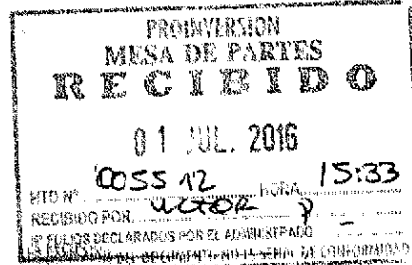




OFICIO CIRCULAR N° 037-16-SCD-OSITRAN

Lima, 01 de julio de 2016

Señor
CARLOS HERRERA PERRET
Director Ejecutivo
PROINVERSIÓN
Av. Enrique Canaval y Moreyra N° 150, Piso 9
San Isidro



Asunto: Opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión de "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica"

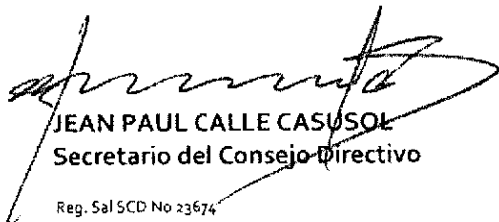
Referencia: Oficio N° 183-2016/PROINVERSIÓN/DE

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle que en Sesión de Consejo Directivo N° 594-16-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN adoptó el Acuerdo N° 1971-594-16-CD-OSITRAN, mediante el cual emite opinión favorable sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica", sujeta a que se subsane la observación referida a la Cláusula 15.21 del Aporte por Regulación, así como las observaciones vertidas en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37 y 38 de las Conclusiones del Informe N° 027-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como también copia del Informe N° 027-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento.

Atentamente;


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario del Consejo Directivo
Reg. Sal SCD No 23674



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

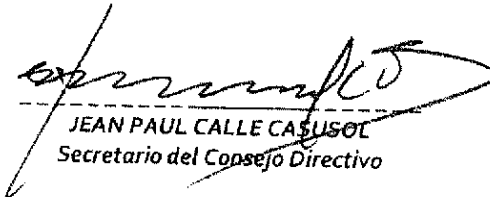
Organismo Supervisor de
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

ACUERDO N° 1971-594-16-CD-OSITRAN
de fecha 01 de julio de 2016

Vistos, el Informe N° 027-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el Oficio N° 183-2016/PROINVERSIÓN/DE mediante el cual PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN para opinión la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica"; y de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y el Artículo 28° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, así como en lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público Privadas y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 127-2014-EF y sus modificatorias, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

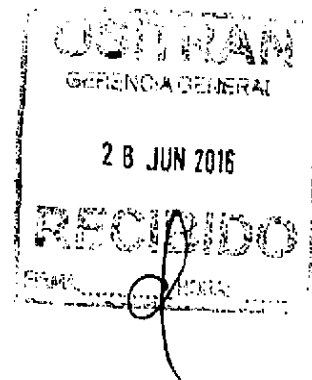
- a) Aprobar el Informe N° 027-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, y en consecuencia, emitir opinión técnica favorable sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica", remitido por PROINVERSIÓN el 14 de junio de 2016, sujeta a que se subsane la observación referida a la Cláusula 15.21 del Aporte por Regulación, así como las observaciones vertidas en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37 y 38 de las Conclusiones del presente Informe. Asimismo, se formulan comentarios y recomendaciones al referido Proyecto de Contrato de Concesión para consideración de PROINVERSIÓN.
- b) Notificar a PROINVERSIÓN y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones el presente Acuerdo, así como copia del Informe N° 027-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.
- 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 del Consejo Directivo



INFORME N° 027-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN



De : **PATRICIA REYNAGA ALVARADO**
Gerente General (e)

: **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

: **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización


: **JEAN PAUL CALLE CASUSOL**
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica"



Referencia : Oficio N° 183-2016/PROINVERSIÓN/DE, recibido el 14.06.2016

Fecha : 28 de junio de 2016

I. OBJETO

- 
1. Emitir opinión técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica", remitida por PROINVERSION a través del documento de la referencia.

II. ANTECEDENTES

- 
- 
2. Mediante Oficio N° 13-2015/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.01, recibido el 8 de setiembre de 2015, la Jefatura de Proyectos Ferroviarios (en adelante, JPFE) de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSION remitió la Primera Versión del Contrato de Concesión del Proyecto "Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica".
 3. Mediante Oficio N° 31-2015/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.01, recibido el 10 de diciembre de 2015, la JPFE de PROINVERSIÓN remitió la Segunda Versión de Contrato de Concesión del referido Proyecto y convocó a una reunión de coordinación interinstitucional, a realizarse el 21 de diciembre de 2015 a las 09:30 horas.
 4. Mediante Oficio N° 5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.01, recibido el 15 de febrero de 2016, la JPFE de PROINVERSIÓN remitió la Tercera Versión del Contrato de Concesión del referido Proyecto y convocó a una reunión de coordinación interinstitucional, a realizarse el 24 de febrero de 2016 a las 15:00 horas.

5. Mediante Oficio N° 09-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.01, recibido el 3 de marzo de 2016, la JPFE de PROINVERSIÓN requirió los comentarios y/o sugerencias de este Organismo Regulador respecto de la versión del Contrato de Concesión remitida por PROINVERSIÓN a través de correo electrónico de fecha 25 de febrero de 2016.
6. Mediante Oficio N° 13-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.01, recibido el 11 de abril de 2016, la JPFE de PROINVERSIÓN remitió la Cuarta Versión del Contrato de Concesión del referido Proyecto y convocó a una reunión de trabajo a realizarse el 15 de abril de 2016 a las 10:00 horas.
7. Mediante Oficio N° 16-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.01, recibido el 20 de abril de 2016, la JPFE de PROINVERSIÓN requirió el monto o porcentaje de las inversiones que este Organismo Regulador considera necesario para la labor de supervisión de las Inversiones Obligatorias.
8. Con fecha 9 de mayo de 2016, mediante Oficio N° 157-16-GG-OSITRAN, se comunicó a PROINVERSIÓN el monto y el porcentaje de supervisión necesario para que este Organismo Regulador pueda efectuar las actividades de supervisión y fiscalización técnica durante la etapa de ejecución de las Inversiones Obligatorias, en virtud de la cláusula 6.63 de la Cuarta Versión del Contrato de Concesión del referido Proyecto. Asimismo, se expresó la preocupación respecto de los recursos que le corresponden a OSITRAN, derivados del pago del Concesionario por el concepto de Aporte por Regulación.
9. Cabe indicar que con el fin de participar en el proceso de coordinación interinstitucional convocado por PROINVERSION, desde el mes de setiembre de 2015 el personal técnico de OSITRAN ha participado en las reuniones de trabajo convocadas por PROINVERSIÓN. Asimismo, en diversas oportunidades, OSITRAN ha remitido a PROINVERSIÓN, vía correo electrónico, comentarios, observaciones y aportes respecto de las distintas versiones de contrato, con la finalidad de coadyuvar a que la Versión Final del Contrato de Concesión pueda ser una generada por el esfuerzo de cooperación interinstitucional, en cuyo marco se ha venido participando durante varios meses conjuntamente con dicha institución y otras entidades del Estado como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Ministerio de Economía y Finanzas.
10. Mediante Oficio N° 183-2016/PROINVERSION/DE, recibido el 14 de junio de 2016, PROINVERSION solicitó a OSITRAN opinión favorable respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica", adjuntando para tal efecto el Informe N° 10: Pautas Finales para el Proceso de Promoción de la Inversión Privada, presentado por el Consultor Integral, y el Proyecto Referencial, contenido en el Informe N° 3 – Ingeniería Básica, Informe N° 4 – Demanda, Informe N° 5A – Ingeniería en el esquema de Rehabilitación y sus notas técnicas que lo actualizan, Informe N° 6A – Evaluación Ambiental Preliminar e Informe N° 10 antes referido.
11. Mediante Oficio N° 186-2016/PROINVERSION/DE, recibido el 16 de junio de 2016, PROINVERSION remitió la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica" al 16.06.2016, el cual contiene las recomendaciones del Ministerio de Economía y Finanzas, referidas a las cláusulas 12.9, 16.15 y al Apéndice 5 del Anexo 5 del referido Contrato. En tal sentido, solicitó la opinión favorable del Regulador respecto del mismo.



12. Mediante Oficio N° 33-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP, recibido el 20 de junio de 2016, la JPFE de PROINVERSIÓN, en el marco de la solicitud de opinión favorable a la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica" al 16.06.2016, remitió un CD conteniendo un archivo del contrato, el cual sustituye al remitido mediante el Oficio N° 186-2016/PROINVERSION/DE.

III. MARCO LEGAL

13. 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.

14. El artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (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.

15. Para tal efecto, el artículo 6° de la citada norma, concordado con el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión privada en Servicios Públicos (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.

16. 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.

17. Tal como se advierte de la Versión Final del Contrato de Concesión remitida por PROINVERSION mediante Oficio N° 33-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPFE.01, de fecha 20 de junio de 2016 (documento con el que nos adjunta la versión corregida del proyecto de contrato y que sustituye al Oficio 186-2016/PROINVERSION/DE, de fecha 16 de junio), ésta fue elaborada de acuerdo a lo regulado por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF; sin embargo, dicha Versión fue presentada en junio del presente año, mes en que dichas normas se encontraban derogadas por el Decreto Legislativo N° 1224¹, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF². En tal sentido,

¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano, 25 de setiembre de 2015.

² Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 27 de diciembre de 2015.

previamente al análisis de fondo, corresponde que este Regulador determine bajo qué marco normativo debe emitir su opinión técnica respectiva.

18. Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1224 señala que las iniciativas estatales que a la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo hayan sido incorporadas al proceso de promoción y hasta su adjudicación, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo³. De esta manera, en cumplimiento del marco normativo vigente, se colige que el procedimiento de elaboración y formulación de proyectos, así como el cumplimiento de requisitos procedimentales se rige por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, en tanto que, respecto a los aspectos sustantivos (no procedimentales), serán de aplicación las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, ya que esta última normativa es de aplicación inmediata desde su entrada en vigencia, es decir, desde el 29 de diciembre de 2015.
19. Dicho esto, considerando el estado del procedimiento a la fecha, corresponde observar el procedimiento y plazos para la emisión de opinión por parte del Regulador, previstos en el numeral 9.3 del Artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1012, según el cual el diseño final de contrato de Asociación Público Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión del Organismo Regulador correspondiente, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia; así como lo previsto en el artículo 14 de su Reglamento, que establece que la Opinión del Regulador se restringirá a los aspectos de su competencia de acuerdo a lo establecido en su ley de creación y su marco normativo.
20. Asimismo, con respecto al análisis de fondo sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, corresponde sustentar la opinión técnica del Regulador en los aspectos sustantivos previstos en la nueva normativa de APP's, debiéndose tener presente que la opinión técnica de OSITRAN sobre el diseño de los 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 37⁴ del Reglamento General de OSITRAN (REGO)⁵, 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, así como a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos y demás materias de competencia del OSITRAN.

³ "DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

(...)

SEGUNDA.- Las iniciativas estatales que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo hayan sido incorporadas al proceso de promoción y hasta su adjudicación, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo".

⁴ "Artículo 37.- Opinión Previa y Supervisión de los Contratos

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

⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.

IV. PRINCIPALES CARÁCTERÍSTICAS DEL PROYECTO

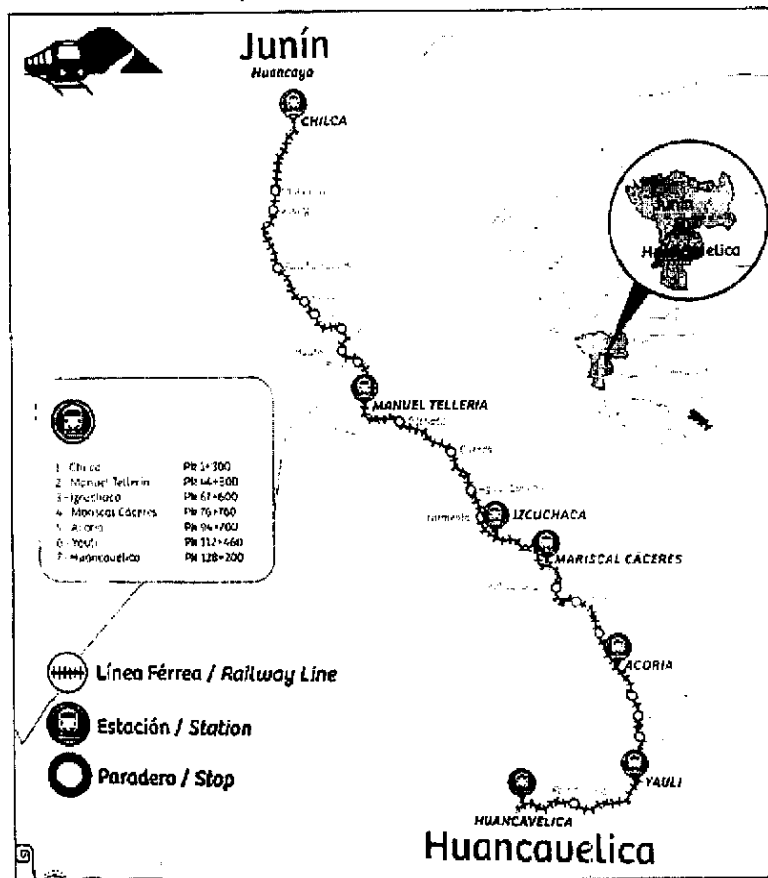
21. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSION contempla las siguientes características:

- Modalidad : Concesión cofinanciada.
- Principales actividades : Elaboración de los EDIs, y el EIA-sd, ejecución de las Obras, provisión del Material Rodante, prestación de los Servicios Obligatorios, Mantenimiento de los Bienes de la Concesión, Explotación, y el derecho de cobro del Cargo de Acceso a la Vía Férrea y la Tarifa de alquiler de Material Rodante.
- Plazo de la Concesión : Treinta (30) años, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.
- Inversión proyectada referencial : USD 248 315 438,87
- Factor de competencia : - Remuneración por Inversión en Obras (RPI-Obras)
- Retribución por Inversión en Material Rodante (RPI-MR)
- Retribución Por Mantenimiento y Operación (RPMO)

22. El siguiente cuadro muestra el esquema del trazo y las estaciones comprendidas en el Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica".



Esquema del trazo y estaciones



Fuente: PROINVERSION

V. ANÁLISIS

23. El análisis que se presenta a continuación se basa en la siguiente información, remitida por PROINVERSION:

- La Versión Final del Contrato (al 16 de junio de 2016), remitida mediante Oficio N° 33-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JJPE.01 de fecha 20 de junio de 2016.
- El Informe N° 10: Pautas Finales para el Proceso de Promoción de la inversión privada, presentado por el consultor integral, el cual incluye, entre otros, lo siguiente:
 - Sustento del régimen económico – financiero (retribución de las inversiones obligatorias, hitos funcionales, entre otros).
 - Evaluación económico – financiera.
 - Niveles máximos de cofinanciamiento.
 - Montos de garantías a favor del Concedente.
 - Identificación, análisis y asignación de riesgos.
 - Evaluación y cuantificación de pasivos contingentes.
 - Pólizas y montos de los seguros.
 - Modelo Económico – Financiero (en archivo Excel).
- Proyecto Referencial, contenido en los siguientes informes:

- Informe N° 3 – Ingeniería Básica,
- Informe N° 4 – Demanda,
- Informe N° 5A – Ingeniería en el esquema de Rehabilitación y sus notas técnicas que lo actualizan,
- Informe N° 6A – Evaluación Ambiental Preliminar, e
- Informe N° 10 antes referido.

24. Asimismo, tendrá en consideración los siguientes criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN el ordenamiento jurídico:

- 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.

V.1. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

25. La opinión técnica de este Organismo Regulador respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica" (en adelante, el Proyecto de Contrato de Concesión) se circunscribirá a las materias de competencia de OSITRAN, conforme al marco legal vigente.

26. Por tanto, y atendiendo a que el título habilitante de la concesión es de naturaleza unitaria y responde a una causa única; encontrándose los aspectos de competencia de OSITRAN vinculados a los temas tarifarios, de Acceso a las Facilidades Esenciales y calidad del Servicio (la función tarifaria ha sido asignada al MTC), el presente informe técnico contendrá el análisis y comentarios sobre dichos temas, y sobre las demás materias regulatorias de competencia de OSITRAN; ello, a efectos que PROINVERSION los tenga en consideración en el diseño del Contrato de Concesión para una mejor aplicación del régimen regulatorio establecido.

V.2. TEMAS TARIFARIOS

V.2.1. Tarifa por Alquiler de Material Rodante

27. El numeral (iii) de la cláusula 7.8 del Proyecto de Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"7.8. Con la finalidad de otorgar a los potenciales Operadores Ferroviarios toda la información relevante y necesaria para solicitar el acceso a la Vía Férrea o el alquiler de Material Rodante, el CONCESIONARIO deberá contar con los reglamentos correspondientes, debidamente aprobados por el Regulador, que contengan como mínimo las siguientes características:

(...)

(iii) Deberá informar sobre la disponibilidad de Material Rodante de propiedad del CONCEDENTE, así como la tarifa referencial aprobada por el CONCEDENTE, la misma que deberá incluir, como mínimo, los costos de mantenimiento y de uso.

(...)"

28. Conforme se advierte del citado numeral, el Concedente aprobará una tarifa referencial para el alquiler del Material Rodante, la cual deberá incluir por lo menos los costos de mantenimiento y de uso. Dicho monto referencial deberá ser informado por el Concesionario a través del Reglamento de Alquiler de Material Rodante, el cual forma parte del Plan de Prestación de Servicios. Al respecto, la cláusula 10.14, establece lo siguiente:

"10.14. El CONCESIONARIO deberá cobrar la Tarifa por alquiler de Material Rodante, cuyo monto y mecanismo de ajuste automático será detallado en el reglamento de alquiler de Material Rodante que se incluye en el Plan de Prestación de Servicios que forma parte del POA del Anexo N° 7 del presente Contrato.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

29. Sobre el particular, a efectos de que la cláusula 10.14 guarde concordancia con la 7.8, debe precisarse en la primera que el monto de la Tarifa por Alquiler de Material Rodante, detallado en el Reglamento de Alquiler de Material Rodante, es de carácter referencial.

30. De otro lado, la cláusula 7.21 establece lo siguiente:

"7.21. En caso un Operador Ferroviario solicite el alquiler del Material Rodante distinto al destinado a la prestación de los Servicios Obligatorios, se otorgará a favor de quien oferte una mayor Tarifa de alquiler de Material Rodante, por un plazo no mayor al establecido en los Contratos de Acceso."

[El subrayado es nuestro]

31. Al respecto, cabe señalar que lo dispuesto en la citada cláusula con relación a la Tarifa de Alquiler de Material Rodante, es aplicable únicamente en el caso que el Material Rodante disponible sea menor al solicitado por los distintos Operadores Ferroviarios interesados o esté siendo usado en esa misma oportunidad por otro Operador Ferroviario, en cuyo caso corresponderá efectuar el mecanismo de subasta, conforme a lo establecido en la cláusula 7.22.

32. En ese sentido, y teniendo presente que la cláusula 7.22 establece que "El resultado de la negociación directa y del proceso de subasta deriva en un contrato de alquiler de Material Rodante, que incluye entre otros aspectos la Tarifa de alquiler de Material Rodante, (...)", se considera que debe modificarse la cláusula 7.21 a efectos de eliminar la referencia a la Tarifa de Alquiler de Material Rodante, tal como se muestra a continuación:

7.21. En caso un Operador Ferroviario solicite el alquiler del Material Rodante distinto al destinado a la prestación de los Servicios Obligatorios, se le otorgará el alquiler por un plazo no mayor al establecido en los Contratos de Acceso."

33. Asimismo, en concordancia con lo anterior, debe precisarse en el numeral (ii) de la cláusula 7.22 que en el caso de subasta, el alquiler del Material Rodante se otorgará a favor de quien oferte una mayor Tarifa de Alquiler de Material Rodante.

V.3. ACCESO A LAS FACILIDADES ESENCIALES

V.3.1. Modalidades de Acceso

34. Las cláusulas 7.14 a 7.20 del Proyecto de Contrato de Concesión regulan el Acceso a la Infraestructura en los siguientes términos:

"MODALIDADES DE ACCESO

7.14. Los Operadores Ferroviarios podrán solicitar acceso a la Vía Férrea, mediante negociación directa, subasta o mandato de acceso, conforme a lo descrito en el artículo 19° del REMA.

7.15. Para el caso de negociación directa, el CONCESIONARIO celebrará los Contratos de Acceso con los Operadores Ferroviarios, que cumplan con lo dispuesto en el reglamento de acceso, a fin que éstos puedan desarrollar el Servicio de Transporte Ferroviario en horarios diferentes a los establecidos para los Servicios Obligatorios.

7.16. Los Contratos de Acceso serán los únicos documentos que acrediten la existencia y alcances de las relaciones entre el CONCESIONARIO y los Operadores Ferroviarios y en ellos deberá diferenciarse expresamente el Cargo de Acceso a la Vía Férrea de cualquier otro derecho de cobro a favor del CONCESIONARIO. En ningún caso, el CONCESIONARIO supeditará el acceso de un Operador Ferroviario a la prestación de Servicios Obligatorios de Transporte Ferroviario y/o Servicios Complementarios a cargo del CONCESIONARIO.

7.17. Los Contratos de Acceso deberán regirse conforme a lo establecido en el REMA vigente a la fecha o norma posterior que lo modifique o sustituya.

7.18. Los Operadores Ferroviarios, salvo el Operador, no podrán ser Empresas Vinculadas al CONCESIONARIO y asimismo no podrá existir vinculación entre los Operadores Ferroviarios, de conformidad a lo establecido en el literal f) del Artículo 106 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2005-MTC y modificado mediante Decreto Supremo N° 031-2007-MTC y N° 027-2009-MTC o norma posterior que la modifique o sustituya. Se entenderá por vinculación a la relación entre dos personas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado, de acuerdo a lo establecido por la Resolución CONASEV N° 090-2005-EF-94.10, modificada con la Resolución CONASEV N° 005-2006-EF/94.10 o norma que la sustituya.



- 7.19. Asimismo, conforme al literal b) del artículo 19° del REMA, en caso dos (02) o más Operadores Ferroviarios, incluyendo al Operador, deseen usar al mismo tiempo el mismo segmento de Vía Férrea, en el mismo horario (distintos a los establecidos para los Servicios Obligatorios), o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro, el CONCESIONARIO queda obligado a realizar una subasta para el acceso a los mismos, a partir del segundo Año de la Concesión, de acuerdo a lo estipulado en el REMA y conforme a lo señalado en las Cláusulas 7.8 a 7.13 del presente Contrato. La selección del ganador de la subasta se efectuará a favor de quien oferte el mayor Cargo de Acceso a la Vía Férrea.

El CONCESIONARIO y el Operador Ferroviario ganador del concurso deberán celebrar el respectivo Contrato de Acceso, salvo que se trate de una renovación, en cuyo caso se deberá modificar el contrato existente, incorporando las condiciones adjudicadas.

- 7.20. En caso el CONCESIONARIO y el Operador Ferroviario no arriben a un acuerdo sobre los cargos o condiciones, plazos y formas establecidas, o exista negativa del CONCESIONARIO a suscribir el Contrato de Acceso, pese a la otorgamiento de la buena pro en la subasta o a la culminación de la negociación directa, el Operador Ferroviario podrá solicitar al Regulador la emisión de un mandato de acceso."

[El subrayado es nuestro]

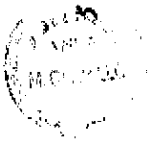
35. En primer lugar, es preciso señalar que, conforme a las cláusulas 7.14 a 7.20, el Acceso a la Infraestructura podrá ser otorgado tanto al Operador como a los Operadores Ferroviarios. En ese sentido, y considerando que el Proyecto de Contrato de Concesión los define de manera separada, se recomienda precisar en la cláusula 7.14 lo siguiente: "Los Operadores Ferroviarios, incluyendo al Operador, podrán solicitar acceso a la Vía Férrea, (...)" Del mismo modo deberá precisarse en la cláusula 7.15: "Para el caso de negociación directa, el CONCESIONARIO celebrará los Contratos de Acceso con el Operador o los Operadores Ferroviarios, (...)".

36. De otro lado, conforme a las cláusulas 7.15 y 7.19 del Proyecto de Contrato de Concesión, los Contratos de Acceso celebrados por el Concesionario con el Operador o los Operadores Ferroviarios tienen por objeto permitir el Acceso a éstos a la infraestructura a fin de que puedan prestar el Servicio de Transporte Ferroviario en horarios distintos a los establecidos para los Servicios Obligatorios. No obstante, la definición de Contrato de Acceso, contenida en la cláusula 1.26 del Proyecto de Contrato de Concesión, establece lo siguiente:

"Contrato de Acceso

Es el contrato celebrado entre el CONCESIONARIO y el Operador o cualquier Operador Ferroviario para la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario, que se regirá conforme a lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público vigente a la fecha o norma posterior que lo modifique o sustituya. Asimismo, este documento regirá las relaciones entre ambos, regulando los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, las características y condiciones de los mismos."

[El subrayado es nuestro]



37. En tal sentido, a fin de que la definición de Contrato de Acceso guarde concordancia con lo establecido en las cláusulas 7.15 y 7.19 del Contrato de Concesión, debe precisarse en la misma que el Contrato de Acceso será celebrado "para la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario en horarios distintos a los establecidos para los Servicios Obligatorios".
38. Por último, con relación a la cláusula 7.18 del Proyecto de Contrato de Concesión, la cual prohíbe que los Operadores Ferroviarios sean Empresas Vinculadas al Concesionario, y asimismo prohíbe que exista vinculación entre los Operadores Ferroviarios, "de conformidad a lo establecido en el literal f) del Artículo 106 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles (...)", cabe mencionar que el referido literal no regula la vinculación entre Operadores Ferroviarios, sino los documentos que debe presentar el solicitante como prueba de su experiencia en transporte ferroviario, a efectos de obtener el Permiso de Operación con eficacia restringida; tal como se muestra a continuación:

"Artículo 106º.- Requisitos para obtener el Permiso de Operación con eficacia restringida

(...)

- f) Copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en transporte ferroviario, indicando el transporte realizado expresado en número de pasajeros, pasajeros-kilómetro, toneladas, toneladas kilómetro.
El período de experiencia debe ser de cinco (05) años continuos, como mínimo.
El solicitante podrá acreditar experiencia mediante un contrato de gestión celebrado con una empresa nacional o extranjera, que sustente la experiencia requerida en transporte ferroviario. En el caso que la empresa gestora sea extranjera deberá presentar el Certificado de la Autoridad Competente del país de origen, en el cual se la reconoce como empresa autorizada a prestar servicios de transporte ferroviario de mercancías, de pasajeros o de ambos.
En el caso que el solicitante sea un consorcio, solo se requiere que uno de los socios acredite experiencia. Asimismo, también puede acreditar experiencia mediante un contrato de gestión, celebrado con una empresa nacional o extranjera que no esté constituido como un miembro del consorcio."

39. En tal sentido, debe indicarse en la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, la referencia correcta del Reglamento Nacional de Ferrocarriles relacionada a la vinculación entre Operadores Ferroviarios.

V.3.2. Cargo de Acceso a la Vía Férrea

40. El Proyecto de Contrato de Concesión regula el cobro que realizará el Concesionario por concepto de Cargo de Acceso a la Vía Férrea en las cláusulas 10.8 a 10.13, de acuerdo a los siguientes términos:

"CARGO DE ACCESO A LA VIA FÉRREA

- 10.8 El CONCESIONARIO deberá cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la Vía Férrea, cargada o vacía, el Cargo de Acceso a la Vía Férrea cuyo monto base y mecanismo de ajuste automático será detallado en el Anexo 9 del presente Contrato.



Respecto al monto base, éste será aplicable en caso de negociación directa y mandato de acceso. Asimismo, dicho monto base será el mínimo referencial en caso de subasta.

En caso de incumplimiento serán de aplicación las penalidades establecidas en el Anexo 10, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal s) de la Cláusula 16.4, cuando corresponda.

Este Cargo de Acceso a la Vía Férrea incluso será aplicable para las unidades de vagón, autovagón y/o coche incluidas en el Anexo 8 o para aquellas de propiedad o de uso del CONCESIONARIO cuando circulen por la Vía Férrea, prestando servicios distintos a los Servicios Obligatorios.

- 10.9 *El Cargo de Acceso a la Vía Férrea es el único concepto que el CONCESIONARIO puede cobrar a los Operadores Ferroviarios por su acceso a la Vía Férrea, por lo que no tiene derecho a solicitar el pago de derechos de llave, regalías o equivalentes por ese mismo concepto, sin perjuicio del derecho del CONCESIONARIO de brindar a los Operadores Ferroviarios otros derechos y/o servicios y de convenir con ellos la respectiva retribución.*
- 10.10 *Los ingresos provenientes del Cargo de Acceso a la Vía Férrea serán depositados por el CONCESIONARIO en la cuenta Recaudadora del Fideicomiso de Administración.*
- 10.11 *El Cargo de Acceso a la Vía Férrea no será aplicable a las unidades que presten los Servicios Obligatorios, ni a las unidades que utilice el CONCESIONARIO destinadas exclusivamente a la vigilancia, reparación y mantenimiento de la Vía Férrea.*
- 10.12 *El CONCESIONARIO podrá solicitar la modificación del Cargo de Acceso a la Vía Férrea si supera los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria establecidos en el Anexo 6 y los Niveles de Servicio establecidos en el Anexo 7.*

El CONCESIONARIO deberá presentar toda la documentación técnica y económica sustentatoria al CONCEDENTE y al Regulador a fin que se establezca el nuevo Cargo de Acceso a la Vía Férrea que resulte aplicable, siguiendo los procedimientos indicados en el REMA, durante la vigencia del Contrato.

Sin perjuicio de este derecho, el CONCESIONARIO deberá solicitar al CONCEDENTE, la modificación del Cargo de Acceso a la Vía Férrea basándose en la mejora de los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria exigidos en el Contrato, antes de realizar las inversiones necesarias para ello, en cuyo caso la nueva tarifa solamente podrá ser aplicada a partir del momento en que el Regulador certifique que el CONCESIONARIO ha alcanzado los nuevos Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria justificantes del nuevo Cargo de Acceso a la Vía Férrea.

- 10.13 *En todo lo relativo al derecho de Cargo de Acceso a la Vía Férrea a ser cobrada por el CONCESIONARIO, son de aplicación las disposiciones establecidas en el REMA, o norma posterior que la modifique o sustituya, según corresponda."*

[El resaltado es nuestro]



41. Conforme a lo establecido en la cláusula 10.8 del Proyecto de Contrato de Concesión, el Concesionario deberá cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la Vía Férrea, cargada o vacía, un Cargo de Acceso a la Vía Férrea, cuyo importe se determinará de acuerdo a los siguientes criterios:
- i) En el caso de negociaciones directas y Mandatos de Acceso, el Cargo de Acceso a la Vía Férrea será igual al monto base establecido en el Anexo 9; y,
 - ii) En el caso de subastas, el Cargo de Acceso a la Vía Férrea constituirá el factor de competencia, en cuyo caso el monto base establecido en el Anexo 9 será considerado el monto mínimo referencial para la subasta.
42. Al respecto, se considera adecuado que el Cargo de Acceso a la Vía Férrea sea igual al monto base establecido en el Anexo 9 únicamente en los casos en que el Acceso a la Vía Férrea sea otorgado como consecuencia de una negociación directa entre el Concesionario y el Usuario Intermedio⁶ o de la emisión de un Mandato de Acceso por parte del Regulador. Asimismo, se considera apropiado que ante el mecanismo de subasta, el Cargo de Acceso sea empleado como factor de competencia⁷ y que el monto base señalado en el Anexo 9 sea establecido como el importe mínimo de referencia; ello a fin de promover una mayor competencia y concurrencia de Operadores Ferroviarios, así como propiciar una mayor Recaudación, lo cual redundará en un menor monto de Cofinanciamiento por parte del Estado.
43. No obstante, la definición de Cargo de Acceso a la Vía Férrea, contemplada en la cláusula 1.26 del Proyecto de Contrato, establece lo siguiente:
- "1.26 (...)
- Cargo de Acceso a la Vía Férrea
Es la contraprestación económica, determinada por el CONCEDENTE, que el CONCESIONARIO cobrará a los Operadores Ferroviarios por el acceso a la Vía Férrea, este monto no incluye los impuestos que resulten aplicables. El Cargo de Acceso a la Vía Férrea no se cobrará por los Servicios Obligatorios."
44. Como puede advertirse, la definición contenida en la cláusula 1.26, señala que el Cargo de Acceso a la Vía Férrea *"es la contraprestación económica, determinada por el CONCEDENTE"*, lo cual discrepa de los términos regulados en la cláusula 10.8. En ese sentido, debe precisarse la referida definición a fin de que ésta sea concordante con lo establecido en dicha cláusula.
45. Asimismo, debe precisarse la definición de Cargo de Acceso a la Vía Férrea estableciendo que el mismo será cobrado tanto al Operador como a los Operadores Ferroviarios. Ello a efectos de que exista consistencia en la lectura del Proyecto de Contrato de Concesión, toda vez que éste define de manera separada los conceptos de Operador y Operador Ferroviario, y establece que ambos podrán prestar Servicios de Transporte Ferroviario distintos a los Servicios Obligatorios.⁸
46. Por tanto, se propone la siguiente redacción:

⁶ El Operador u Operador Ferroviario.

⁷ Conforme a la cláusula 7.19 del Proyecto de Contrato de Concesión: "La selección del ganador de la subasta se efectuará a favor de quien oferte el mayor Cargo de Acceso a la Vía Férrea."

⁸ Cabe indicar que la misma precisión deberá ser realizada en la cláusula 10.9 del Proyecto de Contrato de Concesión.



"1.26 (...)

- Cargo de Acceso a la Vía Férrea
*Es la contraprestación económica, determinada conforme a la cláusula 10.8 del presente Contrato, que el **CONCESIONARIO** cobrará al **Operador** o a los **Operadores Ferroviarios** por el acceso a la Vía Férrea, este monto no incluye los impuestos que resulten aplicables. El Cargo de Acceso a la Vía Férrea no se cobrará por los Servicios Obligatorios."*

V.4. CALIDAD DE SERVICIO

V.4.1. SECCION VI: DE LAS INVERSIONES OBLIGATORIAS

a) Sobre el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI)

47. La cláusula 6.4 del Proyecto de Contrato de Concesión establece que corresponde al Concedente aprobar los EDI, previa opinión técnica del Regulador; tal como se muestra a continuación:

"6.4. *Los EDI deberán ser elaborados, conforme a las Especificaciones Técnicas Básicas, al Contrato, a las Leyes y Disposiciones Aplicables y a las Buenas Prácticas de Ingeniería y Construcción, considerando el procedimiento establecido en la presente Cláusula.*

En este sentido, la evaluación que el Regulador y el CONCEDENTE hagan de los EDI tiene por finalidad analizar si lo desarrollado por el CONCESIONARIO se ajusta como mínimo a lo requerido en el Anexo N° 6 - Especificaciones Técnicas Básicas del Presente Contrato. Corresponde al CONCEDENTE, aprobar los EDI previa opinión técnica del Regulador.

El CONCESIONARIO presentará al CONCEDENTE, en el EDI de Obra, la programación de ejecución de Hitos Funcionales de Obras. Asimismo, en el EDI de Material Rodante, el CONCESIONARIO presentará la programación de los Hitos Funcionales de Material Rodante."

[El subrayado es nuestro]

48. No obstante, la definición del EDI contenida en la cláusula 1.26, establece que dicho documento técnico será aprobado por el Concedente, con opinión técnica favorable del Regulador:

"Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI)

Es el documento técnico elaborado por el CONCESIONARIO, y aprobado por el CONCEDENTE, con opinión técnica favorable del Regulador, en el que se establecen los detalles de diseño de ingeniería del Proyecto "Rehabilitación del Ferrocarril Huancayo - Huancavelica" y que contiene como mínimo, y según corresponda, lo indicado en el Anexo N° 6 del presente Contrato."

[El subrayado es nuestro]

49. Sobre el particular, con la finalidad de mantener uniformidad de criterios, se sugiere eliminar de la definición contenida en la cláusula 1.26, la palabra "favorable"; de manera que el Regulador emitirá su opinión técnica respecto del EDI.

b) **Sobre la fórmula Polinómica**

50. La cláusula 6.8 del Proyecto de Contrato de Concesión establece que los Hitos Funcionales serán ajustados por precios, de acuerdo a la estructura de costos, dentro de la que se incluye el costo de materiales de construcción, entre otros. Para tal fin, la mencionada cláusula establece que los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) elaborados por el Concesionario deben contener las fórmulas polinómicas necesarias para la realización de dichos ajustes. Al respecto, la mencionada cláusula establece lo siguiente:

"6.8. Los EDI de Obras a ser elaborados por el CONCESIONARIO deberán incluir las fórmulas polinómicas que permitan el ajuste por precios de los Hitos Funcionales correspondientes, en la moneda que corresponda, según la estructura de costos. La elaboración de dichas fórmulas polinómicas deberá ajustarse a las Leyes y Disposiciones Aplicables.

Los Componentes mínimos que se deben incluirse en las fórmulas polinómicas de los EDI, según corresponda:

- Costo de mano de obra
- Costo de materiales de Construcción
- Costos de Equipo"

[El subrayado y resaltado es nuestro]

51. Sobre el particular, es pertinente señalar que en Concesiones actualmente vigentes, cuyos Contratos prevén que las referidas fórmulas polinómicas serán determinadas en los respectivos EDI, se han presentado retrasos en la aprobación del EDI, debido a discrepancias en la fórmula polinómica que tendría que aplicarse. Así, se advierte que lo establecido en la cláusula 6.8 del Proyecto de Contrato de Concesión podría generar también dilaciones en la aprobación de los EDI de Obras, en caso se presenten diferencias con el Concesionario en los elementos a incluir en la fórmula polinómica.⁹



52. Por tanto, a fin de evitar inconvenientes y retrasos en el proceso de aprobación de los EDI de Obras y, en consecuencia, en el reconocimiento de las Inversiones Obligatorias, se considera necesario establecer en el Contrato de Concesión, la fórmula polinómica con la que se realizarán los ajustes de precios de los Hitos Funcionales.¹⁰

c) **Sobre el inicio de la ejecución de las Obras**

53. La cláusula 6.21 del Proyecto de Contrato de Concesión establece los plazos para el inicio de la ejecución de las Obras en cada uno de los tramos de la Concesión (Tramo 1 y Tramo 2). Con relación al Tramo 1, se establece lo siguiente:



⁹ Por ejemplo, en los factores de ponderación, los insumos de la construcción que se utilizarán, el tipo de moneda que contendrá la fórmula, hasta qué mes se ajustará por fórmula polinómica, entre otros.

¹⁰ Cabe indicar que esta observación fue formulada en las reuniones de coordinación convocadas por PROINVERSIÓN así como en la Matriz de Comentarios remitida a dicha institución.

"6.21. Las Obras se ejecutarán de la siguiente manera:

(i) El Tramo 1 deberá iniciarse a más tardar a los Treinta (30) Días Calendario contados a partir del momento en que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) Se haya suscrito el Acta Integral de Entrega de los Bienes, o se haya entregado la totalidad de los Bienes de la Concesión que conforman el Tramo 1, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 5.11 y siguientes,
- b) El CONCESIONARIO haya obtenido la aprobación del EDI del Tramo 1, de acuerdo a lo indicado en esta Sección,
- c) El CONCESIONARIO haya obtenido la certificación ambiental correspondiente,
- d) El CONCESIONARIO haya obtenido el Cierre Financiero, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 10.1. a 10.4, según corresponda,
- e) El CONCESIONARIO haya contratado las pólizas de seguros a que se refiere la Cláusula 12.3,
- f) El CONCESIONARIO haya cumplido con la constitución del Fideicomiso de Administración, según lo indicado en la Anexo 5.

Asimismo, el CONCESIONARIO deberá haber dado cumplimiento a todas las obligaciones que le correspondan, de acuerdo a lo previsto en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

(...)"

54. Como puede observarse, el plazo para el inicio de las Obras en el Tramo 1 se encuentra supeditado al cumplimiento de cada uno de los requisitos listados en el numeral (i). Así, en caso que el Concesionario se retrase en el cumplimiento de cualquiera de dichos requisitos, el inicio de ejecución de las Obras también se verá aplazado.

55. Al respecto, cabe indicar, por ejemplo, que con relación a las obligaciones socio ambientales del Concesionario, la cláusula 13.2 del Proyecto de Contrato de Concesión no establece el plazo para que el Concesionario elabore el Estudio de Impacto Ambiental semidetallado (EIA-sd); únicamente la cláusula 13.3 establece que el Concesionario deberá acreditar que cuenta con la aprobación de dicho estudio y la certificación ambiental correspondiente, previo al inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias. De este modo, conforme a los términos establecidos en la cláusula 6.21, el inicio de ejecución de las Obras podría verse dilatado de manera indefinida.

56. De otro lado, para el inicio de la ejecución de las Obras en el Tramo 2, se establece como condición que se haya suscrito el Acta de Aceptación de las Obras del Tramo 1. No obstante, la misma cláusula señala que, excepcionalmente, el Concesionario podrá solicitar la exoneración del cumplimiento de dicha condición, siempre que garantice la continuidad del servicio en el Tramo 2. En efecto, la mencionada cláusula establece literalmente lo siguiente:



"6.21. Las Obras se ejecutarán de la siguiente manera:

(...)

(ii) La ejecución de las Obras del Tramo 2 deberá iniciarse a más tardar a los Treinta (30) Días Calendario contados a partir del momento en que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) Se haya suscrito el Acta Integral de Entrega de los Bienes, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 5.21 y siguientes,
- b) Se haya suscrito el Acta de Aceptación de las Obras del Tramo 1,
- c) El CONCESIONARIO haya obtenido la aprobación del EDI del Tramo 2, de acuerdo a lo indicado en esta Sección,
- d) El CONCESIONARIO haya contratado las pólizas de seguros a que se refiere la Cláusula 12.3.

Excepcionalmente, el CONCESIONARIO podrá solicitar la exoneración del cumplimiento de lo dispuesto en el literal b) del numeral (ii) de la presente Cláusula, siempre y cuando garantice la continuidad del servicio en el Tramo 2".

[El subrayado y resaltado es nuestro]

57. Sobre el particular, cabe indicar que para efectos de la referida exoneración, el Proyecto de Contrato de Concesión no establece, entre otros aspectos, a qué entidad deberá dirigir el Concesionario su solicitud. Así, con el fin de evitar inconvenientes operativos en la aplicación del Contrato de Concesión, se considera necesario establecer en el Contrato de Concesión un procedimiento en caso el Concesionario opte por la exoneración del cumplimiento de la condición establecida en el literal b) del numeral ii) de la cláusula 6.21. Dicho procedimiento debe definir: i) las condiciones necesarias para la aceptación de la exoneración; y, ii) los plazos necesarios para la presentación y aprobación de la solicitud de exoneración de suscripción del Acta de Aceptación de las Obras del Tramo 1 por parte del Concedente.
58. Asimismo, a fin de evitar que el inicio de ejecución de las Obras, tanto del Tramo 1 como del Tramo 2, se vea dilatado de manera indefinida, debe establecerse en la cláusula 6.21 del Contrato de Concesión, el plazo máximo que tiene el Concesionario para iniciar dichas obras, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones indicadas en los numerales (i) y (ii) de la referida cláusula.
- d) **Sobre el Evento Geológico**
59. La cláusula 6.32 del Proyecto de Contrato de Concesión establece las condiciones bajo las cuales el Concedente asumirá los costos que surjan de las ocurrencias reconocidas como Eventos Geológicos. De manera literal, la referida cláusula establece lo siguiente:



6.32 Asimismo, el CONCEDENTE asumirá únicamente los costos que surjan de ocurrencia(s) reconocida(s) como Evento Geológico, siempre que ésta(s):

- (i) no sea(n) imputable(s) al CONCESIONARIO, y
- (ii) no se haya(n) previsto, en el Anexo N° 6 del presente Contrato, acciones o intervenciones para superarlas, y
- (iii) Haya(n) generado derrumbes y/o el hundimiento y/o el colapso y/o socavación del terreno sobre el cual se apoya la plataforma de la Vía, en los siguientes supuestos:

- (a) Para el caso del sub tramo no construido que forme parte del Tramo en ejecución, la ocurrencia deberá contar con volúmenes superiores a los cincuenta (50) metros cúbicos (m³).
- (b) Para el caso del sub tramo construido que forme parte del Tramo en ejecución, la ocurrencia deberá contar con volúmenes superiores a los doscientos (200) metros cúbicos (m³).

En caso se presenten volúmenes inferiores a los señalados en los literales (a) y (b) del presente numeral, será el CONCESIONARIO quien asuma los costos que surjan de derrumbes y/o el hundimiento y/o el colapso y/o socavación del terreno sobre el cual se apoya la plataforma de la Vía".

[El subrayado y resaltado es nuestro]

60. Sobre el particular, de la lectura del último párrafo del numeral (iii) de la cláusula 6.32 se desprende que el Concedente únicamente reconocerá los costos incurridos por el Concesionario, que se generen por los volúmenes que excedan a los señalados en los literales (a) y (b) de dicho numeral³³.
61. En tal sentido, con el fin de evitar inconvenientes operativos en el reconocimiento de los pagos al Concesionario, se considera necesario señalar de manera explícita en la cláusula 6.32 del Contrato de Concesión que el reconocimiento del Concedente de los costos por Eventos Geológicos será sólo por aquellos volúmenes que se encuentren por encima de los volúmenes bases establecidos en los literales (a) y (b) del numeral (iii) de la referida cláusula.
62. Cabe indicar que, en el caso de las Emergencias Ferroviarias, dicha precisión sí se encuentra establecida de manera expresa en la cláusula 8.12, la cual señala que "(...) el CONCESIONARIO podrá solicitar al CONCEDENTE el reembolso por los volúmenes adicionales a cincuenta (50) metros cúbicos (m³) o doscientos (200) metros cúbicos (m³), según corresponda (...)".

³³ Así, por ejemplo, en caso se produzca un Evento Geológico en el sub tramo no construido que forme parte del Tramo en ejecución, cuyo volumen sea de 70 m³, el Concedente asumirá solo la diferencia entre dicho volumen y el volumen base (50m³); es decir, el Concedente sólo reconocerá los costos correspondientes a 20 m³, siendo que los costos de los otros 50m³ serán asumidos por el Concesionario.

e) **Sobre el monto del Hito Funcional de Material Rodante**

63. La cláusula 6.52 del Proyecto de Contrato de Concesión regula el monto mínimo que deberá tener el Hito Funcional referido al Material Rodante, en los siguientes términos:

"6.52 El CONCESIONARIO se obliga a la provisión de Material Rodante de acuerdo a lo establecido en el cronograma detallado, y en el plazo de ejecución del Hito Funcional de Provisión, los cuales tienen un presupuesto no menor a millones de Dólares (US\$)".

[El subrayado y resaltado es nuestro]

64. Sobre el particular, se observa que dicha cláusula no establece el monto del presupuesto mínimo que tendrá el Hito Funcional. En este sentido, es preciso que se establezca claramente en el Contrato de Concesión el presupuesto que debe tener el Hito Funcional de Provisión de Material Rodante.

V.4.2. SECCION VIII: SOBRE EL MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD FERROVIARIA

65. Con relación a las obligaciones del Concesionario referidas al Mantenimiento de los Bienes de la Concesión, la cláusula 8.1 del Proyecto de Contrato de Concesión establece que el Concesionario deberá mantener los Bienes de la Concesión en buen estado de Conservación a fin de que estén aptos para la operación, de acuerdo a los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria conforme a los Anexos 6 y 7 del Contrato de Concesión. Al respecto, dicha cláusula señala lo siguiente:

"8.1. El CONCESIONARIO deberá mantener los Bienes de la Concesión en buen estado de conservación a fin de que sean aptos para la operación, de acuerdo a los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria conforme a lo descrito en el Anexo N° 6 y Anexo N° 7 del presente Contrato, los mismos que el CONCESIONARIO declara expresamente conocer y que rigen a partir de la Etapa Transitoria."

[El subrayado es nuestro]

66. Adicionalmente, la cláusula 8.2 del Proyecto de Contrato de Concesión establece que, excepcionalmente, en caso que alguno de los Bienes de la Concesión, recibidos por el Concesionario en la Toma de Posesión, no cumpliera con los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria establecidos en el Anexo 6, se podrá generar, de mutuo acuerdo entre las Partes, un régimen específico de Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria aplicables a dichos Bienes. En efecto, la referida cláusula establece lo siguiente:



"8.2 Excepcionalmente, en caso que por razones técnicas alguno de los Bienes de la Concesión, recibidos por el CONCESIONARIO en la Toma de Posesión, no pudiera cumplir con los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria conforme a lo descrito en el Anexo N° 6, el CONCESIONARIO deberá comunicar al CONCEDENTE y al Regulador, en un plazo máximo de sesenta (60) Días Calendarios contados desde la Toma de Posesión, dicha situación, para generar, de ser necesario y, de mutuo acuerdo entre las Partes, un régimen específico de Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria aplicables a dichos Bienes".

[El subrayado y resaltado es nuestro]

67. Adicionalmente, la cláusula 8.3 establece que las Partes acordarán el plazo en el cual los Bienes deben alcanzar los estándares establecidos en el Anexo 6. Al respecto, la mencionada cláusula establece:

"8.3 Las partes acordarán el plazo para las acciones, a cargo y costo del CONCESIONARIO, que deberán ser implementadas, en caso corresponda, para alcanzar los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria conforme a lo descrito en el Anexo N° 6.

En caso el CONCESIONARIO califique dicho Bien de la Concesión como Bien Obsoleto, corresponderá seguir el procedimiento establecido en la Cláusula 5.35 a 5.37 del presente Contrato".

[El subrayado es nuestro]

68. Al respecto, teniendo en consideración lo establecido en la cláusula 8.1, se considera que, desde la toma de Posesión, todos los Bienes de la Concesión deben cumplir obligatoriamente con los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria establecidos en los Anexos 6 y 7, a fin de que los mismos estén aptos para la operación y no se generen problemas en los servicios prestados a los usuarios ni condiciones inseguras en la prestación del Servicio por parte del Concesionario (a través del Operador).
69. Sin perjuicio de lo señalado, de no ser posible el cumplimiento de las condiciones establecidas por razones debidamente sustentadas, el mismo que debe estar debidamente acreditado; debe especificarse en el Contrato de Concesión un plazo máximo para que el Concesionario restituya los estándares establecidos en los Anexos 6 y 7 del Contrato de Concesión.

V.4.3. ANEXO 6- ESPECIFICACIONES TECNICAS

a) Pasos a Nivel

70. El numeral 1501 del Anexo 6 del Proyecto de Contrato de Concesión, regula los Pasos a Nivel que se ejecutarán en el proyecto, detallando cuáles tendrán barreras y cuáles no. Al respecto, dicho numeral señala lo siguiente:

"1501. A PASOS A NIVEL EXISTENTES

1. Definición de las obras



Comprende las actuaciones necesarias para adecuar la zona de cruce de acuerdo a las exigencias de la propiedad, en los siguientes pasos a nivel existentes:

Emplazamiento de los Pasos a Nivel existentes, donde se actuará.

Nº	Progresiva actual (PK)	Ubicación / Referencia	Tipo de Paso a Nivel (sin barreras y con barreras)
1	0+200	Huancayo: Av. Ferrocarril con Jr Junín	con barreras
2	0+400	Huancayo	con barreras
3	0+545	Huancayo: Av. Ferrocarril y Jr. Huánuco	con barreras
4	0+681	Huancayo: Av. Ferrocarril con	con barreras
5	0+904	Huancayo: Av. Ferrocarril con Jr. Ancash	con barreras
6	0+985	Huancayo: Av. Ferrocarril con Jr. Arica	con barreras
7	1+061	Chilca: Av. Ferrocarril con Av. Real	con barreras
8	1+275	Chilca: Av. Ferrocarril con Av. Arequipa	con barreras
9	1+300	Chilca: Portón de Ingreso	con barreras
10	1+461	Chilca: Av. Ferrocarril con Av. Gral. Cordova	con barreras
11	1+622	Chilca: Av. Ferrocarril con Av. Huancavelica	con barreras
12	2+090	Chilca	con barreras
13	2+975	Chilca: Av. 31 de Octubre	sin barreras
14	4+568	Chilca	sin barreras
15	5+068	Chilca	sin barreras
16	5+276	Chilca	sin barreras
17	5+700	Huancan	sin barreras
18	6+424	Huancan: Chanchas	sin barreras
19	6+691	Huancan: Chanchas	sin barreras
20	8+457	Huayucachi	sin barreras
21	8+600	Huayucachi	sin barreras
22	8+800	Huayucachi	sin barreras
23	9+162	Huayucachi	sin barreras
24	9+800	Huayucachi	sin barreras
25	10+914	Viquez: Viquez	sin barreras
26	43+800	Manuel Tellería	sin barreras
27	52+030	Pilchaca: Pilchaca	sin barreras
28	67+500	Izcuchaca: Izcuchaca	con barreras
29	68+290	Izcuchaca: Tambillo	con barreras
30	76+400	Mariscal Caceres: Mariscal Caceres	sin barreras
31	92+400	Acoria: Acoria	con barreras
32	95+754	Acoria: Acoria	con barreras
33	117+600	Yauli	sin barreras
34	126+205	Huancavelica: Santa Teresita	con barreras
35	127+629	Huancavelica: Manchego Muñoz	con barreras
36	128+423	Huancavelica: Huancavelica	con barreras

Los pasos a nivel son los elementos de señalización ferroviaria que controlan el cruce de vehículos de carreteras a través de las vías del tren. (...)"

71. Al respecto, el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, en su artículo 27º establece lo siguiente:



Artículo 27°.-

"(...) Los costos del proyecto de cruce, de la construcción, de las instalaciones de seguridad, así como de su mantenimiento y operación, son asumidos por el titular del camino.(...)"

[El subrayado y resaltado es nuestro]

72. Asimismo, el Reglamento Nacional de Transito, también especifica lo siguiente:

Artículo 54°.-

En los cruces a nivel de vías férreas con otras vías, públicas o privadas, la organización Ferroviaria a cargo de la vía férrea, debe instalar y mantener en buen estado, señales con las características y ubicación que establece el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, destinadas a avisar del cruce, a los trenes y a otros vehículos ferroviarios que transitan por la vía férrea.

La Autoridad competente a cargo de la vía que cruza la vía férrea, debe instalar y mantener en buen estado, señales y sistemas de seguridad, con las características y ubicación que establece el Manual de Dispositivos de Control del Tránsito Automotor para Calles y Carreteras."

73. De acuerdo a lo señalado en las referidas normas, los costos del proyecto de cruce, de la construcción de las instalaciones de seguridad, así como de su mantenimiento y operación, son asumidos por el titular del camino; y la Autoridad competente a cargo de la vía que cruza la vía férrea debe instalar y mantener en buen estado señales y sistemas de seguridad.
74. En ese sentido, a fin de evitar inconvenientes operativos en la aplicación del Contrato de Concesión, debe adecuarse la ejecución de las Obras señaladas en el cuadro precedente en marco de lo establecido en las normativas señaladas anteriormente.

b) **Materiales de durmientes**

75. El numeral **1502.A SUMINISTRO DE DURMIENTES** del Anexo 6 del Proyecto de Contrato de Concesión, referido al tipo de material de durmientes, dispone lo siguiente:

"1. Definición de las obras. Esta actividad describe las condiciones exigidas en el suministro a obra y colocación de los durmientes sobre el lecho de balasto previamente construido, que podrán ser:

- *De concreto pretensado, a ser empleados en vía principal.*
- *De madera, a ser empleados en la zona de alcantarillas, curvas cuyos radios requieran sobreancho, desvíos secundarios, los accesos a tornamesas, en el Patio taller de Chilca y Patio de Huancavelica."*

76. Por su parte, el literal b) del numeral **3.2 Durmientes** del Apéndice 4 del Anexo 7 del Proyecto de Contrato de Concesión, señala lo siguiente:

"b) Los durmientes instalados en la vía férrea deben ser del mismo tipo (madera, concreto u otro tipo específico) en tramos del orden de 1.000 metros de longitud."



77. Al respecto, se observa que entre el numeral 3.2 del Apéndice 4 del Anexo 7 y el numeral 1502.A del Anexo 6 existe una incongruencia, toda vez que en el numeral 3.2 se señala que las durmientes pueden ser elaboradas de madera, concreto e incluso de otro tipo específico; mientras que el numeral 1502A del Anexo 6 señala que sólo pueden ser de madera y concreto.
78. En tal sentido, se recomienda precisar ambos numerales a efectos de que sean concordantes y así evitar inconvenientes en la etapa de supervisión de la conservación de la vía férrea.

V.4.4. Anexo 7: NIVELES DE SERVICIO

a) Sobre la entidad competente en la Supervisión de la Prestación del Servicio.

79. En los numerales 7.2.4.4 y 7.2.5.2 del Anexo 7 del Proyecto de Contrato de Concesión, se establece la participación de este Organismo Regulador en la supervisión de la Prestación del Servicio. Al respecto, de manera textual dichos numerales señalan lo siguiente:

7.2.4.4. Índice de Satisfacción del Usuario (SU):

Indica el nivel de satisfacción percibida por el Usuario medida a través de los siguientes indicadores que se muestran a continuación, la misma que deberá ser utilizada por el CONCESIONARIO para la elaboración de la encuesta (se utilizarán los idiomas español y quechua). (...)

Cada seis (06) meses el CONCESIONARIO deberá verificar junto con el Regulador los parámetros a ser medidos para que siempre sean actualizados con las modificaciones de las necesidades de los Usuarios y de la operación. El valor obtenido de la encuesta debe aplicarse para el factor de penalización mensual. (...)

7.2.5.2.5. Adicionalmente, el Regulador podrá efectuar evaluaciones en la oportunidad y lugares que considere convenientes, sin la necesidad de previo aviso al CONCESIONARIO. También podrá emplear información proporcionada por los Usuarios o por el CONCEDENTE para detectar el eventual incumplimiento del Servicio.

7.2.5.2.6. De la evaluación realizada se elaborará un acta con un (1) original y dos (2) copias, en donde se detallará el incumplimiento de los Niveles de Servicio y las observaciones que pueda realizar el Regulador, así como también los descargos que el CONCESIONARIO estime convenientes realizar. El Regulador y el CONCESIONARIO conservarán una copia del Acta, quedando el original para el CONCEDENTE. La ausencia de descargos por parte del CONCESIONARIO en el Acta se tomará como conformidad de la misma con el resultado de la evaluación realizada.

Para tales efectos será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de Supervisión del Regulador vigente a la fecha o norma posterior que la modifique”.

[El subrayado es nuestro]

80. Al respecto, debe señalarse que el Anexo 7 tiene por objetivo establecer los Niveles de Servicio mínimos de operación y conservación, así como los índices y procedimientos de supervisión de la prestación del Servicio de Transporte Ferroviario. Asimismo, de conformidad con la cláusula 7.23 del Proyecto de Contrato de Concesión, corresponde al Concedente efectuar las acciones de supervisión y fiscalización de la prestación de dicho Servicio, de acuerdo a los Niveles de Servicio establecidos en dicho Anexo.

81. En ese sentido, el Regulador no tiene competencia para la supervisión de las obligaciones previstas en los numerales 7.2.4.4 y 7.2.5.2 anteriormente citados; por lo que, debe



excluirse en el Contrato de Concesión la intervención del OSITRAN en todos los aspectos relacionados a la Prestación del Servicio, por no ser de su competencia sino del Concedente, conforme a lo establecido en el Proyecto de Contrato de Concesión.²²

b) **Rieles defectuosos**

82. Con respecto al numeral 3.3 del Apéndice 4 del Anexo 7, las fisuras, grietas, entre los otros defectos indicados en dicho numeral, generalmente no pueden ser detectados de forma visual; por lo cual, con la finalidad que detectar este tipo de defectos se recomienda incluir como una obligación del Concesionario que al menos una vez al año, realice una inspección de los rieles por ultrasonido de toda la vía férrea.

c) **Señales**

83. El numeral 6 del Apéndice 4 del Anexo 7 señala lo siguiente:

"- Todas las inspecciones y su trazabilidad deberán ser reportadas por el CONCESIONARIO en los formatos correspondientes y con periodicidad mensual al CONCEDENTE."

84. Al respecto, recomendamos incluir que esta documentación también sea remitida al Regulador por ser competente en la supervisión de la infraestructura ferroviaria.

V.5. **APORTE POR REGULACIÓN**

85. La cláusula 15.21 del Proyecto de Contrato de Concesión regula el pago de Aporte por Regulación por parte del Concesionario. Al respecto, de manera textual dicha cláusula establece lo siguiente:

15.22 El CONCESIONARIO está obligado a pagar al Regulador el Aporte por Regulación a que se refiere el Artículo 14º de la Ley N° 26917 y 10º de la Ley N° 27332, en los términos y condiciones establecidos en dichas normas legales y las normas reglamentarias que de éstas se deriven.

El Aporte por Regulación, en ningún caso, podrá ser inferior al 0.85% del RPMO ofertado.

[El subrayado y resaltado es nuestro]

86. Sobre el particular, es pertinente señalar que, de acuerdo a lo establecido en el Apéndice 2 del Anexo 5 del Proyecto de Contrato de Concesión, el importe del Cofinanciamiento que corresponde depositar al Concedente, a favor del Concesionario, será determinado conforme a la siguiente fórmula:

"Cofinanciamiento = RPI_Obra + RPI_MR + RPMO_f - Recaudación

Asimismo:

$$RPMO_f = RPMO \times (1 - FPT)$$

²² Cabe indicar que esta observación fue formulada en las reuniones de coordinación convocadas por PROINVERSIÓN así como en la Matriz de Comentarios remitida a dicha institución.

Donde:

RPMO_f : Valor neto del RPMO final

RPMO : Valor del RPMO ofertado

FPT : Factor de Penalización Trimestral conforme a lo establecido en el numeral 7.2.5.2.1. del Anexo 7 del presente Contrato.

Donde:

Recaudación: *Corresponde a los ingresos provenientes del cobro de las Tarifas por Servicios Obligatorios, Tarifas de alquiler de Material Rodante, Cargo de Acceso a la Vía Férrea, el porcentaje de los Ingresos por Servicios Complementarios que corresponden al CONCEDENTE sin incluir el IGV, y las Penalidades Consentidas."*

[El subrayado y resaltado es nuestro]

87. Con relación a lo anterior, el numeral 7 del referido Apéndice establece que "para realizar el pago del Cofinanciamiento, **el CONCESIONARIO deberá emitir una factura a favor del CONCEDENTE.**" Así, el Concesionario emitiría una factura al Concedente únicamente por el importe del Cofinanciamiento, el cual incluye los pagos por RPI_Obra, RPI_MR y RPMO_f, deducida la Recaudación. Con relación a esto último, según los términos y alcance de la definición de **Tarifa por Servicios Obligatorios**²³, contenida en el Contrato de Concesión, se advierte que la titularidad de los ingresos derivados de dicha Tarifa, y por ende, su facturación, corresponderá al Operador.
88. De este modo, durante la vigencia del Contrato de Concesión se podrían generar contingencias en la recaudación del Aporte por Regulación que le corresponde al OSITRAN. Ello, teniendo presente que el Concesionario no emitirá factura por la Recaudación de la Tarifa por Servicios Obligatorios, toda vez que su titularidad y por ende su facturación corresponderá al Operador.
89. En efecto, en caso que la Recaudación de la Tarifa por Servicios Obligatorios sea mayor que el monto previsto en el Contrato de Operación²⁴ y, en el extremo, que el RPMO_f y las demás variables de Cofinanciamiento (RPI_Obra y RPI_MR), se afectaría la base de cálculo del Aporte por Regulación, y en consecuencia, **OSITRAN dejaría de recaudar el Aporte por Regulación de los ingresos que le corresponden al Concesionario por el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria contenida en el RPMO_f**, con lo cual OSITRAN no contaría con recursos suficientes para realizar sus funciones atribuidas por Ley.

²³ **Tarifa por Servicios Obligatorios**

Es la contraprestación económica determinada por el CONCEDENTE, que cobrará el Operador, a través del Fiduciario, a los Usuarios por la prestación de los Servicios Obligatorios, conforme a lo establecido en la Sección X del presente Contrato.

La titularidad de los ingresos recaudados por Tarifa por Servicios Obligatorios es del Operador.

El CONCESIONARIO es responsable frente al CONCEDENTE del cobro de la Tarifa por Servicios Obligatorios.

Al respecto, el inciso (iv) de la cláusula 7.6 del Proyecto de Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"7.6. El Contrato de Operación para los Servicios Obligatorios deberá contener al menos las siguientes estipulaciones:

(...)

(iv) El pago que deba efectuar el CONCESIONARIO al Operador por realizar los Servicios Obligatorios, deducido de los ingresos por el cobro de las Tarifas por Servicios Obligatorios que han sido depositados en el Fideicomiso.

(...)"

90. Cabe indicar que lo expuesto en los párrafos precedentes fue materia de observación por parte de este Organismo Regulador en las distintas reuniones de coordinación convocadas por PROINVERSIÓN. Asimismo, dicha preocupación fue expresada a PROINVERSIÓN de manera formal a través del Oficio N° 157-16-GG-OSITRAN, de fecha 9 de mayo de 2016.
91. En atención a ello, el Proyecto de Contrato de Concesión incluye un segundo párrafo en la Cláusula 15.21, el cual establece que "El Aporte por Regulación, en ningún caso, podrá ser inferior al 0.85% del RPMO ofertado", buscando con ello mitigar el riesgo antes descrito. No obstante, debemos señalar que dicha Cláusula no resulta viable desde el punto de vista jurídico, debido a que la Ley N° 27332 establece que el Aporte por Regulación tiene como Base Imponible el valor de la facturación deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal - IPM. En ese sentido, mientras el Concesionario no facture algún concepto de ingresos, como el RPMO, éste no tendría la obligación de pagar Aporte por Regulación por dicho concepto.
92. En tal sentido, por la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación, la referida fórmula incorporada en el segundo párrafo de la Cláusula 15.21 no garantiza la recaudación tributaria, ni los recursos necesarios para OSITRAN; ello toda vez que, únicamente por Ley¹⁵ se puede crear, modificar o suprimir tributos, señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota¹⁶, así como el sujeto activo y el sujeto pasivo de dicha obligación.
93. Adicionalmente, cabe señalar que la propuesta de PROINVERSIÓN no se encuentra técnicamente sustentada, toda vez que, solamente estaría asegurando como base imponible mínima, el 85% del RPMO ofertado, sin asegurar la base imponible del RPI, la misma que por ningún motivo debe verse afectada o reducida por la Recaudación de la Tarifa por Servicios Obligatorios. Sobre el particular, cabe resaltar que de acuerdo con el modelo económico financiero remitido por PROINVERSIÓN¹⁷, el 1% del Aporte por Regulación considera como base imponible:
- El 100% de los ingresos correspondientes al RPI y,
 - La diferencia entre el RPMO y la Recaudación de la Tarifa por Servicios Obligatorios.
94. Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos que lo regulado en el segundo párrafo de la Cláusula 15.21, referido a que, "El Aporte por Regulación en ningún caso, podrá ser inferior al 0.85% del RPMO ofertado", debe ser retirado de dicha cláusula, por contravenir la Ley N° 27332 y por no encontrarse técnicamente sustentado.



¹⁵ Al respecto, el Código tributario establece:
"NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY
 Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:
 a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 20;
 b) Conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios;
 (...)”

¹⁶ En el caso del Aporte por Regulación, la Ley N° 26917, y la Ley 27332, habilita a que la alícuota se determine por Decreto Supremo.

¹⁷ A través del Oficio N° 183-2016/PROINVERSION/DE.

95. Asimismo, a fin de garantizar que este Organismo Regulador cuente con los recursos necesarios y suficientes para realizar la supervisión de la infraestructura, debe incorporarse en una Cláusula distinta a la Cláusula 15.21 de Aporte por Regulación, un mecanismo que contractualmente garantice, de manera efectiva, una obligación de pago del Concesionario a favor del Regulador. Para tal efecto, se propone la siguiente redacción:

"Pago de Reserva por Supervisión de Infraestructura

Con la finalidad de garantizar la sostenibilidad de la Supervisión del mantenimiento de la infraestructura, el Concesionario se obliga a realizar un Pago de Reserva por Supervisión de Infraestructura al Regulador, de acuerdo a los términos y condiciones previstos en la presente Cláusula.

En caso que el 1% del monto por "liquidación del Cofinanciamiento" sea menor que la suma del 0.85% del RPMO ofertado más el 1% del RPI, el Concesionario pagará al Regulador, en la misma oportunidad que el Concedente paga la liquidación del Cofinanciamiento, un Pago de Reserva por Supervisión de Infraestructura, equivalente al monto que se obtenga de la diferencia entre dicha suma y el 1% del monto de la "liquidación del Cofinanciamiento".

V.6. OTROS TEMAS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

V.6.1. Sobre el Acta de Aceptación de Obras, Acta de Aceptación Inversiones y Acta de Aceptación del Material Rodante Adquirido

96. La Cláusula 1.26 regula las definiciones de las Actas de Aceptación de Obras, de Inversiones y de Material Rodante. Al respecto, de manera textual señalan lo siguiente:

1.26. "(...)

Acta de Aceptación de las Obras

Es el documento suscrito por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, en su calidad de Partes, al momento de la culminación satisfactoria de las Obras de cada Tramo, según corresponda, mediante el cual se deja constancia de la fecha de recepción así como la conformidad de las Obras ejecutadas.

Adicionalmente, el Regulador suscribirá dicha acta en ejercicio de su función supervisora.

Acta de Aceptación de Inversiones Obligatorias

Es el documento suscrito por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, en su calidad de Partes del contrato de concesión, a la culminación de la Puesta en Operación Comercial de todo el Proyecto, conforme a la Cláusula 6.6o del presente Contrato. Asimismo, a la suscripción de dicha Acta se dará inicio a la Etapa Integral, se dejará constancia de la integración de las Inversiones Obligatorias y se acreditará la contratación del personal a que se refiere la Cláusula 6.68.

Adicionalmente, el Regulador suscribirá dicha acta en ejercicio de su función supervisora.



Acta de Aceptación del Material Rodante Adquirido

Es el documento suscrito por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, en su calidad de Partes del contrato de concesión, a la culminación de la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1 y de todo el Proyecto, según corresponda, conforme a la Cláusula 6.67 del presente Contrato, mediante el cual se deja constancia de la fecha de recepción así como la conformidad respecto a la provisión de Material Rodante.

Adicionalmente, el Regulador suscribirá dicha acta en ejercicio de su función supervisora".

[El subrayado es nuestro]

97. Conforme a las definiciones contenidas en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión, el Regulador tendrá que suscribir -junto con el Concedente y el Concesionario- las Actas de Aceptación de Obras, Inversiones Obligatorias y de Material de Rodante Adquirido.
98. Con relación a ello, se considera que dichas Actas solo deben ser suscritas por el Concesionario y por el Concedente, en calidad de titular de los Bienes de la Concesión; y no por OSITRAN, ya que éste realiza su función supervisora sobre la ejecución de las Obras, Inversiones y provisión del Material Rodante cuando emite las opiniones de conformidad con lo establecido en las Cláusulas 6.66 y 6.67 del Proyecto de Contrato de Concesión¹⁸.
99. En ese sentido, por lo anteriormente mencionado, debe excluirse al Regulador de la suscripción de las Actas de Aceptación de Obras, de Inversiones Obligatorias y de Material Rodante Adquirido; y, en su lugar, de conformidad con las cláusulas 6.66 y 6.67, deberá establecerse en las definiciones de dichas Actas que previamente a la suscripción de las mismas, se deberá contar con la conformidad del Regulador.¹⁹

V.6.2. Sobre el Acta de Conformidad de Operación y Puesta en Operación Comercial

100. La Cláusula 1.26 regula las definiciones de Acta de Conformidad de Operación y Puesta en Operación Comercial. Al respecto, de manera textual éstas señalan lo siguiente:



¹⁸ Al respecto, en dichas cláusulas se establece claramente que el Concedente es quien acepta las Obras y el Material Rodante, previa conformidad del Regulador, señalando de manera textual lo siguiente:

6.66 Para las Obras: el CONCEDENTE procederá a su aceptación, luego de concluida de manera satisfactoria la ejecución de Obras, mediante la suscripción del Acta de Aceptación de las Obras de cada Tramo, que incluye los Inventarios correspondientes, previa conformidad del Regulador.

(...)

6.67 Para el Material Rodante: el CONCEDENTE procederá a su aceptación, mediante la suscripción del Acta de Aceptación del Material Rodante Adquirida que incluye los Inventarios correspondientes, previa conformidad del Regulador.

(...)

(El Subrayado es nuestro)



¹⁹ Cabe indicar que esta observación fue formulada en las reuniones de coordinación convocadas por PROINVERSIÓN así como en la Matriz de Comentarios remitida a dicha institución.

1.26. "(...)"

Acta de Conformidad de Operación

Es el documento suscrito por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, en su calidad de Partes del contrato de concesión, para culminar la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1, mediante el cual se deja constancia del funcionamiento y la integración de las correspondientes Inversiones Obligatorias, así como el cumplimiento de los Niveles de Servicio establecidos en el Anexo N° 7 del presente Contrato y la correcta operación de los Bienes de la Concesión.

Adicionalmente, el Regulador suscribirá dicha acta en ejercicio de su función supervisora.

Puesta en Operación Comercial

Es el período en el cual el Regulador y el CONCEDENTE verificarán el funcionamiento y la integración de las Inversiones Obligatorias así como el cumplimiento de los Niveles de Servicio establecidos en el Anexo N° 7 del presente Contrato y la correcta operación de los Bienes de la Concesión.

La Puesta en Operación Comercial se realizará para el Tramo 1 y para todo el Proyecto, y culminará con la suscripción del Acta de Conformidad de Operación o el Acta de Aceptación de Inversiones Obligatorias, según corresponda.

Estas pruebas serán realizadas con Usuarios por el CONCESIONARIO, a través del Operador, y supervisadas por el Regulador y el CONCEDENTE.

[El Subrayado es nuestro]

101. Conforme a las definiciones contenidas en la cláusula 1.26 del Contrato de Concesión, el Regulador tendrá que suscribir el Acta de Conformidad de Operación y supervisar la Puesta en Operación Comercial.
102. Al respecto, cabe indicar que durante la Puesta en Operación Comercial se evalúa los Niveles de Servicio del Material Rodante, evaluación que corresponde a la supervisión de la Prestación del Servicio, la misma que es responsabilidad del Concedente; no siendo competencia del Regulador dicha función supervisora.
103. Adicionalmente, cabe indicar que la función del Regulador corresponde a la supervisión hasta la Puesta en Marcha, tal como se señala en la definición de Pruebas de Puesta en Marcha, que a continuación se transcribe:

"Pruebas de Puesta en Marcha

Son las pruebas de funcionamiento, operatividad e integración del Material Rodante y las Obras y demás equipos que componen el Sistema Ferroviario. Estas pruebas serán realizadas en vacío por el CONCESIONARIO y supervisadas por el Regulador y el CONCEDENTE, cuando el Material Rodante esté disponible para tal fin.

Las Pruebas de Puesta en Marcha se realizarán para cada Tramo y culminarán con la suscripción de la respectiva Acta de Pruebas de Puesta en Marcha".

[El subrayado es nuestro]



104. Por lo anterior, debe suprimirse la última oración de la definición de Acta de Conformidad de Operación, donde se señala que el Regulador suscribirá la mencionada Acta y la última oración de la definición de Puesta en Operación Comercial donde se indica que el Regulador realizará la supervisión de las pruebas realizadas durante la Puesta en Operación Comercial.²⁰
105. De otro lado, a fin de que todas las Obras tengan una correcta evaluación y que no se generen contingencias en la Explotación, tal como se establece para el Tramo 1, se debería establecer que el Acta de Conformidad de Operación no solamente debe ser del Tramo 1, sino también de la Etapa Integral.

V.6.3. Sobre la definición del Regulador

106. La Cláusula 1.26 establece la definición de Regulador en los siguientes términos:

1.26. "(...)

Regulador

Es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, creado mediante la Ley N° 26917, que tiene competencia exclusiva para la supervisión de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Asimismo, el Regulador, directamente o a través de una empresa o empresas de reconocido prestigio, tendrá a su cargo la supervisión y fiscalización de: (i) las Inversiones Obligatorias e Inversiones Adicionales, así como su integración, (ii) el Mantenimiento de los Bienes de la Concesión, (iii) la correcta explotación de los Bienes de la Concesión, con excepción de la prestación de los Servicios de Transporte Ferroviario, y (iv) otras obligaciones establecidas en el presente Contrato cuya supervisión no se encuentre bajo la competencia del CONCEDENTE.

Las actividades de supervisión se desarrollaran conforme a lo previsto en el presente Contrato y sus Anexos así como las disposiciones que el Regulador implemente para dicho fin. El Regulador podrá contratar dichos servicios por separado".

107. Considerando que las funciones del OSITRAN están claramente establecidas en la Ley de los Organismos Reguladores, la Ley de Creación de OSITRAN y el Reglamento General de OSITRAN, se considera innecesarios los dos últimos párrafos incluidos en la definición de Regulador, contemplada en la cláusula 1.26 del Proyecto de Contrato de Concesión; por lo que éstos deben ser eliminados.²¹

V.6.4. Con relación a los plazos

108. Los numerales 6.3, 6.7, 6.11 y 6.13 del Proyecto de Contrato de Concesión señalan lo siguiente:

- 6.3 "A la presentación del EDI de Obras para el Tramo 1, el CONCESIONARIO remitirá al CONCEDENTE para su aprobación y al Regulador para opinión previa, el programa de control de calidad de las Obras (...).

²⁰ Cabe indicar que esta observación fue formulada en las reuniones de coordinación convocadas por PROINVERSIÓN así como en la Matriz de Comentarios remitida a dicha institución.

²¹ Cabe indicar que esta observación fue formulada en las reuniones de coordinación convocadas por PROINVERSIÓN así como en la Matriz de Comentarios remitida a dicha institución.

En caso existan observaciones formuladas por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días para subsanarlas, contados desde la fecha de recepción de dichas observaciones. (...).

- 6.7 El CONCEDENTE y el Regulador podrán solicitar al CONCESIONARIO información adicional relacionada a los documentos requeridos, la cual deberá ser presentada en un plazo acorde con el tipo de información solicitada, que no será mayor de cinco (05) Días, contados a partir de la fecha en que el Regulador o CONCEDENTE haya formulado por escrito la solicitud correspondiente. El referido plazo podrá ser ampliado por el CONCEDENTE o el Regulador, a solicitud del CONCESIONARIO, dependiendo de la complejidad de la información requerida. (...)
- 6.11 El Regulador emitirá su opinión sobre la materia disponiendo de un plazo máximo de quince (15) Días de recibido el EDI correspondiente, la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE para su evaluación, con copia al CONCESIONARIO para conocimiento. (...)
- 6.13 En caso existan observaciones formuladas por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días para subsanarlas, contados desde la fecha de recepción de dichas observaciones. La subsanación deberá ser remitida tanto al CONCEDENTE como al Regulador. El Regulador contará con un plazo de diez (10) Días para emitir su opinión la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE, quien deberá pronunciarse en un plazo no mayor de diez (10) Días. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el EDI presentado, se entenderá por denegado".

[El subrayado es nuestro]

109. Al respecto, con el fin evitar eventuales inconvenientes en la contabilización de los plazos indicados en las cláusulas citadas, se considera necesario precisar que el cómputo del plazo, se realice a partir del día siguiente, tanto para la información adicional que presente el Concesionario, la opinión del Regulador, así como el levantamiento de observaciones del EDI y del programa de control de calidad de las Obras del Concesionario.

V.6.5. Supervisión de Obras

110. La Cláusula 6.64 establece el pago que el Concesionario debe hacer al Regulador por la Supervisión de Obras, la misma que de manera textual señala lo siguiente:

"6.64 Los costos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el Regulador, durante la etapa de ejecución de las Inversiones Obligatorias, serán de cargo del CONCESIONARIO, el mismo que asciende a Seis Millones setecientos noventa y seis mil ochocientos veintidós con 00/100 Dólares (US\$ 6 796 822.00). (...)"

111. Sobre el particular, es preciso señalar que debe indicarse de manera expresa que el monto de supervisión, contemplado en dicha cláusula, incluye los gastos preparatorios, debido a que dicho concepto corresponde a los gastos en que incurre OSITRAN en la supervisión de las Obras.
112. En tal sentido, se propone la siguiente redacción para el primer párrafo de la cláusula 6.64:



"6.64 Los costos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el Regulador, durante la etapa de ejecución de las Inversiones Obligatorias, **así como los gastos preparatorios de los procesos de selección**, serán de cargo del CONCESIONARIO, los mismos que ascienden al monto de Seis Millones setecientos noventa y seis mil ochocientos veintidós con 00/100 Dólares (US\$ 6 796 822.00). (...)"

V.6.6. Alquiler de Material Rodante

113. La cláusula 7.8 del Proyecto de Contrato de Concesión, referida a la No Discriminación, establece como obligación del Concesionario contar con un Reglamento de Acceso a la Vía Férrea y un Reglamento de Alquiler de Material Rodante, detallando las características que éstos deben cumplir. Al respecto, la referida cláusula dispone lo siguiente:

"7.8. Con la finalidad de otorgar a los potenciales Operadores Ferroviarios toda la información relevante y necesaria para solicitar el acceso a la Vía Férrea o el alquiler de Material Rodante, el CONCESIONARIO deberá contar con los reglamentos correspondientes, debidamente aprobados por el Regulador, que contengan como mínimo las siguientes características:

- (i) Deberá cumplir los lineamientos del REMA,
- (ii) Deberá informar acerca de la capacidad y resistencia de la Vía Férrea para prestar Servicios de Transporte Ferroviario, las franjas de horarios disponibles así como el monto del cargo de acceso referencial aprobado por el CONCEDENTE, el mismo que deberá incluir, como mínimo, los costos de mantenimiento y de uso.
- (iii) Deberá informar sobre la disponibilidad de Material Rodante de propiedad del CONCEDENTE, así como la tarifa referencial aprobada por el CONCEDENTE, la misma que deberá incluir, como mínimo, los costos de mantenimiento y de uso.
- (iv) Deberá informar sobre los Estándares de Mantenimiento y Seguridad Ferroviaria establecidos en el Anexo N° 6 del presente Contrato y cualquier otro aspecto técnico, de mantenimiento o de seguridad.

El CONCESIONARIO está obligado a hacer público el reglamento de acceso y el reglamento de alquiler de Material Rodante, a través de su portal electrónico."

[El subrayado es nuestro]

114. Como puede observarse, la citada cláusula establece que tanto el Reglamento de Acceso como el Reglamento de Alquiler de Material Rodante deberán contener mínimamente los lineamientos del REMA. Al respecto, es preciso indicar que el REMA regula únicamente el régimen de acceso a la infraestructura de transporte de uso público, la cual no incluye el alquiler del Material Rodante. En ese sentido, debe precisarse que lo

establecido en el numeral (i) de la cláusula 7.8 es aplicable únicamente al Reglamento de Acceso a la Vía Férrea.

115. De otro lado, la cláusula 10.16 del Proyecto de Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"10.16 En todo lo relativo al alquiler de Material Rodante, son de aplicación las disposiciones establecidas en el REMA, o norma posterior que la modifique o sustituya, según corresponda."

116. Al respecto, se reitera que el REMA únicamente regula el régimen de acceso a la infraestructura de transporte de uso público considerada como Facilidad Esencial¹². Así, considerando que el Material Rodante no constituye una Facilidad Esencial, debe eliminarse la cláusula 10.16 del Contrato de Concesión.

V.6.7. Condiciones para la obtención del Cierre Financiero

117. La cláusula 10.3 del Proyecto de Contrato de Concesión regula los medios a través de los cuales el Concesionario acreditará ante el Concedente que cuenta con el financiamiento correspondiente a todas las Inversiones Obligatorias. Entre éstos, el numeral (ii) establece lo siguiente:

"(ii) constancia de haber efectuado aportes en efectivo en el Fideicomiso de Administración (...)"

118. Al respecto, sería conveniente que se precise en el citado numeral que esos aportes en efectivo proviene del Concesionario, a efectos de guardar concordancia con la definición de Patrimonio Fideicometido prevista en el Anexo 5 del Contrato de Concesión.

V.6.8. Sobre la Retribución por Mantenimiento y Operación (RPMO)

119. La cláusula 10.19 del Proyecto de Contrato de Concesión, referida al Cofinanciamiento, establece lo siguiente:

"10.19. El CONCEDENTE se compromete a otorgar un Cofinanciamiento, más el IGV deducida la Recaudación, que servirá para cubrir:

- *La totalidad de las Inversiones Obligatorias a través de la RPI.*
- *Todos los costos de operación, reposición, conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión, relacionados a la prestación de los Servicios Obligatorios durante la Explotación, a través de la RPMO.*

[El subrayado y resaltado es nuestro]



¹² REMA.-

"Artículo 9 Facilidad Esencial

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

- a) Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras;
- b) No es eficiente ser duplicada o sustituida;
- c) El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino."



120. Como puede advertirse, conforme a la redacción de la citada cláusula, el RPMO remuneraría los costos de operación, reposición, conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión, que se encuentren relacionados únicamente con la prestación de los Servicios Obligatorios.

121. En la misma línea, la cláusula 10.27, referida al RPMO, señala lo siguiente:

"10.27 El CONCESIONARIO se hará cargo del Mantenimiento de los Bienes de la Concesión destinados a la prestación de Servicios Obligatorios y la operación de la concesión relacionados a la prestación de los Servicios Obligatorios, durante el período de Explotación de la misma."

[El subrayado es nuestro]

122. De igual modo, la definición de RPMO, contenida en la cláusula 1.26 del Proyecto de Contrato de Concesión, establece lo siguiente:

*"Retribución por el Mantenimiento y Operación (RPMO)
Es el monto anual, sin incluir IGV, que tiene como finalidad retribuir todos los costos de operación, reposición, conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión, relacionados a la prestación de los Servicios Obligatorios durante la Explotación, de acuerdo a los parámetros mínimos previstos en el presente Contrato, pagados de acuerdo a lo indicado en el Anexo 5."*

[El resaltado es nuestro]

123. Con relación a ello, cabe indicar que la cláusula 1.26 del Proyecto de Contrato de Concesión define la Explotación en los siguientes términos:

*"Explotación
La explotación comprende el aprovechamiento de los Bienes de la Concesión, la prestación de los Servicios de Transporte Ferroviario, a través del Operador y/u Operadores Ferroviarios, los Servicios Complementarios, la administración y el **Mantenimiento de la Infraestructura Ferroviaria, Material Rodante, entre otros**, así como el derecho a cobrar por dichos servicios, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el presente Contrato y las Leyes y Disposiciones Aplicables.*

La Explotación está comprendida por la Etapa Transitoria y la Etapa Integral."

[El resaltado es nuestro]

124. Como puede advertirse, durante la etapa de Explotación, el Concesionario se encuentra obligado a mantener la Infraestructura Ferroviaria y el Material Rodante, entre otros, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas Básicas establecidas en el Anexo 6, de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.1. En tal sentido, todos los costos involucrados en la conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión son retribuidos con el RPMO.

125. Asimismo, es preciso destacar que de acuerdo con lo señalado en el numeral 4.2.1 del Informe N° 10: Pautas Finales para el Proceso de Promoción de la inversión privada,

remitido por PROINVERSIÓN²³, la remuneración por Mantenimiento y Operación – RPMO que recibirá el Concesionario retribuirá: i) los Servicios Obligatorios, y ii) los costos de mantenimiento de la infraestructura y bienes de la Concesión; sin restringir estos últimos a aquellos relacionados con la prestación de los Servicios Obligatorios.

126. Por tanto, a fin de guardar coherencia con el diseño de la Concesión, deben precisarse las cláusulas 10.19 y 10.27, así como la definición de RPMO en el mismo sentido que señala el primer párrafo del numeral 4.2.1 del Informe N° 10: Pautas Finales para el Proceso de Promoción de la inversión privada.

V.6.g. Sobre el plazo para la emisión de opinión sobre el Endeudamiento Garantizado Permitido

127. La cláusula 11.18 señala que el plazo del Regulador para la evaluación del Endeudamiento Garantizado Permitido se suspende con el requerimiento de información que solicite, reanudándose a partir de la fecha de presentación de la información adicional solicitada, siempre que haya sido presentada de manera completa y sin deficiencias.
128. Al respecto, teniendo en consideración la experiencia de este Organismo en la emisión de informes de evaluación de Endeudamiento Garantizado Permitido, en donde se ha detectado que recién con toda la información completa puede realizarse una evaluación final e integral de la operación financiera presentada por el Concesionario, sería conveniente que el plazo con el que cuenta el Regulador luego de recibida la información se compute nuevamente, a efectos de contar con el plazo total que el Contrato otorga para dicha evaluación.

V.6.10. Sobre la opinión de OSITRAN en la Suspensión de Obligaciones

129. Las cláusulas 17.2 a 17.6 del Proyecto de Contrato de Concesión regulan el procedimiento para la suspensión de obligaciones de cualquiera de las Partes. Al respecto, de manera textual, se señala lo siguiente:

"PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN

- 17.2 *A excepción de la causal mencionada en el Literal c) de la Cláusula 17.1, si una de las Partes no puede cumplir las obligaciones que se le imponen por el presente Contrato, debido a alguno de los eventos señalados en dicha Cláusula, dentro de los siete (07) Días de producido el evento, la Parte presentará su solicitud de suspensión a la otra Parte y al Regulador (...)*
- 17.3 *En un plazo no mayor a siete (07) Días contados desde la fecha de comunicación de la solicitud de suspensión, la Parte que la haya recibido deberá remitir su opinión a la otra Parte y al Regulador, en caso contrario se entenderá que ésta es favorable.*
- 17.4 *De existir controversia sobre la opinión emitida, la Parte afectada estará facultada a recurrir al procedimiento de Solución de Controversias previsto en la Sección XVIII.*
- 17.5 *De no existir controversia o de haberse resuelto la misma, en un plazo no mayor a quince (15) Días contados desde la fecha de emisión de la opinión de la otra Parte, o vencido el plazo para emitirla, o resuelta la controversia, el CONCEDENTE deberá declarar la Suspensión de las Obligaciones y en caso corresponda, la Suspensión*

²³ A través del Oficio N° 183-2016/PROINVERSIÓN/DE.

temporal de la Concesión, estableciendo las condiciones, de conformidad con las facultades que le corresponden según las Leyes y Disposiciones Aplicables.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

130. Al respecto, si bien conforme a la cláusula 17.2, la Parte que solicite la suspensión de sus obligaciones deberá presentar dicha solicitud tanto a la otra Parte como al Regulador, en las referidas cláusulas no se prevé que este último deba pronunciarse respecto de dicha solicitud, bastando únicamente la opinión favorable de la otra Parte para que el Concedente declare la Suspensión de Obligaciones, y en caso corresponda, la Suspensión temporal de la Concesión.
131. Sobre el particular, consideramos que resulta fundamental que previamente a la declaración de Suspensión de Obligaciones que puede otorgar el Concedente, el Regulador como ente técnico especializado e imparcial, emita una opinión previa en la que analice las causales y argumentos de cualquiera de las partes respecto a la solicitud de suspensión.
132. En ese sentido, debe incluirse en las cláusulas 17.2 y 17.3 del proyecto de Contrato de Concesión, que el Regulador debe emitir su opinión técnica respecto a la solicitud de Suspensión de Obligaciones de cualquiera de las Partes. Para tal fin también debe especificarse con claridad el plazo que tendría el Regulador para emitir su opinión.

V.6.11. Sobre la Opinión de OSITRAN en la Liquidación del Cofinanciamiento

133. El Apéndice 2 del Anexo 5 del Proyecto de Contrato de Concesión regula el pago del Cofinanciamiento al Concesionario. Al respecto, de manera textual, dicho apéndice establece lo siguiente:

"APÉNDICE 2 COFINANCIAMIENTO

1. El pago de los conceptos de RPI_Obras, RPI_MR y RPMO se financia con el Cofinanciamiento aportado por el CONCEDENTE, con la recaudación de las Tarifas por Servicios Obligatorios, Tarifas de alquiler de Material Rodante, Cargo de Acceso a la Vía Férrea y el porcentaje de los Ingresos por Servicios Complementarios que corresponden al CONCEDENTE y las Penalidades Consentidas, donde la relación básica es la siguiente.

$Cofinanciamiento = RPI_Obra + RPI_MR + RPMO_f - Recaudación$

Asimismo:

$$RPMO_f = RPMO \times (1 - FPT)$$

Donde:

RPMO_f : Valor neto del RPMO final

RPMO : Valor del RPMO ofertado

FPT : Factor de Penalización Trimestral conforme a lo establecido en el numeral 7.2.5.2.1. del Anexo 7 del presente Contrato.

Donde:



Recaudación: corresponde a los ingresos provenientes del cobro de las Tarifas por Servicios Obligatorios, Tarifas de alquiler de Material Rodante, Cargo de Acceso a la Vía Férrea, el porcentaje de los Ingresos por Servicios Complementarios que corresponden al CONCEDENTE sin incluir el IGV, y las Penalidades Consentidas.

2. A los dos (02) Días de culminado el Trimestre, el CONCESIONARIO emitirá un Informe de Liquidación de Cofinanciamiento, el mismo que deberá contener la siguiente información:
 - i. Importe de RPI_Obras según el Tramo que corresponda en el trimestre que se liquida.
 - ii. Importe de RPI_MR, según corresponda.
 - iii. Importe del RPMO, a ser pagado conforme al Informe de Liquidación de RPMO aprobado por el Concedente.
 - iv. Recaudación de ingresos que figuran en la cuenta Operador y en la cuenta Recaudadora para el trimestre que se liquida.
 - v. El importe de Cofinanciamiento que corresponde depositar al Concedente, determinado conforme a la fórmula establecida en el Numeral 1. del presente Apéndice.
3. El Informe de Liquidación de Cofinanciamiento será remitido por el CONCESIONARIO para aprobación del CONCEDENTE, con opinión favorable del Regulador. El Regulador contará con un plazo no mayor a diez (10) Días para emitir su opinión favorable, la cual será remitida al CONCEDENTE, quien a su vez contará con cinco (05) Días, posteriores a la recepción de la opinión favorable del Regulador, para pronunciarse respecto a la liquidación trimestral del Cofinanciamiento.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

134. Como puede observarse, conforme al numeral 3 del Apéndice 2 del Anexo 5, OSITRAN debe emitir su opinión favorable respecto del Informe de Liquidación de Cofinanciamiento emitido por el Concesionario, el cual contiene información relativa a la Recaudación de ingresos que figuran en la cuenta Operador (los mismos que provienen del cobro de la Tarifa por Servicios Obligatorios) y en la cuenta Recaudadora (ingresos provenientes de la Tarifa de alquiler de Material Rodante, Cargo de Acceso a la Vía Férrea, el porcentaje de los Ingresos por Servicios Complementarios que corresponden al Concedente y las Penalidades Consentidas).
135. Al respecto, es importante indicar que el monto de la Recaudación es determinante en el proceso de liquidación a efectos de determinar el monto del Cofinanciamiento. Así, en caso de no tener los montos correctos de la Recaudación, el monto del Cofinanciamiento podría estar sobrevalorado o subvaluado, generando ello perjuicios al Concedente o al Concesionario en cada liquidación.
136. En ese sentido, a efectos de verificar la liquidación del Cofinanciamiento, debe establecerse en el Apéndice 2 del Anexo 5 del Contrato de Concesión que el OSITRAN emitirá opinión sobre el Informe de Liquidación del Cofinanciamiento previa presentación por parte del Concesionario de una Auditoría al monto de la Recaudación trimestral, la misma que deberá ser realizada por una empresa auditora. Ello sin perjuicio que el OSITRAN, en el marco de sus funciones de Supervisión y Fiscalización pueda contratar una auditoría posteriormente a la liquidación del Cofinanciamiento.

137. Concordante con lo anterior, debe establecerse que el OSITRAN establecerá los criterios de selección de la empresa auditora y deberá dar conformidad al proceso de la selección de la misma, que realice el Concesionario.

V.6.12. Sobre el plazo que tiene OSITRAN para revisar el levantamiento de observaciones del Hito de Obras

138. Los literales b) y c) del numeral 1.1. y el numeral 1.2 del Apéndice 3 del Anexo 5 del Proyecto de Contrato de Concesión, regulan, entre otros aspectos, el plazo que tiene este Organismo Regulador para revisar el levantamiento de observaciones del Concesionario. Al respecto, de manera textual, señalan lo siguiente:

"ANEXO 5

REGIMEN FINANCIERO

APÉNDICE 3

PROCEDIMIENTO PARA LA RETRIBUCIÓN DE INVERSIONES OBLIGATORIAS Y PARA LA RETRIBUCIÓN POR MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN

1. Sistema de Retribución por Inversiones (RPI)
1.1. Retribución por Inversión en Obras (RPI_Obras)
(...)

d) Procedimiento de valorización de avances mensuales
(...)

f. Una vez levantadas las observaciones y remitidas al Regulador, éste contará con tres (3) Días Calendarios para aprobar las subsanaciones a las observaciones efectuadas. No se podrán hacer nuevas observaciones a las efectuadas inicialmente.

e) Procedimiento para la aprobación del informe a la culminación de un Hito Funcional de Obras
(...)

Una vez levantadas las observaciones y remitidas al Regulador, éste contará con tres (3) Días Calendarios para aprobar las subsanaciones a las observaciones efectuadas. No se podrán hacer nuevas observaciones a las efectuadas inicialmente.(...)

1.2. Retribución por Inversiones en Material Rodante (RPI_MR). (...)

Una vez levantadas las observaciones y remitidas al Regulador, éste contará con tres (3) Días Calendarios para aprobar las subsanaciones a las observaciones efectuadas. No se podrán hacer nuevas observaciones a las efectuadas inicialmente".

[El subrayado es nuestro]

139. De las cláusulas citadas se aprecia que este Organismo Regulador solo cuenta con tres (3) días calendarios para revisar la absolución de observaciones por parte del Concesionario en el proceso de revisión de los avances mensuales de obra y en los Hitos Funcionales de las Obras y el Material Rodante. Así, dependiendo de la fecha en la que el Concesionario remita al Regulador el levantamiento de las observaciones, podría darse el caso que el

Regulador solo disponga de un día efectivo, o en el extremo, ningún día, para su revisión²⁴.

140. En tal sentido, teniendo en consideración la complejidad técnica que involucra la revisión de los avances de obra y los Hitos Funcionales, y que ello podría involucrar la revisión por parte de la empresa supervisora que contrate el OSITRAN; resulta necesario que se amplíe el plazo de revisión del levantamiento de observaciones de tres (3) a diez (10) días calendarios.

V.6.13. Sobre el número de decimales del CAO

141. El Apéndice 3 del Anexo 5 del Contrato de Concesión, regula entre otros aspectos, la emisión del Certificado de Avance de Obra por Inversiones Obligatorias referido a los Tramos 1 y 2 y el Certificado de Avance de Obra por Material Rodante, por parte del Regulador.
142. Al respecto, con el fin de evitar inconvenientes operativos en la emisión del CAO por parte de este Organismo Regulador, debe establecerse claramente en el Contrato de Concesión con cuántos decimales el OSITRAN emitirá los CAO por los Tramos 1 y 2 y el Material Rodante.

V.6.14. Sobre el factor de ajuste de los RPI_CAO por Obras

143. El Apéndice 3 del Anexo 5 del Proyecto de Contrato de Concesión establece una fórmula de ajuste de los RPI_CAO por Obra, teniendo en consideración un Índice de Ajuste de precios a los CAO. Al respecto, dicho Apéndice establece las siguientes fórmulas:

$$CAO_{Obras_{Ti_j}} \text{ajustado} = CAO_{Obras_{Ti_j}} \times IAP_j$$

$$\Delta CAO_{Obras_{Ti_j}} = \frac{(CAO_{Obras_{Ti_j}} \text{ajustado} - CAO_{Obras_{Ti_j}})}{CAO_{Obras_{Ti_j}}}$$

$$\Delta RPICAO_{Obras_{Ti_j}} = \Delta CAO_{Obras_{Ti_j}} \times RPICAO_{Obras_{Ti_j}} \times K$$

144. En una de las fórmulas de ajuste de precios, se observa que para calcular la variación del RPI_CAO de Obra se tiene que multiplicar por un factor "K", el mismo que no se encuentra definido en ninguna parte del Contrato de Concesión. En ese sentido, con el fin de evitar inconvenientes en la aplicación del ajuste de los RPI_CAO y generar posibles adendas por errores materiales, debe establecerse y definirse claramente a qué valor asciende dicho factor "K" o su metodología de cálculo.

V.6.15. Sobre la fórmula del RPMO

145. El literal i) del numeral II del Apéndice 3 del Anexo 5 del Proyecto de Contrato de Concesión establece la fórmula de ajuste por inflación del monto del RPMO. Al respecto, de manera textual, señala lo siguiente:

- i) *Para efectos del primer y último trimestre calendario de la Etapa Integral, la RPMO trimestral correspondiente será multiplicada por un factor que represente la*

²⁴ En caso que el plazo con el que cuente el Regulador no incluya días hábiles.

proporción del trimestre que opera la Concesión. Dicho factor será el resultado de dividir el número de días corridos en que opera la Concesión entre noventa (90).

La RPMO será reajustada anualmente de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$RPMO_i = \left(A\% \times RPMO_0 \times \frac{IPI_i}{IPI_0} \times \frac{TC_0}{TC_i} \right) + \left(B\% \times RPMO_0 \times \frac{IPC_i}{IPC_0} \times \frac{TC_0}{TC_i} \right) + \left(C\% \times RPMO_0 \times \frac{CPI_i}{CPI_0} \right)$$

$$A\% + B\% + C\% = 100\%$$

Donde:

RPMO _i	Monto del RPMO ajustada en Dólares. Este no incluye el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro tributo aplicable.
RPMO ₀	Monto del RPMO inicial en Dólares, resultante para la Etapa Transitoria o Etapa de Explotación, según corresponda.
A	Constante que representa el porcentaje de los costos que corresponde a Combustible
B	Constante que representa el porcentaje de los costos que corresponde a recursos humanos
C	Constante que representa el porcentaje que corresponde a otros costos, excluyendo los correspondientes a combustible y recursos humanos.
IPI _i	Es el Índice de Precios del Petróleo Diesel del último día disponible del mes anterior al mes i. Valor publicado por INEI
IPI ₀	Es el índice de Precios del Petróleo Diesel en la fecha de adjudicación. Valor publicado por INEI
CPI _i	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), Series ID CUUR0000SAoL1E, del último día disponible del mes anterior al mes i.
CPI ₀	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), Series ID CUUR0000SAoL1E, en la fecha de adjudicación.
IPC _i	Es el índice de Precios al Consumidor del último día disponible del mes anterior al mes i. Valor publicado por INEI.
IPC ₀	Es el Índice de Precios al Consumidor en la fecha de adjudicación. Valor publicado por INEI.
TC _i	Es Tipo de Cambio del último día disponible del mes anterior al mes i. Valor publicado por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)
TC ₀	Es el Tipo de Cambio en la fecha de adjudicación. Valor publicado por Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

Las constantes A, B y C tomando los siguientes valores:

Constante	Etapa Transitoria	Etapa Integral
A		
B		
C		

En consecuencia, el nuevo monto RPMO_i será considerado para efectos de aplicación de penalidades, de corresponder y desembolsos del Fideicomiso de Administración. Asimismo, es preciso indicar que la fórmula de ajuste antes indicada no será materia de modificación.

En consecuencia, el nuevo monto será considerado para efectos de desembolsos del Fideicomiso de Administración. Asimismo, es preciso indicar que la fórmula de ajuste antes indicada no será materia de modificación."

146. Al respecto, se observa que los datos utilizados en la fórmula del reajuste del RPMO no están claramente establecidos. En ese sentido, con el fin de evitar inconvenientes en la



aplicación de la fórmula del reajuste del RPMO por inflación, en dicha fórmula debe establecerse claramente los siguientes aspectos:

- i) Establecer claramente los valores de los porcentajes de ponderación de los componentes de la fórmula, esto es definir los valores de A%, B% y C%.
- ii) Hay una inconsistencia en la nomenclatura que se usa para los ponderadores. Por un lado, en la fórmula de cofinanciamiento se señala A%, B% y C%, mientras en la tabla se señala A, B y C.
- iii) Se debe definir claramente si el índice de Precios al Consumidor a utilizar se refiere al Índice de Precios de Lima Metropolitana o el Índice de Precios al Consumidor a Nivel Nacional.
- iv) Se debe establecer claramente a que se refiere con el "mes i".
- v) En relación al Índice de Precios del Petróleo Diesel, se debe especificar claramente de que área geográfica se obtendrá dicho valor.

V.6.16. Sobre los modelos de CAO de MR y Obras

147. Los Apéndices 4 y 5 del Anexo 5 del Proyecto de Contrato de Concesión establecen el Modelo de CAO_OBRAS y el Modelo de CAO_MR, respectivamente. Al respecto, de la revisión de dichos modelos, se observa que estos no contienen el CAO_Obras_Ti y CAO_MR.
148. Asimismo, debe señalarse que en el modelo del CAO_MR ni en ninguna parte del Anexo 5 se establece cómo se calculará la "variación del CAO_MR" (Δ CAO_MR) ni tampoco el EDI_Obras_Ti y el EDI_MR.
149. En ese sentido, con el fin de evitar inconvenientes operativos en la emisión del CAO por parte del Regulador y evitar posibles adendas por errores materiales, debe establecerse claramente que el modelo del CAO tanto de Obra como Material Rodante deberán contener el CAO Obras_Ti y CAO_MR; así como la fórmula o procedimiento de cómo se calculará la "Variación del CAO_MR" (Δ CAO_MR), el EDI_Obras_Ti y el EDI_MR.

V.7. ERRORES MATERIALES

V.7.1. Inversiones Adicionales

150. La cláusula 6.69 del Proyecto de Contrato de Concesión hace referencia al numeral 56.2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, como se muestra a continuación:

"INVERSIONES ADICIONALES

- 6.69 *En caso se determinara la necesidad de realizar Inversiones Adicionales durante la vigencia de la Concesión, ya sea a solicitud del CONCEDENTE o del CONCESIONARIO, las Partes determinarán de común acuerdo el detalle de las Inversiones Adicionales y su forma de pago, a través de la modificación contractual a que se refiere la Sección XIX del presente Contrato, observando entre otros, lo establecido en el numeral 56.2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.*



Dichas inversiones no podrán estar referidas a la subsanación de errores de cálculo, de diseño o constructivos de las Inversiones Obligatorias, la cual será de cargo y costo del CONCESIONARIO."

[El subrayado es nuestro]

151. Al respecto, cabe señalar que el numeral 56.2 del artículo 56° al que se hace referencia corresponde al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, por lo que debe corregirse dicha referencia.

V.7.2. Durmientes

152. El numeral 3.2 del Apéndice 4 del Anexo 7, referido a los durmientes, establece lo siguiente:

"3.2 Durmientes

(...)

- c) Cada segmento de vía de 18 metros de longitud debe tener instalada la cantidad de durmientes que se indica en el cuadro del párrafo d) de esta sección, correctamente distribuidos para soportar totalmente el segmento de vía, así como la cantidad mínima de durmientes en buen estado que se indica en el mismo cuadro, incluido en esa cantidad mínima un durmiente a cada lado de la junta de riel, conforme a lo especificado en la sección e) de esta sección.

	Cantidad de durmientes de madera o concreto pretensado en cada segmento de vía de 18 m de vía	
	Vía en Tangente y Curvas Iguales o Menores de 2 grados	Desvíos y Curvas Mayores de 2 grados
Instalados	30	32
En buen estado (*)	23	25

(*) Los durmientes en buen estado deben conservar su capacidad para:

- Mantener la trocha dentro de los márgenes previstos en la sección B.1 b)
- Mantener el alineamiento de la vía dentro de los márgenes previstos en la sección B.2, y el nivel de la vía dentro de los márgenes previstos en la sección B.5, permitiendo que el balasto trabaje en su totalidad.

- d) Todas las juntas de los rieles deben estar soportadas por dos durmientes, uno a cada lado de la junta de riel cuyos ejes longitudinales estén dentro de 61 cm como se ilustra en el diagrama siguiente:

(...)"

[El subrayado y resaltado son nuestros]

153. Al respecto, se advierten dos errores materiales en el literal c) del numeral 3.2 citado, que deben ser corregidos:

- i) El cuadro al que se hace referencia se encuentra en el mismo literal c) y no "en el párrafo d)"; y,
- ii) El durmiente a cada lado de la junta de riel se encuentra especificado en el literal d) y no "en la sección e)".

VI. CONCLUSIONES

1. El "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica" es una concesión cofinanciada por treinta (30) años, cuyas principales actividades son: la elaboración de los EDIs y el EIA-sd, la ejecución de las Obras, la provisión del Material Rodante, la prestación de los Servicios Obligatorios, el Mantenimiento de los Bienes de la Concesión, la Explotación, y el derecho de cobro del Cargo de Acceso a la Vía Férrea y la Tarifa de alquiler de Material Rodante, entre otros.
2. Del análisis técnico realizado a la Versión Final del Contrato de Concesión (al 16 de junio de 2016), podemos arribar a las siguientes conclusiones:

Con relación a los temas tarifarios:

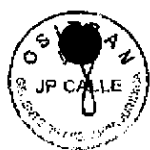
3. A efectos de que la cláusula 10.14 guarde concordancia con la 7.8, debe precisarse en la primera que el monto de la Tarifa por Alquiler de Material Rodante, detallado en el Reglamento de Alquiler de Material Rodante, es de carácter referencial.
4. Teniendo presente que la cláusula 7.22 establece que "El resultado de la negociación directa y del proceso de subasta deriva en un contrato de alquiler de Material Rodante, que incluye entre otros aspectos la Tarifa de alquiler de Material Rodante, (...)", se considera que debe modificarse la cláusula 7.21 a efectos de eliminar la referencia a la Tarifa de Alquiler de Material Rodante; y, debe precisarse en el numeral (ii) de la cláusula 7.22 que en el caso de subasta, el alquiler del Material Rodante se otorgará a favor de quien oferte una mayor Tarifa de Alquiler de Material Rodante.

Con relación a los temas de Acceso a Facilidades Esenciales:

5. A fin de que la definición de Contrato de Acceso guarde concordancia con lo establecido en las cláusulas 7.15 y 7.19 del Contrato de Concesión, debe precisarse en la misma que el Contrato de Acceso será celebrado "para la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario en horarios distintos a los establecidos para los Servicios Obligatorios".
6. Debe indicarse en la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, la referencia correcta del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, relacionada a la vinculación entre Operadores Ferroviarios.
7. Debe precisarse la definición de Cargo de Acceso a la Vía Férrea a fin de que ésta sea concordante con lo establecido en la cláusula 10.8 y que establezca que el mismo será cobrado tanto al Operador como a los Operadores Ferroviarios.

Con relación a la calidad del Servicio:

8. Con la finalidad de mantener uniformidad de criterios, se sugiere eliminar de la definición de Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI), contenida en la cláusula 1.26, la palabra "favorable"; de manera que el Regulador emitirá su opinión técnica respecto del mismo.
9. A fin de evitar inconvenientes y retrasos en el proceso de aprobación de los EDI de Obras y, en consecuencia, en el reconocimiento de las Inversiones Obligatorias, se considera



necesario establecer en el Contrato de Concesión, la fórmula polinómica con la que se realizarán los ajustes de precios de los Hitos Funcionales.

10. Con relación al inicio de ejecución de las Obras, a fin de evitar inconvenientes operativos en la aplicación del Contrato de Concesión, se considera necesario establecer un procedimiento en caso el Concesionario opte por la exoneración del cumplimiento de la condición establecida en el literal b) del numeral ii) de la cláusula 6.21. Dicho procedimiento debe definir: i) las condiciones necesarias para la aceptación de la exoneración; y, ii) los plazos necesarios para la presentación y aprobación de la solicitud de exoneración de suscripción del Acta de Aceptación de las Obras del Tramo 1 por parte del Concedente.
11. A fin de evitar que el inicio de ejecución de las Obras, tanto del Tramo 1 como del Tramo 2, se vea dilatado de manera indefinida, debe establecerse en la cláusula 6.21 del Contrato de Concesión, el plazo máximo que tiene el Concesionario para iniciar dichas obras, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones indicadas en los numerales (i) y (ii) de la referida cláusula.
12. Con el fin de evitar inconvenientes operativos en el reconocimiento de los pagos al Concesionario, se considera necesario señalar de manera explícita en la cláusula 6.32 del Contrato de Concesión que el reconocimiento del Concedente de los costos por Eventos Geológicos será sólo por aquellos volúmenes que se encuentren por encima de los volúmenes bases establecidos en los literales (a) y (b) del numeral (iii) de la referida cláusula.
13. Es preciso que se establezca claramente en la cláusula 6.52 del Contrato de Concesión el presupuesto que debe tener el Hito Funcional de Provisión de Material Rodante.
14. Con relación a la cláusula 8.3, de no ser posible el cumplimiento de las condiciones establecidas por razones debidamente sustentadas, el mismo que debe estar debidamente acreditado; debe especificarse en el Contrato de Concesión un plazo máximo para que el Concesionario restituya los estándares establecidos en los Anexos 6 y 7 del Contrato de Concesión.
15. Con relación a los Pasos a Nivel existentes, contemplados en el Anexo 6, a fin de evitar inconvenientes operativos en la aplicación del Contrato de Concesión, debe adecuarse la ejecución de las Obras señaladas en el cuadro incluido en el numeral 1501 del Anexo 6 en el marco de lo establecido en el artículo 27 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles y el artículo 54 del Reglamento Nacional de Tránsito.
16. A efectos de evitar inconvenientes en la etapa de supervisión de la conservación de la vía férrea, se recomienda concordar el numeral 1502 del Anexo 6 con el literal b) del numeral 3.2 del Apéndice 4 del Anexo 7, referidos a los durmientes.
17. Debe excluirse en el Contrato de Concesión la intervención del OSITRAN en todos los aspectos relacionados a la Prestación del Servicio –como es el caso de los numerales 7.2.4.4 y 7.2.5.2 del Anexo 7-, por no ser de su competencia sino del Concedente, conforme a lo establecido en el Proyecto de Contrato de Concesión.
18. Se recomienda corregir los dos errores materiales advertidos en el literal c) del numeral 3.2 del Apéndice 4 del Anexo 7.



19. Con respecto al numeral 3.3 del Apéndice 4 del Anexo 7, las fisuras, grietas, entre los otros defectos indicados en dicho numeral, generalmente no pueden ser detectados de forma visual; por lo cual, con la finalidad que detectar este tipo de defectos se recomienda incluir como una obligación del Concesionario que al menos una vez al año, realice una inspección de los rieles por ultrasonido de toda la vía férrea.
20. Se recomienda que la documentación contemplada en el numeral 6 del Apéndice 4 del Anexo 7 también sea remitida al Regulador, por ser competente en la supervisión de la infraestructura ferroviaria.

Con relación al Aporte por Regulación:

21. En caso que la Recaudación de la Tarifa por Servicios Obligatorios sea mayor que el monto previsto en el Contrato de Operación²⁵ y, en el extremo, que el RPMO_r y las demás variables de Cofinanciamiento (RPI_Obra y RPI_MR), se afectaría la base de cálculo del Aporte por Regulación, y en consecuencia, **OSITRAN dejaría de recaudar el Aporte por Regulación de los ingresos que le corresponden al Concesionario por el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria contenida en el RPMO_r**, con lo cual OSITRAN no contaría con recursos suficientes para realizar sus funciones atribuidas por Ley.
22. Si bien el segundo párrafo de la Cláusula 15.21 establece que "El Aporte por Regulación en ningún caso, podrá ser inferior al 0.85% del RPMO ofertado", buscando con ello mitigar el riesgo antes descrito; éste debe ser retirado de dicha cláusula, por contravenir la Ley N° 27332 y por no encontrarse técnicamente sustentado. En su lugar, debe incorporarse en el Contrato de Concesión una Cláusula 15.21.A, en la cual se establezca un mecanismo que contractualmente garantice, de manera efectiva, una obligación de pago del Concesionario a favor del Regulador. Para tal efecto, se propone la redacción de dicha cláusula en el numeral 95 del presente Informe.

Con respecto a otros temas de competencia de OSITRAN:

23. Debe excluirse al Regulador de la suscripción de las Actas de Aceptación de Obras, de Inversiones Obligatorias y de Material Rodante Adquirido; y, en su lugar, de conformidad con las cláusulas 6.66 y 6.67, deberá establecerse en las definiciones de dichas Actas que previamente a la suscripción de las mismas, se deberá contar con la conformidad del Regulador.
24. Debe suprimirse la última oración de la definición de Acta de Conformidad de Operación, donde se señala que el Regulador suscribirá la mencionada Acta y la última oración de la definición de Puesta en Operación Comercial donde se indica que el Regulador realizará la supervisión de las pruebas realizadas durante la Puesta en Operación Comercial.



²⁵ Al respecto, el inciso (iv) de la cláusula 7.6 del Proyecto de Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"7.6. El Contrato de Operación para los Servicios Obligatorios deberá contener al menos las siguientes estipulaciones:

(...)

(iv) El pago que deba efectuar el CONCESIONARIO al Operador por realizar los Servicios Obligatorios, deducido de los ingresos por el cobro de las Tarifas por Servicios Obligatorios que han sido depositados en el Fideicomiso.

(...)"

25. A fin de que todas las Obras tengan una correcta evaluación y que no se generen contingencias en la Explotación, debe establecerse que el Acta de Conformidad de Operación no solamente debe ser del Tramo 1, sino también de la Etapa Integral.
26. Considerando que las funciones del OSITRAN están claramente establecidas en la Ley de los Organismos Reguladores, la Ley de Creación de OSITRAN y el Reglamento General de OSITRAN, se considera innecesarios los dos últimos párrafos incluidos en la definición de Regulador, contemplada en la cláusula 1.26 del Proyecto de Contrato de Concesión; por lo que éstos deben ser eliminados.
27. Con el fin evitar eventuales inconvenientes en la contabilización de los plazos indicados en las cláusulas 6.3, 6.7, 6.11 y 6.13, se considera necesario precisar que el cómputo del plazo se realice a partir del día siguiente, tanto para la información adicional que presente el Concesionario, la opinión del Regulador, así como el levantamiento de observaciones del EDI y del programa de control de calidad de las Obras del Concesionario.
28. Debe indicarse de manera expresa en la cláusula 6.64 que el monto de supervisión contemplado en ésta incluye los gastos preparatorios, debido a que dicho concepto corresponde a los gastos en que incurre OSITRAN para la contratación de la empresa supervisora.
29. Considerando que el REMA regula únicamente el régimen de acceso a la infraestructura de transporte de uso público, la cual no incluye el alquiler del Material Rodante, debe precisarse que lo establecido en el numeral (i) de la cláusula 7.8 es aplicable únicamente al Reglamento de Acceso a la Vía Férrea. Asimismo, considerando que el Material Rodante no constituye una Facilidad Esencial, debe eliminarse la cláusula 10.16 del Contrato de Concesión.
30. Deben precisarse las cláusulas 10.19 y 10.27, así como la definición de RPMO en el sentido que éste último remunera la operación de los Servicios Obligatorios, y la conservación y el mantenimiento de la infraestructura y Bienes de la Concesión.
31. Teniendo en consideración la experiencia de este Organismo en la emisión de informes de evaluación de Endeudamiento Garantizado Permitido, en donde se ha detectado que recién con toda la información completa puede realizarse una evaluación final e integral de la operación financiera presentada por el Concesionario, sería conveniente que el plazo establecido en la cláusula 11.18 para que el Regulador emita su opinión luego de recibida la información, se compute nuevamente, a efectos de contar con el plazo total que el Contrato otorga para dicha evaluación.
32. Debe incluirse en las cláusulas 17.2 y 17.3 del proyecto de Contrato de Concesión, que el Regulador debe emitir su opinión técnica respecto a la solicitud de Suspensión de Obligaciones de cualquiera de las Partes. Para tal fin también debe especificarse con claridad el plazo que tendría el Regulador para emitir su opinión.
33. A efectos de verificar la liquidación del Cofinanciamiento, debe establecerse en el Apéndice 2 del Anexo 5 del Contrato de Concesión que el OSITRAN emitirá opinión sobre el Informe de Liquidación del Cofinanciamiento previa presentación por parte del Concesionario de una Auditoría al monto de la Recaudación trimestral, la misma que deberá ser realizada por una empresa auditora. Asimismo, debe establecerse que el



OSITRAN establecerá los criterios de selección de la empresa auditora y deberá dar conformidad al proceso de la selección de la misma, que realice el Concesionario.

34. Con relación al Apéndice 3 del Anexo 5, teniendo en consideración la complejidad técnica que involucra la revisión de los avances de obra y los Hitos Funcionales, y que ello podría involucrar la revisión por parte de la empresa supervisora que contrate el OSITRAN; resulta necesario que se amplíe el plazo de revisión del levantamiento de observaciones de tres (3) a diez (10) días calendarios.
35. Con el fin de evitar inconvenientes operativos en la emisión del CAO por parte de este Organismo Regulador, debe establecerse claramente en el Apéndice 3 del Anexo 5 del Contrato de Concesión con cuántos decimales el OSITRAN emitirá los CAO por los Tramos 1 y 2 y el Material Rodante.
36. Con el fin de evitar inconvenientes en la aplicación del ajuste de los RPI_CAO y generar posibles adendas por errores materiales, debe establecerse y definirse claramente a qué valor asciende el factor "K" contemplado en la fórmula de ajuste de los RPI_CAO por Obra, o su metodología de cálculo.
37. Con el fin de evitar inconvenientes en la aplicación de la fórmula del reajuste del RPMO por inflación, en dicha fórmula debe establecerse claramente los siguientes aspectos:
 - i) Establecer claramente los valores de los porcentajes de ponderación de los componentes de la fórmula, esto es definir los valores de A%, B% y C%.
 - ii) Hay una inconsistencia en la nomenclatura que se usa para los ponderadores. Por un lado, en la fórmula de cofinanciamiento se señala A%, B% y C%, mientras en la tabla se señala A, B y C.
 - iii) Se debe definir claramente si el índice de Precios al Consumidor a utilizar se refiere al Índice de Precios de Lima Metropolitana o el Índice de Precios al Consumidor a Nivel Nacional.
 - iv) Se debe establecer claramente a que se refiere con el "mes i".
 - v) En relación al Índice de Precios del Petróleo Diesel, se debe especificar claramente de que área geográfica se obtendrá dicho valor.
38. Con el fin de evitar inconvenientes operativos en la emisión del CAO por parte del Regulador y evitar posibles adendas por errores materiales, debe establecerse claramente que el modelo del CAO tanto de Obra como Material Rodante deberán contener el CAO Obras T_i y CAO MR; así como la fórmula o procedimiento de cómo se calculará la "Variación del CAO MR" (Δ CAO MR), el EDI Obras T_i y el EDI MR.



VII. RECOMENDACIÓN

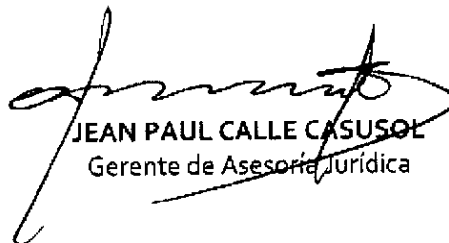
En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, el cual contiene la opinión técnica no vinculante requerida por PROINVERSIÓN respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión del "Proyecto Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica" (al 16 de junio de 2016). Dicha opinión técnica podrá considerarse favorable siempre que se subsane la observación referida a la Cláusula 15.21 del Aporte por Regulación, así como las observaciones vertidas en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37 y 38 de las Conclusiones del presente Informe.

Asimismo, se formulan comentarios y recomendaciones al referido Proyecto de Contrato de Concesión para consideración de PROINVERSIÓN.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios
Económicos


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 23357
AQulspe/ESerrano/MJuárez

**OSITRAN
GERENCIA GENERAL**

PROVEIDO N°: 1080 - 2016 - 66

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO
PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA
DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA: 28/06/16

