectos de Ingeniería (Sección VI: Ejecución de Obras, página 37)

54. En la cláusula 6.6, 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 el Estudio Definitivo de Ingeniería.
55. 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.
56. 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.

IV.9 Servicios Obligatorios (Sección VIII: Explotación de la Concesión, página 50)

57. En la cláusula 8.10, literal d), se establece, como un servicio obligatoria a ser prestado por el Concesionario el "Apoyo Policial". Consideramos que debe precisarse en qué consiste dicha obligación a efectos de que su cumplimiento pueda ser supervisado adecuadamente.

IV.10 El peaje y la tarifa (Sección IX: Régimen Económico, página 52)

58. 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.

59. 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 la 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.
60. 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.
61. Adicionalmente, debe tomarse en consideración que estas acciones pueden generar una menor o mayor recaudación por el Concesionario y por tanto un mayor o menor cofinanciamiento para el Concedente, además de los mayores costos. En tal sentido, el equilibrio económico financiero de la concesión puede verse afectado.
62. 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.
63. 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.11 Mecanismo de compensación por actividades de mantenimiento periódico (Sección IX: Régimen Económico, página 56)

64. 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 décimo 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.
65. 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.
66. 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.

67. No resulta claro si el objetivo de los ITCs (Informes Técnicos de Concesión) 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.
68. 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.12 Equilibrio Económico- Financiero (Sección IX: Régimen Económico, páginas 55 -57)

69. 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.
70. 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 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 "Ktramoi". En este sentido, el propio Contrato contempla mecanismos de compensación ante variaciones de los costos.
71. Como se dijo anteriormente, las variaciones en los ingresos (recaudación de peaje) 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.



72. 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.
73. 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.
74. 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.
75. 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.
76. En virtud de lo dicho anteriormente, recomendamos que se realice una modificación a la fórmula para cuantificar la ruptura del equilibrio económico y financiero.

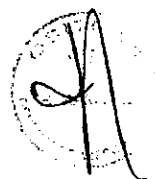
IV.13 Clases de Pólizas de Seguros (Sección XII: Régimen de Seguros, página 62)

77. 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.
78. 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.14 Eventos Catastróficos (Sección XII: Régimen de Seguros, página 63)

79. 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".
80. 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 extraordinarias medidas en un periodo de 10 años, incendios, explosiones”.

81. 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.
82. 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.15 Posibilidad de revisión de los términos de la obligación de contratar seguros (Sección XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario, página 64)

83. 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 (...).”
84. 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.16 Opiniones previas (Sección XV: Competencias Administrativas, página 74)

85. 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.
86. 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."

87. 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".
88. 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.
89. 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.
90. 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.
91. 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 NC 26917 le permiten al MTC solicitar a OSITRAN cualquier información.



IV.17 De la potestad sancionadora (Sección XV: Competencias Administrativas, página 75)

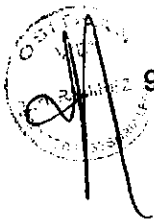
92. El primer párrafo de la cláusula 15.6 se señala que el Concesionario debe proceder al pago de las multas dentro del plazo que establezcan las Leyes y Disposiciones Aplicables. Puesto que las sanciones que impone OSITRAN no se limitan a multas, consideramos que se debe establecer que el Concesionario debe proceder al cumplimiento de "las sanciones que imponga OSITRAN de acuerdo a su marco legal".
93. 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."

94. 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.
95. 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.
96. 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.
97. 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).
98. 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.

IV.18 Aporte por Regulación (Sección XV: Competencias Administrativas, página 75)

99. 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.
100. 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 anual 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, y Tramo Vial Ovalo Chancay/Desvío Variante Pasamayo – Hural Acos.
101. Tomando en consideración únicamente los gastos de supervisión de operación para el tramo a ser concesionado, se estima que el Ingreso Mínimo Anual Asegurado, no debería ser menor a US\$ 35 000.

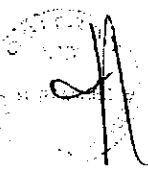
| Presupuesto Anual para la Supervisión de la Concesión Nuevo Mocupe - Cayalti - Oytún | | | | | | |
|--|-----------------------|-----|----------|-------|----------------|-----------|
| Item | Descripción * | Und | Cantidad | Anual | Precio | Sub Total |
| Profesional | | | | | | |
| 1 | Profesional | per | 0.33 | 12 | 10,000.00 | 39,600.00 |
| 2 | Viáticos | num | 1 | 6 | 200.00 | 2,400.00 |
| 2 | Pasajes | num | 1 | 6 | 250.00 | 3,000.00 |
| Medición de Parámetros | | | | | | |
| 1 | Inspección Visual | km | 47 | 2 | 150.00 | 14,100.00 |
| 1 | Medición de IRI | km | 47 | 1 | 300.00 | 14,100.00 |
| 1 | Medición de deflexión | km | 47 | 1 | 450.00 | 21,150.00 |
| Contingencias | | | | | 5% | 4,717.50 |
| | | | | | Total S/. | 99,067.50 |
| | | | | | Total US \$ ** | 35,381.25 |

* Se incluye impuestos

** Tipo de Cambio S/. 2.80

102. 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 mismo que asciende a la suma de US\$ 35 000 (Treinta y Cinco 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.19 Término por Incumplimiento del concesionario (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, páginas 77-78)

103. 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".
104. 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 7.1° de la Ley N° 26917, corresponde a OSITRAN declarar la caducidad de la concesión⁵ bajo el procedimiento que para el efecto establezca. Esto también lo reconoce el Reglamento General de OSITRAN⁶. En consecuencia recomendamos omitir este párrafo.

IV.20 Anexo II.1: CAO (Apéndice I: Mecanismos y Certificación de los Avances de Obra, páginas 92-95)

105. En la 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.
106. 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.
107. 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

⁵ 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."

⁶ 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 pertinentes o en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.
(...)."



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.21 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 97-99)

108. 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.
109. 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.
110. No está claro que precios unitarios utilizar cuando exista obras adicionales y si éstos necesariamente incurren en mayores gastos generales y utilidad, en todo caso debería darse igual tratamiento que una obra pública.
111. Permitir variaciones en el PPO como consecuencia de cualquiera de las tres 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.
112. 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 (...)"
113. Si bien la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado 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.



114. En el numeral 1.8 del apéndice comentado se establece una acotación a la variación entre el ajuste que podría tener el PPO como consecuencia de las variaciones de metrados que puedan surgir entre el EDI y la obra final. Así se señala que si las variaciones superan el 15% del monto determinado en el EDI, el Concesionario deberá asumir dicha diferencia.
115. Con la acotación antes mencionada, se estaría cubriendo de forma parcial el riesgo por variaciones de metrados entre el proyecto referencial y lo realmente ejecutado, quedando en manos del Concedente asumir el riesgo por variaciones de metrados entre el Proyecto Referencial y el EDI. Consideramos 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.
116. 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.
117. 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.

IV.22 Anexo II.1: Ajuste del PPO por Variación de Precios (Apéndice IV: Mecanismos de Ajuste del PPO y PAMO, páginas 100-104)

118. 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.
119. 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.23 Anexo III: Anexo Técnico (Sección III: Alcances del Proyecto de Concesión, páginas 127)

120. En el numeral 3.5 Otros servicios a brindar por el Concesionario se debe precisar en que medio de transporte o con que recursos debe el Concesionario atender las emergencias y accidentes en primeros auxilios y traslado de personas al centro médico más cercano.

IV.24 Sobre el PPO (Anexo II.2 Apéndice II, página 106)

121. 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.



122. 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".
123. De acuerdo a lo comunicado por PROINVERSION, mediante Oficio N° 46/2008/CPI-PCS/PROINVERSION de fecha 03 de junio de 2008, el Ministerio de Economía y Finanzas ha definido el esquema financiero a aplicarse para la concesión de los tramos del Programa Costa – Sierra. Dicho esquema corresponde al Pago por avance de obra, lo que implica la inclusión de los montos de inversión en las partidas presupuestarias del Concedente, debiendo ser cancelados según el avance de Obras. Esto fue comunicado por el Ministerio de Economía y Finanzas a PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 747-2007-EF/10 de fecha 11 de junio de 2007.

IV.25 Sobre el Informe de los Flujos Vehiculares (Anexo XII, página 267)

124. En el punto 2 del Anexo XII se establece que la información y periodicidad del informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.
125. Al respecto cabe mencionar que es OSITRAN quien establece los criterios de la contratación del Auditor y también es quien establece el contenido y periodicidad de la misma, que depende de la necesidad y oportunidad de la misma.
126. En virtud de lo dicho anteriormente, proponemos la siguiente redacción para el punto 2 del Anexo XII del Proyecto de Contrato de Concesión:

"2.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR un informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, cuya información y periodicidad se deberá ceñir a las instrucciones que imparta OSITRAN, o supletoriamente a lo que establece el Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya."

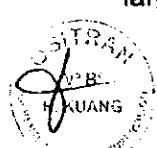


127. CONCLUSIONES

128. 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.

[Handwritten signature]



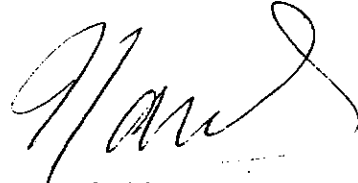
129. **RECOMENDACIONES**

130. Someter el presente informe a aprobación del Consejo Directivo con la finalidad de que emita opinión respecto del "Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayalti – Oyotún".

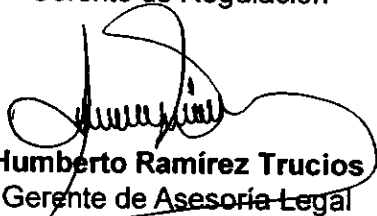
Atentamente,



Lincoln Flor Rojas
Gerente de Regulación



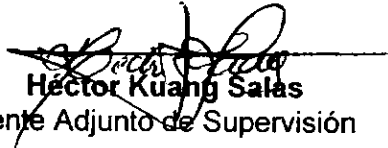
Fernando Llanos Correa
Gerente de Supervisión



Humberto Ramírez Trucios
Gerente de Asesoría Legal



Christy García Godos Naveda
Gerente Adjunto de Regulación



Héctor Kuang Salas
Gerente Adjunto de Supervisión

REG.-SAL.-GRE-9436
MP: 3437