



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

San Isidro, 07 de agosto de 2013

OFICIO N° 027-13-SCD-OSITRAN

Señor
JAVIER ILLESCAS
Director Ejecutivo
PROINVERSIÓN
Av. Enrique Canaval Moreyra N° 150, Piso 9
San Isidro



Asunto : Opinión a la versión final del Contrato de Concesión (al 17.07.13) de la Carretera Longitudinal de la Sierra – Tramo 2: Ciudad de Dios – Cajamarca – Chiple, Cajamarca – Trujillo y Dv. Chilete – Em. PE-3N

Referencia : Oficio N° 210-2013/PROINVERSIÓN/DE

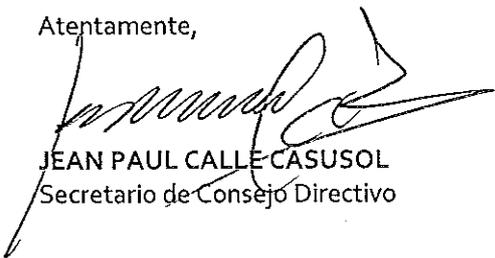
De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle que en Sesión Ordinaria de Consejo Directivo N° 468-13-CD-OSITRAN, de fecha 07 de agosto de 2013, el Consejo Directivo de OSITRAN, adoptó el Acuerdo N° 1606-468-13-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el informe N° 030-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN el cual emite opinión respecto al asunto de la referencia.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como también copia del Informe N° 030-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, para su conocimiento.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario de Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 21823-13
HR. 19995-13



OSITRAN

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

POSICION INSTITUCIONAL RESPECTO DE LA VERSION FINAL DEL CONTRATO DE
CONCESIÓN DE LA CARRETERA LONGITUDINAL DE LA SIERRA – TRAMO 2

ACUERDO N° 1606-468-13-CD-OSITRAN
de fecha 07 de agosto de 2013

Vistos, el Oficio N°2010-2013/PROINVERSION/DE remitido por Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN con fecha 17 de julio de 2013 Informe N° 030-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión, y de Asesoría Legal, el Consejo Directivo, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 27838, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe N° 030-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y de Asesoría Legal, en el que se emite opinión técnica sobre la versión final del Contrato de Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios – Cajamarca – Chiple – Cajamarca – Trujillo y Dv. Chilete –Emp. PE-3N remitido por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN.
- b) Notificar el informe aprobado en el literal anterior a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario de Consejo Directivo
OSITRAN



OSITRAN

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



INFORME N° 030-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Para : WILLIAM BRYSON BUTRICA
Gerente General (e)

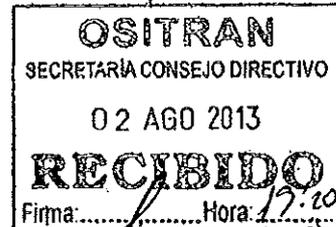
De : MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Opinión sobre la "Versión Final del Contrato de Concesión" (al 17.07.2013) de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N.

Fecha : 02 de agosto de 2013



I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión" (al 17.07.2013) de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N, remitido por PROINVERSION.

II. ANTECEDENTE

2. Mediante Oficio N° 210-2013/PROINVERSION/DE, de fecha 17 de julio de 2013, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión favorable sobre la "Versión Final del Contrato de Concesión" (al 17.07.2013) de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N.

III. MARCO LEGAL

3. La competencia de un órgano administrativo comprende la esfera de atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a una entidad; por ende, contiene el conjunto de funciones y facultades que pueden ser ejercidas por la Administración. Así, de acuerdo al artículo 61° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la Ley, y es reglamentada por las normas que de aquella se derivan.

El artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley de Creación de OSITRAN), establece que la misión de este Organismo 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.



5. Para tal efecto, el artículo 6° de la citada norma, concordado con el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión privada en Servicios Públicos (en adelante la Ley Marco de los Organismos Reguladores) prevé que este tipo de entidades ejercen las funciones: a) Normativa, b) Reguladora, c) Supervisora, d) Fiscalizadora y Sancionadora, e) Solución de Controversias.
6. El numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, dispone de modo expreso que dichas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos; por tal motivo, el alcance de las mismas no puede verse limitado por normas de distinta naturaleza, así como tampoco por un contrato de concesión.
7. El 13 de mayo de 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante, Ley Marco de APP's).
8. El numeral 9.3 del Artículo 9° de la Ley Marco de APP's, establece que el diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia; agregando que si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, establece que se requerirá la opinión del Organismo Regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo, añadiendo que los informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales.
9. En ese mismo sentido, el numeral 9.5 establece que las modificaciones que se produzcan a la Versión Final del Contrato de Asociación Público-Privada, que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto de inversión, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles respecto a las materias de su competencia, destacando que si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Del mismo modo, la norma establece que se requerirá la opinión del Organismo Regulador, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo; precisándose que los criterios operativos requeridos para su implementación serán establecidos en el Reglamento.
10. El 9 de diciembre de 2008, se publicó el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 (en adelante, Reglamento de la Ley Marco de APP's). El artículo 11° del referido dispositivo reglamentario establece que la Opinión del Regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la Ley Marco de APP's, se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.
11. Con relación a lo anterior, es necesario apuntar que la opinión técnica de OSITRAN sobre nuevos contratos de concesión, forma parte de la función supervisora de este Organismo Regulador comprendida en la Ley Marco de APP's y la Ley de Creación de OSITRAN; precisándose además que de acuerdo al artículo 37¹ del Reglamento General de OSITRAN²,



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

la aludida opinión técnica, debe incluir las materias referidas al régimen tarifario del Contrato, condiciones de competencia y de acceso a la infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN.

12. La referida disposición normativa precisa el alcance de lo dispuesto en la Ley 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria; constituyendo un mecanismo de control de los aspectos regulatorios aplicables sobre el contenido de los procesos de concesión de infraestructura de transporte de uso público implementados por PROINVERSION, para cautelar el respeto al régimen regulatorio establecido.
13. En ese orden normativo, la naturaleza operativa de la restricción establecida en el Reglamento de la Ley de APP, respecto de la opinión que solicita PROINVERSION al Regulador sobre los temas tarifarios, facilidades esenciales y calidad del servicio, no limita o recorta el alcance –fuera de la esfera de la opinión favorable requerida- del pronunciamiento del Regulador sobre las demás materias de competencia de OSITRAN, que no han sido modificadas o eliminadas por sus respectivas leyes ni reglamentos-.

IV. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

14. De conformidad con el marco legal expuesto en el acápite previo, la emisión de la opinión técnica de este Organismo Regulador respecto de la última versión del contrato de concesión remitido por PROINVERSIÓN, se circunscribirá a las materias regulatorias de competencia de OSITRAN.
15. En ese contexto, y atendiendo a que el título habilitante de la concesión es de naturaleza unitaria y responde a una causa única; encontrándose así, vinculados los aspectos regulatorios de competencia de OSITRAN, a los temas tarifarios, de facilidades esenciales y calidad del servicio, el presente informe técnico contendrá -en lo que corresponda- el análisis y comentarios sobre dichos temas, y sobre las demás materias regulatorias de competencia de OSITRAN, a efectos que PROINVERSION los tenga en consideración para una mejor aplicación del contrato de concesión, observando el régimen regulatorio establecido.

V. ANÁLISIS

16. El análisis desarrollado en la presente sección se ha realizado tomando en consideración la siguiente información, remitida por PROINVERSION mediante Oficio N° 210-2013/PROINVERSIÓN/DE:
 - "La Versión Final del Contrato de Concesión" (al 17.07.2013) de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N (en adelante, el Proyecto de Contrato);
 - el Modelo Económico Financiero; y,

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

(...)

Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM



- el Informe sobre "Identificación, análisis y asignación de riesgos".
17. Asimismo, se ha considerado las Bases y la información pública disponible contenida en el Portal Institucional de PROINVERSIÓN (www.proinversion.gob.pe) a la fecha de elaboración del presente Informe.
 18. Cabe destacar que a la fecha de emisión del presente informe, no se cuenta con información referida al Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Ejecución de la Rehabilitación y Mantenimiento, aspecto que se considera necesario para la determinación de la Versión Final de contrato de concesión a que alude la Ley Marco de APPs.

V.1. Principales características de la Concesión

19. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSIÓN contempla las siguientes características:

Modalidad	: Concesión cofinanciada.
Actividades de la Concesión	: Rehabilitación y Mejoramiento, Mantenimiento Periódico Inicial, Operación y Conservación de los Sub Tramos de la Concesión, comprendiendo la prestación de los servicios establecidos en el Contrato de Concesión.
Plazo de la Concesión	: Veinticinco (25) años, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.
Inversión proyectada referencial	: USD 609 430 662 ³
Longitud total del tramo vial	: 875,1 km
Sub tramos viales	: Dieciocho (18), comprendidos en cuatro (04) rutas.
Factor de competencia	: Menor monto por Pago por Rehabilitación y Mejoramiento (PRM), Pago Anual por Mantenimiento Periódico Inicial (PAMPI), y Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO).
Ingresos del Concesionario	: El pago de los conceptos de PRM, PAMPI y PAMO se financia con el Cofinanciamiento ⁴ del Concedente y con la recaudación de peajes, descontado la provisión de Emergencias Viales.

20. El siguiente mapa muestra el tramo a ser concesionado.



³ De acuerdo con el Modelo Económico Financiero, remitido por PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 210-2013/PROINVERSIÓN/DE.

⁴ De acuerdo con el Apéndice 3 del Anexo XI:
Cofinanciamiento anual = PRM + PAMPI + PAMO -- (Recaudación de Peaje – Provisión de Emergencia Vial).

MAPA N° 1: Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2



Fuente: PROINVERSIÓN

21. Visto lo anterior, a continuación, se emitirá opinión sobre esta versión del Contrato de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N, teniendo en consideración los siguientes criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701 y el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, y en los Lineamientos para la Emisión de Opinión de los Proyectos de Contratos de Concesión:



- Mantener 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;
- Preservar la continuidad y sostenibilidad del servicio público y de la Concesión, a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión; y,
- Respetar las funciones, competencias y roles asignados en el marco institucional a las diversas entidades del Estado.

22. Los temas materia de análisis seguirán el orden establecido en el Artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de APPs, y la normatividad vigente expuesta en el presente informe.

V.2. Temas tarifarios: El Peaje y la Tarifa⁵

V.2.1 De las unidades de peaje, Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa

23. El literal b) de la Cláusula 9.1 establece las unidades de peaje nuevas a ser construidas por el Concesionario, mostrando sus respectivas ubicaciones de acuerdo al cuadro que se muestra continuación.



Peaje + IGV = Tarifa.

DENOMINACIÓN	RUTA	SUB TRAMO	UBICACIÓN
Yamobamba	PE-3N	Huamachuco – Dv. Callacuyan	Km 1 083.000
El Huayo	PE-3N	Dv. Yanacocha – Cajamarca	Km 1 183.000
Pampagrande	PE-08	Dv. Chilite – Cajamarca	Km 104.500
San Bernardino	PE-08A	Dv. Chilite – Emp. PE-3N	Km 10.748
Porcon Bajo	PE-3N	Cajamarca – Km 1 269	Km 1 283.000
Bambamarca	PE-3N	Cochabamba – Chota	Km 1 383.000
Dv. Socota	PE-3N	Cutervo – Chiple	Km 1 483.000

24. Cabe señalar que el segundo párrafo del referido literal señala que la ubicación exacta de las nuevas unidades de peaje serán coordinadas con el Concedente. Asimismo, el párrafo siguiente establece que, posteriormente, el Concesionario y el Concedente podrán llegar a un acuerdo para modificar la ubicación de las unidades de peaje, previa opinión del Regulador.
25. Con relación a las unidades de peaje, es importante tener presente que la reubicación de las mismas, en caso ello sea necesario, debe realizarse lo más cerca posible de la ubicación contenida en el Cuadro antes presentado, con la finalidad de evitar:
- que la Tarifa que pagan los usuarios por kilómetro recorrido se modifique de manera indirecta.
 - que la recaudación por peaje, y por tanto el cofinanciamiento, se vean alterados, lo que cual podría alterar el equilibrio económico-financiero del Contrato.
26. Asimismo, la reubicación de las unidades de peaje debe respetar una distancia promedio de 100 km entre las unidades de peaje, con un mínimo de 80 km y un máximo de 120 km, a fin de mantener concordancia con lo señalado por el Concedente en diversos Informes⁶.

V.2.2 Del Tipo de Cambio, Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa

27. Con relación al cobro de Peaje en las unidades de peaje nuevas y existentes, el literal c) de la Cláusula 9.4 establece lo siguiente:

"c) A partir de la recepción de las obras a cargo del CONCEDENTE y/o aceptación de la Rehabilitación y Mejoramiento y/o Mantenimiento Periódico Inicial, habiendo dado cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Cláusula 8.12 (los servicios obligatorios a ser implementados o proporcionados por el Concesionario) y en el literal a) de la Cláusula 9.4 (publicación del tarifario), el Concesionario deberá cobrar en las unidades de peaje nuevas y existentes un Peaje de USD 1,50 más IGV, por sentido de desplazamiento."

[El subrayado es nuestro]

28. Asimismo, los literales d) y e) de la Cláusula 9.4 señalan las reglas de redondeo que el Concesionario deberá aplicar para calcular el monto final a pagar por el Usuario, indicando que dicho monto se encuentra en Nuevos Soles; sin embargo, el Proyecto de Contrato no precisa la fecha del Tipo de Cambio que deberá emplearse para realizar la conversión de Dólares a Nuevos Soles. Atendiendo dicha omisión, se propone incluir el siguiente párrafo al literal c) de la Cláusula 9.4:

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



"c) (...)

Todas las Tarifas serán cobradas en Nuevos Soles, para lo cual se utilizará el Tipo de Cambio que corresponda al último día hábil del mes anterior a la entrada en vigencia de la nueva Tarifa."

V.2.3 Del reajuste del Peaje, Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa

29. El literal a) de la Cláusula 9.5 establece el método de ajuste del Peaje en los siguientes términos:

"9.5 Todos los Peajes serán reajustados en forma ordinaria por el CONCESIONARIO, a partir del 10 de enero del Año Calendario subsiguiente al mes calendario de la aceptación de la totalidad de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial. (...)

a) En las unidades de peaje donde su base tarifaria sea de Un y 50/100 Dólares Americanos (US\$ 1.50):

$$\text{Peaje}_i = \left[(\text{US\$}1,50 * 50\%) \times \left(\frac{\text{CPI}_i}{\text{CPI}_0} \right) \times \text{TC}_i \right] + \left[(\text{US\$}1,50 * 50\%) \times \left(\frac{\text{IPC}_i}{\text{IPC}_0} \right) \times \text{TC}_0 \right]$$

Donde:

Peaje: Es el monto a cobrar en Nuevos Soles reajustado como resultado de aplicar la expresión anterior. Este no incluye el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro tributo aplicable.

Sea i el último día hábil del mes anterior inmediato al 10 de enero del Año Calendario en que se realiza el reajuste tarifario o el dato más próximo del cual se dispone información de los índices CPI e IPC.

CPI: Es el Índice de Precios al Consumidor (Consumer Price Index) de los Estados Unidos de América, publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales (The Bureau of Labour Statistics).

CPI_i: Registro de éste índice disponible al día i.

CPI₀: Índice base registrado en el Día Calendario de la recepción de la totalidad de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial

IPC: Es el Índice de Precios al Consumidor Mensual de Lima Metropolitana, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

IPC_i: Registro de este índice disponible al día i.

IPC₀: Índice base registrado en el Día Calendario de la recepción de la totalidad de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial.

TC: Es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula 1.10.86 del Contrato.

TC_i: Registro del Tipo de Cambio correspondiente al día i.



TC₆: Registro del Tipo de Cambio correspondiente al Día Calendario de la recepción de la totalidad de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial

[El subrayado es nuestro]

30. Con respecto a las definiciones subrayadas debe señalarse lo siguiente:
- ✓ Los índices CPI e IPC son publicados los primeros días de cada mes y cada dato publicado corresponde al mes anterior.
 - ✓ De la definición original de "i" se entiende que este corresponde al último día hábil del mes de diciembre.
31. A partir de lo señalado, puede concluirse que *CPI*, es el registro de este índice disponible al último día hábil del mes de diciembre; es decir, el CPI de noviembre. De igual forma, *IPC*, es el registro de este índice disponible al último día hábil del mes de diciembre; es decir, el IPC de noviembre. En consecuencia, la definición alternativa de "i" ("o el dato más próximo del cual se dispone información de los índices CPI e IPC") resulta innecesaria, toda vez que el subíndice "i" se refiere a un día particular (el último día hábil del mes de diciembre al año anterior al que corresponde realizar el ajuste de la tarifa) y no a un dato específico del IPC o CPI, mientras que las definiciones de *CPI*, e *IPC*, se refieren a la información disponible a ese día.
32. Por lo expuesto, y a fin de evitar confusión en la aplicación del método de ajuste del Peaje, se debe eliminar la definición alternativa del subíndice "i" en el literal a) de la Cláusula 9.5, tal como se muestra a continuación:

"9.5 (...)

a) (...)

Sea i el último día hábil del mes anterior inmediato al 10 de enero del Año Calendario en que se realiza el reajuste tarifario o el dato más próximo del cual se dispone información de los índices CPI e IPC.

(...)"

V.2.4 De la Tarifa Diferenciada, Capítulo I: Antecedentes y Definiciones

33. El Contrato de Concesión establece la posibilidad de cobrar Tarifas Diferenciadas a los usuarios, siendo esta definida por la Cláusula 1.10.85 en los siguientes términos:

"1.10.85 Tarifa Diferenciada

Es aquella tarifa especial otorgada por el MTC de acuerdo a los criterios y procedimientos vigentes."

34. En este punto, debe tenerse presente que conforme a lo dispuesto en la normatividad vigente, la función reguladora es competencia exclusiva del Consejo Directivo del OSITRAN.
35. Cabe recordar que la competencia de un órgano administrativo comprende la esfera de atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a una entidad; por ende, contiene el conjunto de funciones y facultades que pueden ser ejercidas por la Administración. El artículo 61° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo



General, establece que la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la Ley, y es reglamentada por las normas que de aquella se derivan. Por ello, y observando el principio de legalidad que rige en nuestro Sistema Jurídico, la competencia es reconocida con carácter restringido, dado que sólo se puede hacer aquello para lo cual se está facultado en forma expresa.

36. Dicho lo anterior, cabe precisar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, este Organismo tiene la misión de 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, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito, para lo cual ejerce con autonomía las funciones y atribuciones asignadas por Ley.
37. En ese marco normativo, OSITRAN tiene la facultad exclusiva de fijar tarifas y peajes a las Entidades Prestadoras bajo su ámbito de competencia. Es así, que el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley N° 27332, señala: "*Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito*".
38. El alcance de la función reguladora, se encuentra precisado en el artículo 27° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, (REGO), el cual señala que dicha función: "*... permite al OSITRAN determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, los CARGOS DE ACCESO por la utilización de las FACILIDADES ESENCIALES, así como los principios y sistemas tarifarios que resultaren aplicables*".
39. De esta manera, y acorde con lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del REGO, debe quedar claro que es competencia exclusiva de OSITRAN, fijar tarifas, establecer sistemas tarifarios por la utilización de la infraestructura y de los servicios que se encuentren bajo su competencia, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto. En ese mismo sentido, el artículo 17 del Reglamento General de Tarifas (RETA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN y N° 003-2012-CD-OSITRAN, establece que el regulador es el facultado para iniciar y llevar a cabo procedimientos de fijación de tarifas.
40. Por ello, debe adecuarse la redacción de la cláusula 1.10.85, a efectos que dicha disposición contractual no vulnere el marco regulatorio y la normatividad vigente.
41. Asimismo, teniendo presente que el Concedente tendría incentivos a otorgar tarifas diferenciadas de manera recurrente, sin perjuicio de la precisión a la competencia antes señalada, se recomienda modificar la redacción del literal d) de la cláusula 9.5, indicando que el límite máximo al otorgamiento de tarifas diferenciadas sea establecido de manera tal que los ingresos que se dejan de recaudar por dicho concepto no superen el 3% de la recaudación total anual, y no se encuentre únicamente en función a las unidades de peaje.

V.2.5 Del régimen tarifario, Capítulo IX: El Peaje y la Tarifa

42. De acuerdo con el literal c) de la Cláusula 9.4, el Concesionario deberá cobrar un Peaje de USD 1,50 (más IGV), tanto en las nuevas unidades de peaje como en las unidades de peaje existentes, a partir de la recepción de las obras a cargo del Concedente y/o aceptación de la



Rehabilitación y Mejoramiento y/o Mantenimiento Periódico Inicial, realizados por el Concesionario y autorizados por el Concedente.

"c) A partir de la recepción de las obras a cargo del CONCEDENTE y/o aceptación de la Rehabilitación y Mejoramiento y/o Mantenimiento Periódico Inicial, autorizados por el CONCEDENTE a ser puestos en servicio según lo indicado en las Cláusulas 6.22 a 6.29, habiendo dado cumplimiento a lo especificado en la Cláusula 8.12 y luego de cumplido el requerimiento del literal a), el CONCESIONARIO deberá cobrar en las unidades de peaje un Peaje de Uno y 50/100 Dólares Americanos (US\$ 1,50) más el importe correspondiente al IGV y cualquier otro tributo aplicable, por sentido de desplazamiento. En el caso de las Unidades de Peaje existentes, al darse estas condiciones, el Peaje se reajustará a Uno y 50/100 Dólares Americanos (US\$ 1.50) más el importe correspondiente al IGV y cualquier otro tributo aplicable."

[El subrayado es nuestro]

43. Cabe señalar que el citado literal no precisa si la condición para el cobro del peaje es la recepción/aceptación total o parcial de las obras. Ello resulta relevante, toda vez que cada una de las obras a cargo del Concedente y Concesionario a las que se hace referencia comprende más de un Sub Tramo, tal como se muestra en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 1
SUB TRAMOS DE LA CONCESIÓN Y SUS RESPECTIVAS OBRAS

SUB TRAMO	DESCRIPCIÓN	OBRA	A CARGO DE
1	Chiple - Cutervo	Rehabilitación y mejoramiento	
2	Cutervo - Cochabamba		
6	Dv. Yanacocha - Cajamarca	Mantenimiento Periódico Inicial	Concesionario
7	Cajamarca - Km 1269+00		
8	Km 1269+00 - San Marcos		
12	Huamachuco - Dv. Callacuyan		
15	Dv. Otuzco - Trujillo	Rehabilitación y mejoramiento	
16	Ciudad de Dios - Dv. Chilete		
17	Dv. Chilete - Cajamarca		
18	Dv. Chilete - Emp. PE-3N		Concedente
3	Cochabamba - Chota	Mejoramiento y Construcción	
4	Chota - Hualgayoc		
13	Callacuyan - Shorey		
14	Shorey - Dv. Otuzco		Concedente
9	San Marcos - Cajabamba	Mejoramiento	
10	Cajabamba - Sausacocha		
11	Sausacocha - Huamachuco		

Nota: El Proyecto de Contrato no establece la ejecución de obras en el Sub Tramo 5 (Hualgayoc - Dv. Yanacocha).⁷
Fuente: Cláusulas 6.2 y 7.10, y Apéndice 1 del Anexo 1 del Proyecto de Contrato.



44. Con relación a ello, debe tener presente que tanto en el caso de las Obras a cargo del Concedente, como en aquellas a cargo del Concesionario, el Contrato de Concesión contempla la entrega parcial, por sectores o Sub Tramos, según corresponda. En el caso de las Obras a cargo del Concedente, la Cláusula 7.11 establece que éste entregará los Sub



⁷ Cabe señalar que de acuerdo con la Cláusula 7.11, dicho Sub Tramo deberá ser entregado por el Concedente con los Niveles de Servicio exigidos en el Anexo 1 del Contrato.

Tramos al Concesionario en los plazos indicados en la Cláusula 5.10 (los cuales difieren para cada Sub Tramo), dejando constancia de cada entrega en el Acta de Entrega Parcial de Bienes correspondiente.

45. De manera similar, el Apéndice 5 del Anexo XI establece que la aceptación de la Rehabilitación y Mejoramiento a cargo del Concesionario, podrá ser solicitada al Concedente por sectores, los cuales no deberán ser menores a un cuarto de la longitud total. Asimismo, la Cláusula 6.23 establece que el Concesionario podrá solicitar la aceptación total o parcial del Mantenimiento Periódico Inicial, la cual se dictaminará mediante el Acta de Aceptación del Sub Tramo de la Concesión que corresponda.
46. Adicionalmente, con la redacción actual del citado literal, podría entenderse que el Concesionario deberá cobrar el Peaje de USD 1,50 (más IGV) en las unidades de peaje, a partir del momento en que se cumpla cualquiera de los siguientes escenarios:
- i. La recepción de las obras a cargo del Concedente;
 - ii. La aceptación de la Rehabilitación y Mejoramiento por parte del Concedente a ser puesto en servicio por el Concesionario; o
 - iii. La aceptación del Mantenimiento Periódico Inicial por parte del Concedente a ser puesto en servicio por el Concesionario.
47. Así, podría darse el caso que se active el cobro de Peaje en todas las unidades de peaje solo a partir de la recepción de alguna de las obras a cargo del Concedente. Al respecto, debe indicarse que, de acuerdo al literal b) de la Cláusula 9.1, solo una de las siete unidades de peaje nuevas a ser construidas por el Concesionario corresponde a un Sub Tramo en el que se realizarán obras a cargo del Concedente (ver el cuadro que se muestra a continuación).



Cuadro N° 2
UNIDADES DE PEAJE NUEVAS Y SUS RESPECTIVOS SUBTRAMOS

UNIDAD DE PEAJE	SUB TRAMO	OBRA	A CARGO DE
Yamobamba	Huamachuco – Dv. Callacuyan		
El Huayo	Dv. Yanacocha - Cajamarca		
Pampagrande	Dv. Chilete – Cajamarca	Mantenimiento Periódico Inicial	Concesionario
San Bernardino	Dv. Chilete – Emp. PE-3N		
Porcon Bajo	Cajamarca – Km 1269		
Dv. Socota	Cutervo – Chiple	Rehabilitación y Mejoramiento	
Bambamarca	Cochabamba – Chota	Rehabilitación y Mejoramiento	Concedente

Fuente: Cláusulas 6.2 y 7.10, y Cuadro N° 9-2 del Proyecto de Contrato.

48. De igual forma, podría darse el caso que se active el cobro de Peaje en todas las unidades de peaje solo a partir de la aceptación de la Rehabilitación y Mejoramiento a cargo del Concesionario; sin embargo, solo una de las siete unidades de peaje corresponde a un Sub Tramo en el que el Concesionario deberá ejecutar obras de Rehabilitación y Mejoramiento.
49. En ambos escenarios, se podría iniciar el cobro de Peaje en las unidades de peaje Yamobamba, El Huayo, Pampagrande, San Bernardino y/o Porcon Bajo, sin haberse ejecutado las obras de Mantenimiento Periódico Inicial. En consecuencia, se estaría cobrando a los usuarios por el uso de una infraestructura que no se encuentra con los Niveles de Servicio que exige el Contrato de Concesión⁸.



⁸ De acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1 de la Sección 1: De la Conservación de la vía, del Anexo 1: Niveles de Servicio, del Contrato de Concesión, los Niveles de Servicio no son exigibles durante los periodos en que en los Sub Tramos se encuentren ejecutando la Rehabilitación y Mejoramiento y/o Mantenimiento Periódico Inicial por el Concesionario, ni en los Sub Tramos donde el Concedente está interviniendo.



50. Por lo expuesto, debe precisarse en el literal c) de la Cláusula 9.4 qué Sub Tramos de la Concesión deberán ser entregados o aceptados, según corresponda, para activar el cobro de Peaje en cada unidad de peaje nueva. Es decir, el cobro de USD 1,50 en cada unidad de peaje deberá producirse cuando las obras correspondientes a los respectivos Sub Tramos asociados hayan sido puestas en servicio.

V.3. Calidad del Servicio

V.3.1 Capítulo VI: Ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial

a) *De los incentivos para la ejecución de las Obras*

51. Debe señalarse que, al tratarse de una concesión cofinanciada, la recuperación de los costos de construcción y operación por parte del Concesionario se encuentra garantizada a través del cofinanciamiento otorgado por el Estado. Al respecto, las Bases del Concurso establece tres pagos que el Concesionario recibirá como contraprestación por las actividades realizadas, los cuales se definen como:

"Pago Anual por Mantenimiento Periódico Inicial (PAMPI)

Es la suma de dinero total anual, expresada en Dólares, que el Estado de la República del Perú asegurará al Concesionario, de acuerdo a su Propuesta Económica, una vez que haya recibido los sub tramos donde se ejecute el Mantenimiento Periódico Inicial conforme a los términos y condiciones establecidos en el Contrato. El procedimiento y la periodicidad de pago están regulados en el Contrato de Concesión.

Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)

Es la suma de dinero total anual, expresada en Dólares, que el Estado de la República del Perú asegurará al Concesionario, destinada a cubrir los costos de operación y mantenimiento de la concesión. El procedimiento y la periodicidad de pago están regulados en el Contrato de Concesión.

Pago por Rehabilitación y Mejoramiento (PRM)

Es la suma de dinero expresada en Dólares, que el Estado de la República del Perú asegurará al CONCESIONARIO, de acuerdo a su Propuesta Económica, destinada a cubrir los costos de la Rehabilitación y Mejoramiento. El procedimiento de pago está regulado en el Contrato de Concesión."

52. De esta manera, de acuerdo al Apéndice 3 del Anexo XI del Proyecto de Contrato, el pago de los conceptos de PRM, PAMPI y PAMO es financiado con el Cofinanciamiento del Concedente y con la recaudación de peajes, descontada la provisión de Emergencias Viales, siendo la relación la siguiente:

$$\text{Cofinanciamiento anual} = \text{PRM} + \text{PAMPI} + \text{PAMO} - (\text{Recaudación de Peaje} - \text{Provisión de EV})$$

53. La fórmula anterior implica que en los casos en que la recaudación por Peaje resultara menor a la suma de PRM, PAMPI y PAMO que debe recibir el Concesionario y la provisión por emergencia vial, el Concedente debe realizar un aporte que permita completar su pago. De esta manera, el Concesionario tiene garantizado el pago por dichos conceptos.

54. Al respecto, cabe señalar que el pago del PAMPI se realizará en fracciones, cada una de las cuales corresponderá a un Certificado de Avance de Obras (CAO), que haya sido emitido



por el Concedente a la culminación de un Hito⁹. De igual manera, el PRM será pagado a la culminación de Hitos.¹⁰ Así, tanto el pago del PAMPI como del PRM se encuentran vinculados a la ejecución de obras.

55. En el caso del PAMO, sin embargo, el Apéndice 2 del Anexo XI establece que el pago se realizará de manera semestral, siendo la primera fecha de pago al año de la Fecha de Suscripción del Contrato. Si bien las Bases del Concurso señalan que el pago del PAMO está destinado a cubrir los costos de operación y mantenimiento de la concesión, el Proyecto de Contrato no condiciona el pago del PAMO a la ejecución de tales actividades, sino que establece una fecha determinada para el inicio del pago.
56. Al respecto, el literal b) del numeral 1 del Apéndice 8: Sobre el PAMO, señala que el pago por concepto del PAMO procederá siempre y cuando el Regulador no haya remitido previamente al Concedente un informe desfavorable respecto de los Niveles de Servicio, los cuales no son exigibles durante los periodos en que en los Sub Tramos se encuentren ejecutando la Rehabilitación y Mejoramiento y/o Mantenimiento Periódico Inicial por el Concesionario, ni en los Sub Tramos donde el Concedente está interviniendo¹¹.
57. Como puede apreciarse, los Niveles de Servicio a los cuales se encuentran vinculados el pago por concepto de PAMO, sólo son exigibles una vez culminadas las obras a cargo del Concesionario y del Concedente. En ese sentido, el pago del PAMO debe iniciarse una vez culminadas la totalidad de las obras y por lo tanto, sean exigibles los Niveles de Servicio establecidos en el Anexo I del Contrato de Concesión, lo cual garantiza que el pago se realice una vez que se hayan realizado las labores de mantenimiento y operación que permite cumplir con los Niveles de Servicio¹².
58. Adicionalmente, establecer que el pago del PAMO se inicie una vez que se hayan culminado las obras establecidas en el Contrato de Concesión, se constituye en un incentivo adicional para la finalización de las obras a cargo del Concesionario, puesto que a la culminación de las obras no solo recibirá ingresos por PRM y PAMPI, sino además podrá recibir ingresos por concepto de PAMO, siempre que la vía cumpla con los Niveles de Servicio.
59. Con relación a ello, debe tenerse presente que la cláusula 5.11 ha incorporado mecanismos que permiten al Concesionario efectuar la liberación de las áreas de terrenos necesarias para la ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento, previo acuerdo con el Concedente, por lo que se podría emplear un mecanismo similar para la liberación de los terrenos necesarios para la instalación de las nuevas unidades de peaje¹³.

⁹ De acuerdo con el Apéndice 6 del Anexo XI, un Hito es el porcentaje de avance en el Mantenimiento Periódico Inicial, determinado en función de la ejecución del presupuesto contemplado en los Expedientes Técnicos presentados por el Concesionario y aprobados por el Concedente.

¹⁰ De acuerdo con el Apéndice 5 del Anexo XI, un Hito es "el porcentaje de avance en la Rehabilitación y Mejoramiento, determinado por el CONCEDENTE, en función de la ejecución del presupuesto contemplado en los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental (EDI e IA). Para determinar su obtención por parte del CONCESIONARIO, tanto el monto contemplado en el EDI e IA como los avances del CONCESIONARIO (establecidos a precios del presupuesto del EDI e IA) deberán ser afectados por el Factor de Conversión que se define en 1. c)."

¹¹ De acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1 de la Sección 1: De la Conservación de la vía, del Anexo 1: Niveles de Servicio, del Contrato de Concesión.

¹² Por ejemplo, los Contratos de Concesión Óvalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo - Huaral-Acos y Nuevo Mocupe - Cayaltí - Oyotún.

¹³ Resulta fundamental que se instalen las estaciones de peaje a fin de fomentar una cultura de pago en los usuarios, que permita internalizar, en primer lugar, las mejores condiciones de la vía que reducirán los costos de mantenimiento de las unidades, y en segundo lugar, la reducción en el tiempo de viaje y la mejora en la calidad del mismo.



b) **De los plazos**

60. La cláusula 6.1 del Proyecto de Contrato señala lo siguiente:

"El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar la Rehabilitación y Mejoramiento en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato y el Mantenimiento Periódico Inicial en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses, luego de haberlo iniciado. Para iniciar la ejecución de las intervenciones indicadas, se deberá verificar el cumplimiento de las condiciones indicadas en la Cláusula 6.12 y 6.13, respectivamente."

61. Al respecto, la Cláusula 6.12 establece que para el inicio de la ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento es necesario que se haya efectuado la entrega de las áreas de terreno necesarias, entre otras condiciones.

62. Como puede observarse, la redacción actual del Proyecto de Contrato establece un plazo máximo de 24 meses para la ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento contados desde la suscripción del contrato, aún cuando para el inicio de dichas obras se requiere la entrega de las áreas de terreno necesarias por parte del Concedente.

63. Sin embargo, lo razonable sería que el plazo que tiene el concesionario para la ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento se empiece a contabilizar una vez que se hayan cumplido las condiciones necesarias para el inicio de ejecución. En virtud de ello, y con la finalidad que lo establecido en la Cláusula 6.1 guarde coherencia con el plazo señalado en la Cláusula 6.12, el cual a su vez es concordante con el plazo para la entrega de terrenos establecido en la Cláusula 5.10, se recomienda la siguiente redacción:

"6.1. El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar la Rehabilitación y Mejoramiento en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses y el Mantenimiento Periódico Inicial en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses, luego de sus respectivos inicios. Para iniciar la ejecución de las intervenciones indicadas, se deberá verificar el cumplimiento de las condiciones indicadas en la Cláusula 6.12 y 6.13, respectivamente."



c) **Del inicio de Obras a cargo del Concesionario**

64. La Cláusula 6.12 del Proyecto de Contrato establece que la ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento deberá iniciarse a más tardar a los sesenta (60) Días Calendario de la Fecha de Suscripción del Contrato. Asimismo, dicha cláusula señala que para ello será necesario, entre otros, que se haya efectuado la entrega de las áreas de terreno, comprendidas en el Área de Concesión correspondiente, de acuerdo a lo indicado en las cláusulas 5.10 y 5.11.

65. Al respecto, la Cláusula 5.10 establece un plazo máximo de entrega por parte del Concedente de sesenta (60) Días Calendario (Ver Cuadro N° 4). Sin embargo, la Cláusula 5.11 establece que la Rehabilitación y Mejoramiento solo podrá iniciarse cuando el Concedente haya cumplido con entregar por lo menos el 70% de las áreas de terrenos liberadas necesarias para la ejecución de dicha obra, y en los plazos indicados en la Cláusula 5.10.



**Cuadro N° 4
PLAZOS DE ENTREGA DEL ÁREA DE LA CONCESIÓN**

SUB TRAMO	DESCRIPCIÓN	LONGITUD (km)	PLAZO MÁXIMO DE ENTREGA
Rehabilitación y mejoramiento			
1	Chiple - Cutervo	60,697	A los 60 Días Calendario*
2	Cutervo - Cochabamba	29,393	A los 60 Días Calendario*
Mantenimiento Periódico Inicial			
6	Dv. Yanacocha - Cajamarca	38,384	A los 60 Días Calendario*
16	Ciudad de Dios - Dv. Chilete	91,489	A los 60 Días Calendario*
17	Dv. Chilete - Cajamarca	85,941	A los 60 Días Calendario*
7	Cajamarca - Km 1269+00	3,702	Marzo de 2015
8	Km 1269+00 - San Marcos	58,301	Marzo de 2015
12	Huamachuco - Dv. Callacuyan	44,331	Marzo de 2015
15	Dv. Otuzco - Trujillo	70,440	Marzo de 2015
18	Dv. Chilete - Emp. PE-3N	67,971	Julio de 2015

* Contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato
Fuente: Cláusulas 5.10 y 6.2, y Apéndice 1 del Anexo 1 del Proyecto de Contrato.

66. Con relación al 70% a que hace referencia la Cláusula 5.11, el Proyecto de Contrato no precisa sobre qué base o unidad de medida se computará dicho porcentaje (tramos cerrados, kilómetros acumulados, entre otros). Esta precisión resulta sumamente importante, toda vez que para la ejecución de las obras se requiere kilómetros continuos que permitan completar la Rehabilitación y el Mejoramiento.
67. En el caso del Mantenimiento Periódico Inicial, la Cláusula 6.13 establece que el mismo deberá iniciarse a más tardar a los trescientos sesenta (360) Días Calendario de la Fecha de Suscripción del Contrato. Así, considerando que la fecha de adjudicación prevista es el cuarto trimestre de 2013¹⁴, se prevé que la ejecución del Mantenimiento Periódico Inicial debiera iniciarse a fines del año 2014. Sin embargo, el plazo máximo para la entrega 4 de los 8 Sub Tramos correspondientes a dichas obras, vence en marzo de 2015 y uno en julio de 2015. (Ver Cuadro N° 4).
68. Sobre este aspecto, debe señalarse que la no entrega oportuna del Área de la Concesión generará que las obras se retrasen y que el Concesionario solicite ampliaciones de plazo. Dichas ampliaciones repercuten en los Contratos de Supervisión que suscribe OSITRAN con las empresas supervisoras, quienes finalmente prestan sus servicios por un plazo mayor al contratado, solicitando su reconocimiento y terminando dicho pedido en Arbitraje.
69. Por lo expuesto, resulta necesario que la obligación del Concesionario de iniciar el Mantenimiento Periódico Inicial guarde correspondencia con las fechas señaladas en la Cláusula 5.10; así, cuando el Concesionario se encuentre obligado a iniciar las obras de Mantenimiento Periódico Inicial, el Concedente a su vez se encontrará obligado a entregar las áreas de terreno liberadas necesarias para ejecutar dicha obra. De esta manera, existirán mayores garantías de que el Concesionario pueda iniciar las obras en los plazos previstos y completarlas en un plazo máximo de 24 meses, tal como lo establece la Cláusula 6.1, y permitiendo con ello que pueda prestarse un servicio de calidad al usuario de la infraestructura.



¹⁴ Dato obtenido el 02 de agosto de 2013 de la página web de PROINVERSIÓN:
<http://www.proinversion.gob.pe/o/o/modulos/JER/PlantillaFichaHijo.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=6212>

d) *De la aceptación de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial*

70. La Cláusula 6.22 del Proyecto de Contrato indica que el mecanismo de control y aprobación de avance de la Rehabilitación y Mejoramiento es el que se detalla en el Apéndice 5 del Anexo XI, el cual no exige los documentos que acrediten el cumplimiento de los compromisos ambientales asumidos por el Concesionario.
71. Por su parte, la Cláusula 6.23 establece que el Concesionario podrá solicitar al Concedente la aceptación total o parcial de las obras de Mantenimiento Periódico Inicial, cuando cuente con la conformidad del Regulador de haber ejecutado dichas obras de acuerdo con los Expedientes Técnicos respectivos y con los niveles de servicio exigidos en el Anexo I del Contrato.
72. Al respecto, a fin de evitar que el Concesionario se desprenda de los compromisos ambientales en la Concesión, es necesario que, de manera previa a la emisión de conformidad por parte del Regulador, el Concesionario presente al Regulador el Certificado de Correcta Aplicación de los Planes de Manejo Ambiental emitido por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (DGASA).
73. En ese sentido, se propone incluir el siguiente párrafo subrayado en la Cláusula 6.22:

"6.22. Para efectos de la Rehabilitación y Mejoramiento se seguirá el mecanismo de control y aprobación de avance de la Rehabilitación y Mejoramiento indicado en el Apéndice 5 del Anexo XI. Como condición previa a la solicitud de aceptación al CONCEDENTE, el CONCESIONARIO deberá presentar al REGULADOR el Acta de Conformidad de Correcta Aplicación de los Planes de Manejo Ambiental emitido por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC. Los requisitos para la emisión del Acta de Conformidad de Correcta Aplicación de los Planes de Manejo Ambiental no podrán exceder a las obligaciones socio-ambientales establecidas en la Sección XIII del Contrato y el Estudio de Impacto Ambiental.



74. De igual manera, se propone incluir el siguiente párrafo subrayado en la Cláusula 6.23:

"6.23. Cuando el CONCESIONARIO cuente con la conformidad del REGULADOR de haber ejecutado el Mantenimiento Periódico Inicial de acuerdo con los Expedientes Técnicos respectivos, con los niveles de servicio exigidos en el ANEXO I del Contrato y haya presentado el Acta de Conformidad de Correcta Aplicación de los Planes de Manejo Ambiental emitido por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC, podrá solicitar al CONCEDENTE la aceptación total o parcial de dichas obras, cursando copia de la solicitud al REGULADOR. Los requisitos para la emisión del Acta de Conformidad de Correcta Aplicación de los Planes de Manejo Ambiental no podrán exceder a las obligaciones socio-ambientales establecidas en la Sección XIII del Contrato y el Estudio de Impacto Ambiental.



e) *De las Obras Adicionales*

75. La Cláusula 6.30 del Proyecto de Contrato señala lo siguiente:

"6.30. Si durante la vigencia de la Concesión cualquiera de las Partes determinara la necesidad de realizar Obras Adicionales, resultará de aplicación el procedimiento previsto en las Cláusulas siguientes. Para estas obras se aplicará el artículo 4 del



Decreto Supremo N° 054-2013-PCM que aprueba las disposiciones especiales para los procedimientos administrativos de autorizaciones y/o certificaciones para los proyectos de inversión en el ámbito del territorio nacional".

76. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 4 del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM solo es aplicable a los casos de modificación de componentes auxiliares o ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada, que tienen impacto ambiental no significativo.¹⁵ Sin embargo, las obras adicionales muchas veces generan impactos ambientales significativos.
77. Por lo señalado, resulta necesario considerar lo establecido en la Ley 27446 "Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental", en lo referido a la necesidad de contar con la Certificación Ambiental de la Autoridad Competente, toda vez que al tratarse de obras no consideradas en los Estudios Definitivos de Ingeniería, ni en los Expedientes Técnicos, ni en el Contrato, no cuentan con instrumento de gestión ambiental alguno.
78. En tal sentido, consideramos necesario precisar en la Cláusula 6.30 lo siguiente:

"6.30 Si durante la vigencia de la Concesión cualquiera de las Partes determinara la necesidad de realizar Obras Adicionales, resultará de aplicación el procedimiento previsto en las Cláusulas siguientes. Para estas obras se aplicará, según corresponda, la Ley N° 27446 "Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental" o el artículo 4 del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM que aprueba las disposiciones especiales para los procedimientos administrativos de autorizaciones y/o certificaciones para los proyectos de inversión en el ámbito del territorio nacional".



f) **De las modificaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería y Expediente Técnico**

79. El Capítulo VI: Ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial, en particular la Cláusula 6.5, establece un mecanismo y procedimiento para la aprobación de las mejoras propuestas por el Concesionario al Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Rehabilitación y Mejoramiento.
80. Al respecto, es importante señalar que la redacción actual de la Cláusula 6.5 del Proyecto de Contrato remitido no establece un plazo para el pronunciamiento por parte del Concedente con relación a las mejoras propuestas por el Concesionario al Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Rehabilitación y Mejoramiento, sólo establece un plazo para la emisión de la opinión por parte del Regulador. Asimismo, al no encontrarse definido en el Proyecto de Contrato de Concesión el término mejora, no queda claro el alcance de dicho término.
81. Debido a ello, es necesario que la redacción de la Cláusula 6.5 establezca un plazo máximo para el pronunciamiento por parte del Concedente con relación a las mejoras propuestas por el Concesionario al Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Rehabilitación y Mejoramiento.



¹⁵ D.S. N° 054-2013-PCM.

"Artículo 4.- Disposiciones ambientales para los proyectos de inversión

En los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tienen impacto ambiental no significativo o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones, no se requerirá un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental. El titular del Proyecto está obligado a hacer un informe técnico sustentando estar en dichos supuestos ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación.



82. Asimismo, resulta imprescindible definir el término mejora, en el sentido que el mismo se refiere a una mejora en la calidad del servicio brindado al usuario de la infraestructura, o en su defecto que manteniéndose inalterado el nivel de servicio, implica un ahorro en la ejecución de la obra, debiendo en este último caso establecerse un mecanismo para que parte del ahorro sea compartido con el Concedente, y que en ningún caso ello significará la generación de mayor cofinanciamiento.
83. Ello resulta importante con la finalidad de reducir los incentivos a que el Concesionario proponga modificaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Rehabilitación y Mejoramiento que puedan reducir el costo de ejecución de las obras a las que se ha comprometido, disminuyendo la calidad del servicio, puesto que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 2.1, el Contrato se encuentra pactado a suma alzada.
84. De otro lado, de manera similar, es necesario que se establezca un mecanismo y procedimiento para la aprobación de las mejoras propuestas por el Concesionario al Expediente Técnico, toda vez que ello no se observa a partir de la revisión de las cláusulas 6.6 y 6.7. El mecanismo y procedimiento en este caso, debe recoger las recomendaciones realizadas en los párrafos precedentes referidas a la aprobación de las mejoras propuestas por el Concesionario al Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Rehabilitación y Mejoramiento.

V.3.2 Capítulo VII: De la conservación

85. La Cláusula 7.11 del Proyecto de Contrato señala lo siguiente:

"7.11. El CONCEDENTE luego de ejecutar las obras, en los Sub Tramos indicados, los entregará al CONCESIONARIO en los plazos indicados en la Cláusula 5.10. Para la entrega se seguirá el procedimiento indicado en las Cláusulas 5.12 a 5.17.

El CONCEDENTE deberá hacer entrega de los Sub Tramos correspondientes, dentro de los que se incluye el Tramo Hualgayoc - Dv. Yanacocha, con los Niveles de Servicio exigidos en el Anexo I del Contrato, lo cual se dejará constancia en el Acta de Entrega Parcial de Bienes correspondiente."



86. Cabe señalar que las obras a las que se refiere la Cláusula 7.11 se encuentran indicadas en la Cláusula 7.10. Al respecto, es necesario precisar que los Niveles de Servicio de los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) con los cuales el Concedente ejecutará dichas obras, sean concordantes con los Niveles de Servicio establecidos en el Anexo I del Contrato de Concesión.

87. Asimismo, resulta necesario establecer un mecanismo que permita solucionar cualquier controversia que se presente entre las Partes durante la recepción de obras, tal como se establece para la aceptación de obras ejecutadas por el Concesionario. En consecuencia, sería recomendable incorporar una cláusula similar a la 6.27, en la que se establece que la controversia sea dirimida por un peritaje técnico a cargo de un ingeniero civil elegido de común acuerdo entre el Concedente y el Concesionario.



88. Por su parte, con relación a Emergencia Vial, la cláusula 7.7 del proyecto de contrato de concesión establece:

"7.7. En caso que sucediera una situación de Emergencia Vial, el CONCESIONARIO realizará bajo su costo las labores que sean necesarias para recuperar la Transitabilidad de la vía en el menor plazo posible.



Además el CONCESIONARIO, de ser necesario, deberá reparar los daños ocasionados hasta recuperar los Niveles de Servicio conforme a lo indicado en el ANEXO I.

Las actividades para lograr lo especificado en el párrafo anterior deberán ser cubiertas a través de la póliza contratada por el CONCESIONARIO de acuerdo a las especificaciones señaladas para tal fin en el CAPÍTULO XII del presente contrato.

En caso la cobertura del seguro para cubrir los siniestros de Emergencias Viales sea insuficiente y previa aprobación del CONCEDENTE, contando con la opinión favorable del REGULADOR, se procederá a disponer los fondos de la cuenta de Emergencias Viales del Fideicomiso de Administración para completar al CONCESIONARIO los gastos incurridos.

De darse el caso que los fondos disponibles en la cuenta de Emergencias Viales del Fideicomiso de Administración, no sean suficientes, el CONCEDENTE cubrirá la diferencia con sus recursos.

Para considerar una remoción de derrumbes como Emergencia Vial su volumen deberá superar los 200 m³ por cada evento”.

89. Al respecto, de conformidad con la cláusula 2.1 del Contrato de Concesión, éste se pactará a suma alzada, salvo lo establecido para el caso de Emergencia Vial, en cuyo caso se aplicará el numeral 7.7.
90. En tal sentido, dada la trascendencia de esta cláusula, se sugiere que se acote y precise la definición de Emergencia Vial, toda vez que se podrían generar incentivos en el Concesionario, orientados a aplicar “como regla general” dicho supuesto de excepción que relativiza la suma alzada pactada.
91. En ese orden de ideas, debe entenderse inequívocamente que tanto las actividades para recuperar la transitabilidad, como para reparar los daños ocasionados hasta recuperar los Niveles de Servicio conforme a lo indicado en el ANEXO I, deberán ser cubiertas a través de la póliza contratada por el Concesionario, la misma que, conforme a lo establecido en el Capítulo XII del Proyecto de Contrato de Concesión remitido, debe cubrir el 100% del valor de reposición, destacándose, pues precisamente para ello, que su costo se considera en las partidas del cofinanciamiento.
92. Asimismo, con la finalidad de alinear los incentivos, de modo tal que el Concesionario gestione eficientemente la contratación de la póliza correspondiente, se recomienda que se precise con carácter excepcional la aplicación de la cuenta de Emergencias Viales. Del mismo modo, a fin de mantener alineados los incentivos, y que el Concesionario contrate eficientemente la póliza de seguros correspondiente, es necesario que se precise que solo en aquellos casos en que la magnitud del evento sea tal que el mismo no alcance a ser cubierto en su totalidad por la póliza de seguro contratado, se recurrirá al Fondo de Emergencia Vial, y en caso este resulte insuficiente, el Concedente cubrirá la diferencia con sus recursos.
93. En ese sentido, debe establecerse expresamente que en caso la emergencia vial no sea cubierta por la póliza de seguro contratada, debido a defectos en la contratación de la misma por parte del Concesionario, no corresponderá la aplicación de la cuenta de Emergencias Viales y así como tampoco deberá ser asumida por el Concedente, debiendo ser asumido en este caso por el Concesionario.



94. En esa misma línea, al establecerse como parámetro contractual que la remoción de derrumbes que supere los 200 m³ por cada evento será considerada como Emergencia Vial, debe precisarse también que ésta deberá ser cubierta al 100% por la póliza de seguro que debe contratar el Concesionario.
95. De otro lado, se recomienda precisar el segundo párrafo en el sentido propuesto, a fin que se entienda claramente que el CONCESIONARIO está obligado a reparar los daños ocasionados hasta alcanzar los Niveles de Servicio conforme a lo indicado en el ANEXO I, eliminando los términos "de ser necesarias".
96. Asimismo, la cláusula 7.8 dispone:

"7.8. El Concesionario deberá dar cuenta al CONCEDENTE y al REGULADOR de las medidas tomadas, en un plazo no mayor de dos (2) Días Calendario de verificada la emergencia. En caso que las medidas de emergencia tomadas por el CONCESIONARIO requieran ser reforzadas con medidas definitivas tendientes a recuperar los Niveles de Servicio conforme a lo indicado en el ANEXO I, en un plazo no mayor de veinte (20) Días Calendario de haber comunicado la emergencia al CONCEDENTE, el CONCESIONARIO deberá presentar al CONCEDENTE con copia al REGULADOR un informe técnico el cual debe contener el presupuesto respectivo, detallando las medidas definitivas a ser tomadas. Este informe técnico también podrá ser requerido por el CONCEDENTE o el REGULADOR, previa opinión de la Parte que no origina el requerimiento.

A tal efecto, dentro de un plazo no mayor a diez (10) Días contados desde la recepción de la opinión del REGULADOR, quien dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días para emitir su opinión previa, el CONCEDENTE aprobará el informe técnico antes indicado o podrá indicar al CONCESIONARIO la implementación de acciones alternativas o la reformulación de las propuestas.

En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo previsto, se entenderá como no aprobado el informe técnico presentado por el CONCESIONARIO.

97. Acorde con lo recomendado en la cláusula 7.7, es necesario que se establezca que las actividades que resulten necesarias para recuperar los Niveles de Servicio deberán ser cubiertas con la póliza de seguro contratada por el Concesionario, y que en caso el Fondo de Emergencia Vial del Fideicomiso de Administración no alcance para cubrir el monto del presupuesto presentado, el Concedente cubrirá la diferencia con sus recursos solo en aquellos casos en que la magnitud del evento sea tal que el mismo no alcance a ser cubierto en su totalidad por la póliza de seguro contratado, se recurrirá al Fondo de Emergencia Vial, y en caso este resulte insuficiente, el Concedente cubrirá la diferencia con sus recursos.

98. Asimismo, de manera similar a lo anteriormente señalado, debe establecerse expresamente que en caso la emergencia vial no sea cubierta por la póliza de seguro contratada, debido a defectos en la contratación de la misma por parte del Concesionario, no corresponderá la aplicación de la cuenta de Emergencias Viales y así como tampoco deberá ser asumida por el Concedente, debiendo ser asumido en este caso por el Concesionario.

99. De otro lado, atendiendo que el riesgo de diseño está siendo asignado al Concesionario, a quien se le contrata por su capacidad y "expertise" técnico es necesario que se elimine la posibilidad que el Concedente o Regulador puedan requerir el informe técnico. Más aún, cuando se está proponiendo que, en caso el monto del presupuesto del informe técnico no



sea cubierto por la póliza del seguro y el Fondo de Emergencia Vial, sea cubierto por el Concesionario.

V.4. Temas relacionados con las facilidades esenciales

100. Toda vez que el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN (REMA) excluye de su ámbito de aplicación a las carreteras, no corresponde emitir opinión sobre este aspecto.

V.5. Otros de aspectos de competencia de OSITRAN

V.5.1. De las definiciones, Capítulo I: Antecedentes y Definiciones

a) *Acreeedores Permitidos*

101. La cláusula 1.10.1, establece:

"Acreeedores Permitidos

El concepto de Acreeedores Permitidos es sólo aplicable para los supuestos del Endeudamiento Garantizado Permitido. Para tales efectos, Acreeedor Permitido será:

(...)

h) Cualquier persona jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública."

102. Al respecto, en los últimos años se han registrado modificaciones a los contratos de concesión suscritos, con la finalidad de lograr la colocación de valores para el cierre financiero. Así por ejemplo, en el Contrato de Concesión de la Línea 1 del tren eléctrico, eran los estructuradores quienes planteaban las modificaciones al contrato de concesión, situación que al no estar prevista en las normas aplicables, entrampó el proceso del cierre financiero.
103. Por ello, se sugiere que se incorpore un mecanismo para evitar esta contingencia, y que no se restrinjan las fuentes de financiamiento del Concesionario.

b) *Emergencia Vial*

104. La cláusula 1.10.35 del contrato establece:

"1.10.35. Emergencia Vial

Daño imprevisto que experimenta la vía por causas de las fuerzas de la naturaleza o de la intervención humana, y que obstaculiza o impide la transitabilidad de los usuarios de la vía."

105. Conforme se señaló líneas arriba, la precisión y acotación de esta cláusula, resulta de vital importancia, toda vez que su aplicación constituye un supuesto de excepción que relativiza el carácter de sumaalzada que tiene el contrato de concesión.

106. Por ello, acorde con lo señalado respecto a las cláusulas 7.7 y 7.8, se recomienda precisar que en caso se presente una Emergencia Vial, las actividades necesarias para restablecer y



mantener los Niveles de Servicio deberán ser cubiertas por las pólizas que debe contratar el Concesionario.

c) **Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) y Expediente Técnico**

107. La Cláusula 1.10.41 del Proyecto de Contrato define al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) en los siguientes términos: "Es el documento técnico donde se establecen los detalles de diseño de Ingeniería de los elementos que constituyen el proyecto vial y que contiene como mínimo lo siguiente (...)".
108. Asimismo, la Cláusula 1.10.42 del Proyecto de Contrato define al Expediente Técnico en los siguientes términos: "Es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios, calendarios de avance, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios."
109. Con respecto a estas definiciones, cabe indicar que de acuerdo a lo establecido en las cláusulas 6.2, 6.4, 6.5 y 6.6 del Proyecto de Contrato, la Rehabilitación y Mejoramiento serán ejecutados de acuerdo al Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental, el cual será entregado por el Concedente durante la etapa de Concurso; mientras que el Mantenimiento Periódico Inicial será ejecutado de acuerdo a los Expedientes Técnicos que formulará el Concesionario, quien los presentará al Concedente, con copia al Regulador.
110. En tal sentido, con la finalidad que haya coherencia en la definición de la Cláusula 1.10.41 y las cláusulas 6.2, 6.4, 6.5 y 6.6, se recomienda la inclusión de la siguiente definición:

"1.10.41 Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI)

Es el documento técnico para la ejecución de las obras de Rehabilitación y Mejoramiento donde se establecen los detalles de diseño de Ingeniería de los elementos que constituyen el proyecto vial y que contiene como mínimo lo siguiente (...)."

111. De igual manera, con la finalidad que haya coherencia en la definición de la Cláusula 1.10.42 y las cláusulas 6.2, 6.4, 6.5 y 6.6, se recomienda la inclusión de la siguiente definición:

"1.10.42 Expediente Técnico

Es el conjunto de documentos necesarios para la ejecución de las labores de Mantenimiento Periódico Inicial que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios, calendarios de avance, fórmulas polinómicas, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios y, si el caso lo requiere, el CIRA."

112. Cabe resaltar que el estudio de suelos, como parte conformante del Expediente Técnico, se coloca de forma expresa, por cuanto se trata de estudios básicos con los que el diseñador tomará decisiones para el diseño de mejoramientos, rellenos, diseño de pavimentos, estructuras, etc.

d) **Obra**

113. La Cláusula 1.10.64 del Proyecto de Contrato define el concepto Obra en los siguientes términos: "Infraestructura vial ejecutada en un área de trabajo, teniendo como base un



Expediente Técnico aprobado, empleando generalmente recursos: mano de obra, materiales y equipo”.

114. Como puede observarse, la definición de Obra no hace referencia al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) que el Concedente entregará al Concesionario para la Rehabilitación y Mejoramiento.
115. Debido a ello, se recomienda la siguiente redacción que hace referencia al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) como base para la Rehabilitación y Mejoramiento y al Expediente Técnico para el Mantenimiento Periódico Inicial:

"1.10.64 Obra

Infraestructura vial ejecutada en un área de trabajo, teniendo como base un Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) y/o Expediente Técnico aprobados, según corresponda, empleando mano de obra, materiales y equipos o alguno(s) de estos”.

V.5.2. Capítulo X: Régimen Económico - Financiero

a) *De los pagos del Concesionario por concepto de Supervisión*

116. La Cláusula 10.3 del Proyecto de Contrato señala lo siguiente: *"El CONCESIONARIO deberá realizar los pagos que demande la supervisión contratada por el REGULADOR, para los fines exclusivamente de este Contrato, por un monto equivalente al seis por ciento (6%) de la oferta por Rehabilitación y Mejoramiento y a US\$ 27'941,605.22 incluido IGV para el Mantenimiento Periódico Inicial. Los montos indicados representan el monto total por todo concepto relacionado a la supervisión de la Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial. (...)"*
117. Como puede apreciarse, mientras que el monto destinado al pago de la supervisión de la Rehabilitación y Mejoramiento se encuentra establecido como un porcentaje sobre la oferta, en el caso de la supervisión del Mantenimiento Periódico Inicial es un monto fijo que asciende a USD 27 941 605,22, el mismo que no se encuentra sustentado técnicamente¹⁶. Sin embargo, los contratos por supervisión de obra generalmente establecen un pago expresado como un porcentaje de la inversión.
118. Debido a ello, los montos destinados al pago de la supervisión deben estar referidos a un porcentaje de la inversión realizada o a los montos de los presupuestos aprobados en los Estudios Definitivos de Ingeniería, en el caso de la Rehabilitación y Mejoramiento, y en el Expediente Técnico, en el caso del Mantenimiento Periódico Inicial, lo que permitiría que el Regulador cuente con los recursos necesarios para la contratación del servicio de supervisión.
119. De otro lado, la Cláusula 10.3 no ha previsto algún mecanismo para solventar los mayores costos de los servicios de supervisión que puedan derivarse del otorgamiento de ampliaciones de plazo para la ejecución de las obras, lo que implicaría la supervisión durante periodos de tiempo mayores a los previstos inicialmente. Por tal motivo, deberá incluirse un párrafo final que cubra dicha eventualidad, como el que se sugiere a continuación:

"10.3. (...)

¹⁶ Con relación al Mantenimiento Periódico Inicial, es importante tener presente que, toda vez que de acuerdo a la Cláusula 6.6 los Expedientes Técnicos para el Mantenimiento Periódico Inicial los formulará el Concesionario, a la fecha no se contaría con un presupuesto o valor referencial de dichas obras



En caso que el costo de la supervisión de Obras y el Mantenimiento Periódico Inicial acordado entre el REGULADOR y el supervisor sea mayor al porcentaje indicado, la diferencia será asumida por el CONCEDENTE."

b) Del seguimiento y control de la supervisión

120. Conforme a lo señalado en el Artículo 7° de la Ley N° 26917, el Artículo 32° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, así como de lo indicado en el procedimiento de contratación de empresas supervisoras aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-2001-PCM, OSITRAN se encuentra facultado para contratar a terceros para efectuar las labores de supervisión con el objeto de verificar el correcto cumplimiento de las labores a cargo del Concesionario. No obstante lo señalado en la normativa antes citada, el hecho que el Regulador contrate a terceros no disminuye su responsabilidad para el ejercicio de las funciones fiscalizadora y supervisora.
121. En base a ello, al momento que OSITRAN suscribe contratos con las empresas supervisoras en el marco del Decreto Supremo N° 035-2001-PCM, se requiere que OSITRAN supervise el fiel cumplimiento de las labores encomendadas a las empresas supervisora contratada. Por ello, es necesario que el contrato de concesión establezca un porcentaje adicional al pago por Supervisión de Obras, por el concepto de seguimiento y control, el cual tiene la naturaleza de una supervisión de segundo piso. La contratación de una empresa supervisora no libera a OSITRAN de supervisar el trabajo que las empresas supervisoras realizan.
122. Asimismo, cabe precisar que este pago es distinto al pago de naturaleza tributaria que constituye el aporte por regulación, siendo una actividad específica vinculada a cada contrato de concesión.
123. De acuerdo a lo anterior, es necesario que en la cláusula 10.3 se incorpore el pago por concepto de "seguimiento y control de la supervisión", pues resulta fundamental para el Regulador pueda cumplir a cabalidad con su función supervisora establecida en la normativa.

V.5.3. Capítulo XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario

124. La cláusula 12.1 establece:

"12.1 El CONCESIONARIO se obliga a contar durante la vigencia del Contrato con los seguros de conformidad con lo establecido en el presente Capítulo, cuyas propuestas de pólizas deben ser presentadas al REGULADOR para su aprobación."

125. Al respecto, debe precisarse de modo expreso en esta cláusula que: *"En ningún caso la aprobación de la póliza de seguro por parte del Regulador supondrá una transferencia y/o responsabilidad compartida del riesgo que tiene el Concesionario respecto de su contratación",* a fin de evitar eventuales contingencias o controversias que se deriven de la aplicación de las pólizas, y que el Concesionario la negocie y contrate eficientemente.

V.5.4. Capítulo XIII: Consideraciones socio ambientales

126. La Cláusula 13.4 del Proyecto de Contrato señala lo siguiente:

"13.4. El CONCESIONARIO sólo será responsable de la mitigación de la contaminación que se genere en el Área de Influencia de la Concesión, (incluyendo otras áreas utilizadas para canteras, depósitos de material



excedente, instalación, uso u operación de almacenes, oficinas, talleres, patio de maquinarias, campamentos, accesos y otras áreas auxiliares), a partir de la Toma de Posesión. Tratándose de zonas fuera del Área de la Concesión, el CONCESIONARIO será responsable únicamente en caso de que se demuestre que la causa del daño se hubiere originado en el Área de la Concesión a partir de la Toma de Posesión.

(...)”

127. Como puede observarse, la citada cláusula no precisa la responsabilidad del Concesionario por los daños que se originen en zonas fuera del área de la concesión, como consecuencia de las actividades establecidas en el Contrato de Concesión. Por ello, consideramos necesario precisar en dicha cláusula lo siguiente:

"13.4. El CONCESIONARIO sólo será responsable de la mitigación de los problemas ambientales que se genere en el Área de Influencia de la Concesión, (incluyendo otras áreas utilizadas para canteras, depósitos de material excedente, instalación, uso u operación de almacenes, oficinas, talleres, patio de maquinarias, campamentos, accesos y otras áreas auxiliares), a partir de la Toma de Posesión. Tratándose de zonas fuera del Área de la Concesión, el CONCESIONARIO será responsable únicamente en caso de que se demuestre que la causa del daño se hubiere originado como consecuencia de las actividades establecidas en el Contrato de Concesión realizadas desde la Toma de Posesión.



128. De otro lado, el Capítulo XIII no indica expresamente la obligación del Concesionario de presentar informes ambientales mensuales durante la etapa de ejecución de Rehabilitación y Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial, e informes trimestrales durante la etapa de explotación. Dicha obligación es concordante con lo establecido en el numeral 1.10.54 del Capítulo I, Antecedentes y Definiciones, referido al Informe de Avance.

129. En ese sentido, consideramos pertinente que se agregue el siguiente sub capítulo y sus cláusulas:

INFORMES AMBIENTALES DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO PERIÓDICO INICIAL Y EXPLOTACIÓN

13.13. Dentro de los primeros quince (15) Días de cada mes, el CONCESIONARIO entregará al REGULADOR, con copia a la DGASA, un informe ambiental que dé cuenta del cumplimiento de los respectivos componentes ambientales incluidos en el Estudio de Impacto Ambiental y las Consideraciones Socio Ambientales del Contrato de Concesión durante la ejecución de la Rehabilitación, Mejoramiento y Mantenimiento Periódico Inicial de la Concesión.

13.14. Durante la etapa de Explotación de la Concesión, los informes ambientales se entregarán al REGULADOR, los primeros quince (15) días de cada trimestre, dando cuenta del cumplimiento de los respectivos componentes ambientales incluidos en el Estudio de Impacto Ambiental y las Consideraciones Socio Ambientales del Contrato de Concesión.

13.15. En estos informes, el CONCESIONARIO deberá entregar información sobre las actividades realizadas, dar cuenta de las medidas definidas en el Estudio de Impacto Ambiental; señalar los problemas ambientales una vez aplicadas las



Especificaciones Socio Ambientales y Programas de Manejo Ambiental, y proponer medidas adicionales necesarias para mitigarlos y/o corregirlos.

V.5.5. Capítulo XV: Competencias Administrativas

La Función Sancionadora

130. La cláusula 15.7, establece:
"15.7 (...)

En todo lo no previsto en el presente Contrato, respecto al incumplimiento del CONCESIONARIO, se aplicará el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) vigente a la fecha de ocurrencia del incumplimiento."

131. Al respecto, es necesario que se elimine el referido texto del proyecto de contrato, toda vez que mediante un contrato de concesión, no puede menoscabarse el alcance y ejercicio de la función sancionadora asignada por Ley al Regulador.

Penalidades Contractuales

132. En la cláusula 15.9, se señala que la decisión del Regulador tendrá carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del Concesionario, lo cual resulta un incentivo para que el Concesionario cumpla diligentemente con sus obligaciones contractuales; sin embargo, consideramos necesario que se precise que las decisiones del Regulador respecto a la aplicación de penalidades, tampoco serán cuestionadas directa o indirectamente en un proceso arbitral.
133. En la Tabla N° 7 del Anexo IX, no se hace referencia a la cláusula relacionada con la penalidad referida al "Atraso en el cumplimiento de las instrucciones impartidas por el REGULADOR, según corresponda, sobre normas y consideraciones ambientales, establecidas en las Especificaciones."
134. Al respecto es necesario considerar las Cláusulas 13.8 y 13.9, las cuales hacen referencia a las especificaciones socio ambientales para la ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento, Mantenimiento Periódico Inicial y Explotación; de lo contrario el Concesionario evadirá dicha penalidad.



V.5.6. Capítulo XVII: Suspensión de las obligaciones contempladas en el presente Contrato

135. La cláusula 17.2 del proyecto de contrato de concesión establece lo siguiente:

17.2 (...)

La Parte que haya recibido la comunicación deberá comunicar a la otra Parte y al REGULADOR su opinión sobre la referida solicitud en un plazo no superior a los quince (15) Días, contados desde la fecha de comunicación de la circunstancia por la cual se invocó la suspensión temporal de las obligaciones. Corresponderá al REGULADOR declarar la suspensión de la Concesión, de conformidad con las Normas Regulatorias. Las obligaciones afectadas por un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, así como el Plazo de la Concesión, quedarán automáticamente suspendidos desde la ocurrencia del evento de fuerza mayor o caso fortuito y mientras dure dicho evento



136. En consonancia con lo dispuesto en la cláusula 4.2 y 4.3, en la cláusula 17.2 debe precisarse que la suspensión de la concesión sólo procede cuando el Concesionario se ha visto imposibilitado de cumplir con todas las obligaciones a cargo del Concesionario. De lo



contrario no sólo existiría una inconsistencia entre las referidas cláusulas, sino también se podrían presentar eventuales controversias o reclamos derivados de su aplicación.

137. Asimismo, tiene que suprimirse la expresión "así como el Plazo de la Concesión", pues esta situación no debe gatillarse automáticamente ante una suspensión de obligaciones, sino en función a la magnitud del evento y/o el carácter de las obligaciones involucradas. Caso contrario, como se señaló en el párrafo anterior, se podrían generar futuros reclamos económicos del concesionario.

V.5.7. Capítulo XVIII: Solución de Controversias

138. La cláusula 18.2 establece:

"18.2. El presente Capítulo regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el REGULADOR en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917.

De conformidad con el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú, se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán por el trato directo y en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, las Partes reconocen que la impugnación de las decisiones del REGULADOR relativas a la aplicación de Tarifas y de las demás decisiones expedidas por el REGULADOR en el ejercicio de sus funciones administrativas, deberá sujetarse a las Leyes y Disposiciones Aplicables."



139. Respecto a esta cláusula, acorde con lo señalado por el Tribunal Constitucional, se recomienda que en este Capítulo se precise que no podrán ser sometidos a trato directo ni arbitraje aspectos que no son de libre disposición, como las funciones y competencias asignadas por Ley al Organismo Regulador; pues la redacción establecida podría dar lugar a que cualquiera de las Partes lleve (evitando recurrir a OSITRAN) a un mecanismo de trato directo y arbitraje, materias que son de competencia del Regulador.

140. Del mismo modo, se recomienda establecer claramente que conforme a lo dispuesto en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, las decisiones del Regulador sólo pueden impugnarse por la vía administrativa y contencioso administrativo, de ser el caso.

141. Por su parte, la cláusula 18.11, establece:

"Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo regulado en el Capítulo IX del presente Contrato, referente a los aspectos tarifarios que corresponde decidir al REGULADOR, serán resueltos por trato directo entre las Partes."



142. Al respecto, acorde con el marco legal y constitucional vigente¹⁷, se propone el siguiente texto:

¹⁷ De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2011-PC-TC, si bien de acuerdo al principio Kompetenz-Kompetenz", se faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, en modo alguno esta puede versar sobre materias de carácter indisponible, (como la reservada por ley a los organismos reguladores) puesto que ello habilita las acciones legales y constitucionales correspondientes.



"Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres sobre materias de carácter disponible, con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo regulado en el Capítulo IX del presente Contrato, referente a los aspectos tarifarios que corresponde decidir al REGULADOR, serán resueltos por trato directo entre las Partes."

143. Por su parte, la cláusula 18.13, dispone:

"18.13 (...)

b) El Tribunal Arbitral puede suplir, a su discreción, cualquier diferencia o laguna existente en la legislación o en el Contrato, mediante la aplicación de los principios generales del derecho y los Convenios, Convenciones y/o Tratados de los que la República del Perú sea signatario".

144. En consonancia con lo señalado en el párrafo anterior, a fin de evitar que eventualmente un Tribunal Arbitral vulnere las atribuciones asignadas por Ley al Regulador, se recomienda que se precise la redacción de este extremo del contrato, indicándose que en ningún caso se afectará la competencia del Regulador.

V.5.8. Capítulo XIX: Modificaciones al Contrato (página 104)

145. La cláusula 19.1 del proyecto de contrato de concesión, establece:

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

La solicitud que en ese sentido realice el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE deberá respetar la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

De conformidad con el Artículo 33 del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo por escrito, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

Para efectos de lo establecido en los párrafos precedentes, debe tomarse en cuenta que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el presente Contrato, requiere la opinión técnica del Regulador.

De igual modo, las Partes podrán presentar una solicitud al REGULADOR destinada a la revisión del Contrato, por causas que a criterio de una de las Partes no se haya previsto a la Fecha de Suscripción del Contrato, tales como incremento del tráfico proyectado superior al estudio de demanda. Para este caso, se requerirá el informe previo del REGULADOR.



19.2 Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Sección, es de aplicación al presente Contrato lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de la Ley de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, y sus modificaciones.

19.3 En caso el CONCEDENTE solicite a PROINVERSIÓN asistencia en la negociación o suscripción de adendas al presente Contrato deberá proporcionar la información necesaria, en la misma oportunidad en que le es presentada por el CONCESIONARIO.

En los casos que el CONCEDENTE no solicite asistencia técnica en la negociación o suscripción de adendas al presente Contrato, de darse el caso, luego de suscritas, deberá remitir a PROINVERSIÓN copia de la misma así como de los antecedentes respectivos, para su conocimiento”.

146. Sobre el particular, en primer término es necesario tener presente que el diseño de un contrato de APP, debe asegurar que las ganancias de eficiencia obtenidas ex – ante, a través de la subasta, se mantengan ex – post en el periodo en el cual este es gestionado por el privado.

147. Por ello, si bien al ser contratos incompletos¹⁸ las renegociaciones de un contrato de concesión de infraestructura vial no son intrínsecamente malas, por lo que estos deben contar con cierto grado de flexibilidad para su modificación, se requiere que se establezcan reglas explícitas de renegociación, a efectos de evitar incentivos que conlleven a modificaciones contractuales ineficientes que eventualmente eliminen o distorsionen las ventajas del proceso competitivo mediante el cual se adjudica la concesión. La capacidad ilimitada para modificar el contrato de concesión, puede eliminar las ventajas del proceso competitivo¹⁹.



148. El establecimiento de reglas explícitas de renegociación resulta consistente con la finalidad de la norma contenida en el artículo 33 del TUO de Concesiones²⁰, en tanto esta dispone que cuando resulte conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar en lo posible, la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes; resultando evidente que una simple referencia o mención en el contrato de concesión al referido dispositivo legal, así como al artículo 9° del Reglamento de la Ley de APP, es insuficiente para alinear los incentivos y evitar la distorsión señalada anteriormente.

149. En esa línea de razonamiento, adicionalmente debe precisarse claramente el alcance del último párrafo de la cláusula 19.1, pues al determinarse supuestos de revisión del contrato de concesión de modo amplio y sin un carácter técnico y objetivo, se generarán incentivos para renegociaciones ineficientes, y más aún, para el inicio de procesos arbitrales que eventualmente desvirtúen las ventajas del proceso competitivo. Debe tenerse presente que por el esquema cofinanciado de esta concesión y la modalidad de suma alzada del contrato, el concesionario tendrá fuertes incentivos a renegociar o controvertir el alcance de las disposiciones contractuales con la finalidad de mejorar su rentabilidad.



¹⁸ Pues sería imposible o excesivamente costoso prever todas las contingencias que pueden suscitarse durante su vigencia.

¹⁹ Al respecto, como bien se señala: “El principal problema por el que se dan estas renegociaciones [léase ineficientes] es que, tanto la administración como el concesionario tienen el incentivo a renegociar cuando las cosas van mal. La administración quiere evitar los costos de transacción y mantener su reputación como gestor público, mientras que la empresa privada será favorable a cualquier medida que aumente su rentabilidad. El principal perdedor de este tipo de transacciones es el usuario o el contribuyente, quien generalmente tiene poca información sobre lo que realmente pasa.” En Infraestructura Pública y Participación Privada: Conceptos y Experiencias en América y España.

²⁰ Así como con el artículo 9° del Reglamento de la Ley de APP.



150. Con esta recomendación se busca preservar el bienestar social, y que los usuarios y/o contribuyentes (principalmente estos últimos, dado el carácter cofinanciado de la concesión) no asuman las consecuencias de eventuales renegociaciones ineficientes.
151. De otro lado, consideramos necesario que el contrato de concesión establezca expresamente que OSITRAN emitirá opinión respecto al acuerdo al que arriben las Partes; pues no resulta factible que el Regulador emita una opinión técnica, sino cuenta con la información necesaria que deben proporcionar ambas Partes, para suscribir la adenda²¹.
152. De acuerdo al marco regulatorio, OSITRAN debe cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, los inversionistas y los usuarios; contando para ello con la autonomía atribuida expresamente por Ley. Por tal motivo, no resulta correcto afirmar o asumir a partir de lo establecido en el literal f) del artículo 7.1²² de la Ley de Creación de OSITRAN²³, que para la emisión de la opinión técnica del Regulador no requiere la información que se deriva del acuerdo previo de las Partes, y menos aún que ésta debe beneficiar o servir como instrumento a una de ellas.
153. Con respecto a lo dispuesto en la cláusula 19.3, debe tenerse presente que la asistencia técnica de PROINVERSIÓN que se menciona en dicho extremo del contrato de concesión debe contar con sustento legal, y no colisionar en modo alguno con la competencia y función de emisión de opinión técnica expresamente asignada por Ley a este Organismo Regulador.

V.5.9. ANEXO VIII: MEDICIÓN DE FLUJOS VEHICULARES

154. El numeral 5 del Anexo VIII, establece:

"AUTORIZACIONES ESPECIALES

5. Las autorizaciones especiales para el tránsito de cargas cuyo peso, altura o ancho exceda al máximo permitido por el Reglamento de Pesos y Dimensiones Vehiculares vigente o norma que la sustituya, son otorgadas por el CONCEDENTE o la entidad que éste designe.

Dicha entidad emitirá las autorizaciones tomando previamente conocimiento del estado de la infraestructura, del Programa de Ejecución y del estado del tránsito, estableciendo las condiciones para permitir el tránsito de la carga especial.

Se informará al CONCESIONARIO de la autorización concedida, de manera que éste efectúe el control de peso de los vehículos, verificando el cumplimiento de lo establecido en la autorización especial y las condiciones en que ésta se otorgue, de manera que el transportista tome las medidas necesarias para evitar daños o deterioro de la infraestructura vial y de los Bienes de la Concesión y tomar las medidas de seguridad que



²¹ Es preciso recordar que este requerimiento ha sido recogido por PROINVERSIÓN en los últimos contratos de concesión, tal como se puede observar en el Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, el Contrato de Concesión del Tren Eléctrico Línea 1, el Contrato de Concesión de la Autopista del Sol: Tramo Trujillo Sullana, el Contrato de Concesión de la Autopista del Norte etc.

²² Al respecto, el artículo 7.1 de la Ley N° 26917, establece:

7.1.-Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

²³ En efecto, la referida disposición legal establece que en caso la renegociación o revisión de un contrato de concesión sea procedente, OSITRAN elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, sin embargo dicha norma no establece ningún tipo de restricción respecto a la información que debe requerir el Regulador para su pronunciamiento.

sean necesarias. La tarifa por esta supervisión será propuesta por el CONCESIONARIO y autorizada por el REGULADOR, siendo pagada por el Usuario al CONCESIONARIO.

En caso de incumplimientos, el CONCESIONARIO informará a la entidad competente para la aplicación de las sanciones que correspondan, teniendo el derecho a reclamar la reparación de los daños y realizar las acciones legales que correspondan."

155. Sobre el particular, se recomienda que se elimine el texto, "La tarifa por esta supervisión será propuesta por el CONCESIONARIO y autorizada por el REGULADOR, siendo pagada por el Usuario al CONCESIONARIO", toda vez que, en rigor de acuerdo al marco regulatorio vigente, al no ser un servicio inherente al uso de la infraestructura, no tiene la naturaleza de una Tarifa, y por tanto no le compete al OSITRAN autorizarla.

VI. CONCLUSIONES

1. Los comentarios a esta versión del Proyecto de Contrato de Concesión realizados en las secciones precedentes, se basan en información remitida por PROINVERSIÓN (Versión al 17.07.2013 de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N, el Modelo Económico Financiero y el Informe sobre "Identificación, análisis y asignación de riesgos"), las Bases del Concurso y la información disponible en su portal institucional a la fecha de elaboración del presente Informe.



2. Asimismo, la opinión vertida en el presente Informe ha tenido en consideración los siguientes criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701 y el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, y en los Lineamientos para la Emisión de Opinión de los Proyectos de Contratos de Concesión:

- Mantener 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
- Preservar la continuidad y sostenibilidad del servicio público y del CONCESIONARIO, a lo largo del plazo de la Concesión.
- Respetar las funciones, competencias y roles asignados en el marco institucional a las diversas entidades del Estado.

2. La opinión contenida en el presente Informe resulta acorde con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF y sus modificatorias.

3. Con relación a los temas tarifarios, de acceso y de calidad de servicio, la opinión del Regulador respecto a la presente versión del Contrato de Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N ((Versión al 17.07.2013), es la siguiente:



- 3.1. Respecto de los temas relacionados con las tarifas y calidad de servicio, se están formulando observaciones cuya implementación resulta necesaria para mejorar las condiciones del Contrato y su correspondiente ejecución y supervisión, motivo por el cual, no resulta factible emitir opinión favorable.



- 3.2. En cuanto a las materias relacionadas con las facilidades esenciales, no corresponde al Consejo Directivo emitir opinión toda vez que el servicio de transporte terrestre por

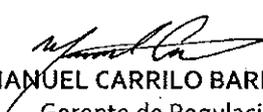
carretera no se encuentra dentro de la lista de facilidades esenciales sujetas al Reglamento Marco de Acceso - REMA de OSITRAN.

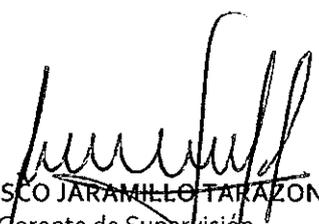
4. Con relación al título Otros Aspectos de Competencia de OSITRAN, vinculado a los temas tarifarios y calidad del servicio, se están formulando recomendaciones cuya incorporación OSITRAN considera necesaria.

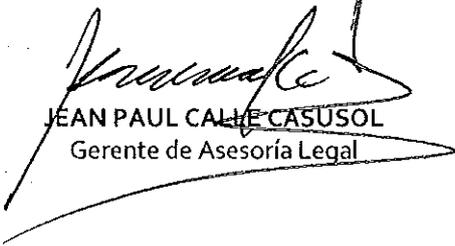
VII. RECOMENDACIÓN

1. En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, el cual contiene la opinión técnica respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión (al 17.07.2013) de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilote-Emp. PE-3N.

Atentamente,


MANUEL CARRILO BARNUEVO
Gerente de Regulación


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

REG.SAL. 21441-13