

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 255-2007-CD

A las nueve horas del día 11 de diciembre del año dos mil siete, en las oficinas de OSITRAN, se reunieron en Sesión Ordinaria los miembros del Consejo Directivo, señores Dr. Sergio Salinas Rivas e Ing. Jesús Tamayo Pacheco, bajo la presidencia del Eco. Juan Carlos Zevallos Ugarte.

Asimismo, asistieron el señor Ing. Julio Escudero Meza, Gerente General, y el Dr. Humberto Ramírez Trucíos, Gerente de Asesoría Legal, quien actuó como Secretario de Actas.

I. DESPACHO

Se dio lectura y se aprobó el Acta correspondiente a la Sesión N° 254-2007-CD de fecha 27 de noviembre de 2007.

II. INFORMES

1. Presidente

1.1 Contratación de los Servicios de Supervisión de Muelle Sur.

El Presidente de Consejo Directo, Eco. Juan Carlos Zevallos informó que el proceso de selección para contratar a la empresa que se hará cargo de la supervisión de Muelle Sur fue declarado desierto, y que de inmediato se habían dispuesto las acciones del caso para llevar a cabo la segunda convocatoria, en la que se prevé realizar los ajustes del caso de modo que se garantice una mayor participación. Asimismo, señaló que en los próximos días estará alcanzando a los señores directores una copia del informe que da cuenta de lo acontecido, el mismo que en su oportunidad fue entregado al Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC.

4
7
M

Antes de continuar con los temas de agenda, el Director Dr. Sergio Salinas señaló que había revisado la Nota No 048-07-GG-OSITRAN, entregada a los directores en la sesión anterior en atención al pedido formulado por éstos de un informe sobre las razones y condiciones bajo las cuales se prescindió de los servicios del ex – Gerente de Regulación, Eco. Gonzalo Ruiz Diaz. Al respecto, indicó que dicho informe no precisaba estos aspectos, por lo que solicitó al Gerente General un informe ampliatorio conforme al pedido formulado. Agregó que, de ser el caso, se le alcance el informe con el que se propuso a la Presidencia su salida.

Asimismo, señaló haberle causado sorpresa la comunicación de CONUDFI, hecha llegar a su Despacho por OSITRAN, sobre la elección

del Consejo de Usuarios de Aeropuertos, pues considera inapropiado que se dirijan este tipo de comunicaciones a los miembros del Consejo Directivo referidos a procesos administrativos en trámite ante dicho órgano, indicando que el conducto regular para cualquier comunicación que deseen realizar los administrados debe hacerse a través de la Administración.

El director Jesús Tamayo indicó haber recibido también la misma comunicación y coincidió con lo expuesto por el señor Salinas. El Presidente señor Juan Carlos Zevallos también coincidió con el señor Salinas, por lo que se acordó que la Administración proceda a la devolución de dichas cartas, indicando expresamente que cualquier comunicación referida a procesos en trámite debe efectuarse a través de los canales correspondientes de la Administración.

Pasó a la Orden del Día.

2. Gerente General

2.1. **Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 041-07-CD-OSITRAN, que establece el cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).**

La Administración presentó, para aprobación del Consejo Directivo, la Nota N° 298-07-GS-OSITRAN conteniendo el proyecto de Resolución de Consejo Directivo, en razón de lo señalado en el Informe N° 033-07-GRE-GAL-OSITRAN, que evalúa los fundamentos del Recurso de Reconsideración interpuesto por LAP en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 041-07-CD-OSITRAN, la cual, modificando la Resolución N° 021-07-CD-OSITRAN, estableció los nuevos cargos de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado en el AIJCH.

Luego de explicar brevemente los pormenores de la solicitud de rectificación de errores materiales presentada por LAP, el Ing. Julio Escudero, en atención a la solicitud formulada, solicitó el permiso del caso para permitir el uso de la palabra a los representantes de la empresa concesionaria LAP, en las personas del Sr. Gustavo Morales Valentín y el Abogado Gustavo Ocampo. A efectos de dar inicio a su intervención, hicieron entrega a los presente de un resumen de su intervención (power point de siete páginas), para seguidamente sustentar la posición técnica y legal de su representada LAP, en relación a la procedencia del Recurso de Reconsideración presentado, haciendo especial énfasis en las razones por las que presentaban una nueva solicitud de reconsideración, sustentando las mismas en el hecho que

OSITRAN introdujo elementos nuevos en su mandato final, cuales son: la exclusión del cálculo de costos de energía eléctrica de las áreas comunes y, la reducción del costo de la deuda en el cálculo del WACC.

Culminada su intervención y, luego de retirados de la Sesión, los Eco. Lincoln Flor Rojas y Manuel Carrillo Barnuevo brindaron mayores alcances sobre el pedido formulado por LAP, precisando que no se tratan de argumentos nuevos sino de los mismos argumentos sobre los cuales OSITRAN ya se pronunció en anteriores oportunidades, no obstante lo cual en el informe presentado se han desarrollado las consideraciones por las cuales no son amparables las pretensiones de LAP. Precisaron que se trata de un Recurso de Reconsideración en contra del acto que resolvió el Recurso de Reconsideración presentado ante OSITRAN con fecha 24 de abril de 2007, esto es, la Resolución N° 041.07-CD-OSITRAN y, que por tanto, de acuerdo a nuestra legislación vigente, no cabe interponer dos veces el mismo recurso dentro del mismo procedimiento administrativo.

Con relación a la inversión en contenedores expresaron que no es exacto que no se haya tenido en cuenta tales inversiones por cuanto sí se han reconocido las inversiones de dos de los contenedores; en cuanto al cálculo del costo de la deuda, explicaron que solo se ha considerado deuda nueva y no deuda antigua, pues es práctica aceptada internacionalmente que el costo del primer financiamiento es un costo hundido el cual se recupera en el nuevo financiamiento; y, en cuanto al consumo de energía eléctrica, el costo de este tipo de servicios públicos no debe ni puede formar parte de los cargos de acceso, pues no cabe regular un servicio que de por sí se encuentra ya regulado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el costo del consumo de energía de los usuarios intermedios del AIJCH, se encuentra conformado por el costo de la electricidad propiamente dicha (factura de EDELNOR), y los costos de transformación de la misma en que incurre LAP. El primero debe trasladarse directamente a los usuarios intermedios, mientras que el segundo debe determinarse por acuerdo entre las partes, siempre respetando el principio de racionalidad de los cobros, por lo que consideraban que se debía desestimar el recurso presentado,

Al respecto, los directores Dr. Sergio Salinas e Ing. Jesús Tamayo coincidieron en que no obstante se trate de los mismos argumentos la administración debiera explicar las razones por las cuales se desvirtúa cada uno de ellos, por lo que solicitaron que el informe se ajuste en dichos aspectos.

Pasó a la sección Pedidos.

2.2. Solicitud de Rectificación de Errores Materiales de la Resolución de Consejo Directivo N° 041-07-CD-OSITRAN, que establece el cargo de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH).

La Gerencia General presentó, para aprobación del Consejo Directivo, la Nota N° 298-07-GS-OSITRAN conteniendo el proyecto de Resolución de Consejo Directivo, en razón de lo señalado en el Informe N° 032-07-GRE-GAL-OSITRAN, que evalúa los fundamentos de la solicitud de Rectificación de Errores Materiales de la Resolución de Consejo Directivo N° 041-07-CD-OSITRAN, que establece los cargos de acceso por el servicio de alquiler de depósitos para almacenar equipaje rezagado en el AIJCH.

Luego de explicar brevemente los pormenores de la pretensión de LAP, el Ing. Julio Escudero, en atención a la solicitud formulada, solicitó el permiso del caso para permitir el uso de la palabra solicitado por los representantes de la empresa concesionaria LAP, señores. Gustavo Morales Valentín y Gustavo Ocampo, quienes sobre la base del resumen escrito entregado a los presentes, sustentaron la posición técnica y legal de su representada, en relación a la procedencia de su solicitud de Rectificación de Errores Materiales precisando que ella obedece al hecho de advertir una falta de sustento adecuado para la exclusión de las inversiones en 4 contenedores.

A continuación, los Eco. Lincoln Flor Rojas y Manuel Carrillo Barnuevo, así como el Dr. Humberto Ramírez Trucíos, en su condición este último de Gerente de Asesoría Legal, brindaron mayores alcances sobre la solicitud de error material formulada por LAP, precisando que sus argumentos son los mismos que ha expresado al interponer su Recurso de Reconsideración antes visto, los cuales constituyen cuestionamientos de fondo que lo que buscan es la modificación de la decisión adoptada por OSITRAN, más no la corrección de un error material, vale decir, la corrección de un defecto de redacción, error ortográfico o numérico, etc., por lo que se considera que se debe desestimar la solicitud presentada.

Al igual que en el tema anterior, los directores Dr. Sergio Salinas e Ing. Jesús Tamayo coincidieron en que no obstante se trate de los mismos argumentos el informe presentado debiera contener el pronunciamiento sobre cada una de los argumentos expuestos por la recurrente, por lo que solicitaron que el informe se ajuste en dichos aspectos.

Pasó a la sección Pedidos .

2.3. Procedimiento para la valorización de las inversiones adicionales en IIRSA SUR – Variación de Metrados.

La Gerencia General presentó, para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 42-07-GRE-OSITRAN, de la Gerencia de Regulación relativo al Procedimiento para la valorización de las inversiones adicionales en IIRSA SUR – Variación de Metrados, de acuerdo a lo solicitado por los Directores.

Los Informes N° 371-07-GS-OSITRAN, N° 465-07-GS-OSITRAN, N° 518-07-GS-OSITRAN y N° 050-07-GAL-OSITRAN, mediante los cuales se propone y evalúa el procedimiento para valorizar la inversión adicional (“variación de metrados”) en que incurren los concesionarios, con respecto al proyecto original, los cuales son incorporados en la emisión de los Certificados de Avances de Obra (CAO) por parte de OSITRAN, se presentaron en la Agenda de la Sesión N° 254-2007-CD remitida a los Directores mediante Nota Circular N° 075-07-SCD-OSITRAN.

Dando inicio al desarrollo del presente tema de agenda, el Ing. Julio Escudero entregó a los señores miembros del Consejo Directivo una copia de la Nota N° 336-07-GS-OSITRAN, de fecha 07 de diciembre 2007, por medio de la cual la Gerencia de Supervisión emite sus comentarios respecto a lo opinado por la Gerencia de Regulación a través de su Informe N° 042-07-GRE-OSITRAN, así como precisa los aspectos señalados en la recomendación del citado informe.

A continuación, se invitó a los Eco. Lincoln Flor y Christy Garcia Godos para que hagan una exposición de la opinión técnica contenida en el referido Informe N° 042-07-GRE-OSITRAN, cuyo objetivo fue emitir un pronunciamiento con relación al efecto que podría producir la aplicación de la metodología propuesta por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN para la valorización de las variaciones de metrados sobre el equilibrio económico financiero de los Contratos de Concesión.

Luego de explicar los pormenores de la evaluación llevada a cabo, los funcionarios de la Gerencia de Regulación culminaron su intervención expresando como conclusiones: (i) que las variaciones de metrados tienen fuentes distintas, siendo necesario llevar un control que permita diferenciar los metrados ejecutados según su fuente; y, (ii) que la metodología propuesta no genera un efecto negativo sobre el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión.

A continuación, el Ing. Julio Escudero señaló que la metodología propuesta por la Gerencia de Supervisión cuenta con la opinión favorable de las Gerencias de Asesoría Legal y de Regulación, respectivamente, y que el planteamiento, vista la evolución de las obras,



tiene el propósito de establecer una metodología que valore la anualidad correspondiente a las variaciones de metrados, aprobadas por el Concedente, en la oportunidad en que se emiten los CAOs; además, señaló que el planteamiento propuesto significaba un procedimiento simplificado y de aplicación directa; eliminaba la necesidad de regularizar las variaciones de metrados al final de la etapa, con las distorsiones que ello implicaba; proveía de mayor y mejor información respecto a las variaciones de metrados, su evolución y consecuentemente sobre la evolución del proyecto.

Añadió igualmente que la propuesta se sustenta en la necesidad de superar la contradicción que tienen los Contratos de Concesión, toda vez que, por un lado, a través de las definiciones de "Hito" y "Programa de Ejecución de Obra - PEO" se establece que las variaciones de metrados, aprobadas por el concedente, deben incorporarse a la emisión de cada Certificado de Avance de Obra - CAO, y, por el otro, en el numeral 4 del Anexo 9 de los mismos Contratos de Concesión se establece que la metodología para valorizar las anualidades que le corresponde a dichas valorizaciones de metrados se realizan al final de cada etapa, sin precisar la forma de valorizar conforme la secuencia constructiva de la obra lo exige. Agregó que la metodología propuesta permitirá mayor transparencia en el proceso de aprobación, obtener información oportuna y tomar las decisiones apropiadas en caso las obras superen el 10%. Señaló además, que desde mayo del presente año se advirtió al MTC que las anualidades que correspondían a los avances de obra iban a exceder el 10% del PAO establecido en los contratos de concesión.

Tomando el uso de la palabra, el Director Ing. Jesús Tamayo manifestó que la aprobación del proyecto de Ingeniería de Detalle por parte del MTC genera como consecuencia un impacto en el equilibrio económico financiero de la concesionaria, sin embargo consideraba necesario tener en cuenta que aún no sería el momento de determinar ello. Al respecto, el Ing. Julio Escudero señaló que de acuerdo a lo señalado en el art. 6.4.A.2 de los Contratos de Concesión, la opinión del regulador sobre el equilibrio económico financiero del contrato se producirá en el momento en que el concedente evalúe en forma integral las obras ejecutadas y el proyecto de ingeniería de detalle respecto de las obras pendientes de ejecución.

Tomando el uso de la palabra, el Director, Dr. Sergio Salinas expresó que el informe elaborado por la Gerencia de Regulación no respondía en modo alguno al pedido formulado por el Consejo Directivo, pues el análisis contenido en el numeral IV.3, denominado "Impacto de la Metodología propuesta por la Gerencia de Supervisión en el Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Concesión", no permite concluir cuál es el efecto sobre el equilibrio económico financiero del Contrato de



Concesión del cambio de metodología de valorización de metrados propuesto por la Administración. Agregó que la cláusula 8.29 del Contrato de Concesión IIRSA Sur Tramo IV (Contrato de Concesión), entregado por la Administración a los directores, establece la metodología y el procedimiento para evaluar el Equilibrio Económico Financiero del contrato, que no ha sido aplicado ni desarrollado en el informe.

Resaltó que dicha metodología –prevista contractualmente- supone la estimación comparativa de la Tasa Interna de Retorno del Concesionario correspondiente al Modelo Matemático – Financiero que debe presentar durante la etapa de licitación, con la Tasa Interna de Retorno que resulte de estimar, a partir del Modelo, los flujos del Concesionario bajo el cambio de metodología de valorización propuesto por la Administración. Expresó igualmente que es evidente que sí hay un impacto positivo en los flujos del concesionario, y por lo tanto en la TIR, en la medida que el cambio de metodología de valorización de las variaciones de metrados propuesta por la Administración está adelantando el ajuste del PAO vía emisión de CAOs que reconocen o dan lugar a la emisión de CRPAOs por montos mayores, que puede hacer líquidos inmediatamente el Concesionario. No es lo mismo, señaló el señor Salinas, recibir el dinero hoy (vía mayores CRPAO) que recibirlo al final de la etapa, vía ajuste del PAO, como señala el Contrato de Concesión. En consecuencia, hizo notar que el Consejo no ha podido contar con estos elementos de juicio para tomar su decisión, a pesar de haberlo solicitado expresamente.

Asimismo, expresó la necesidad de evaluar integralmente el impacto del cambio de metodología de valorización propuesto sobre el contrato de concesión, toda vez que la aprobación de CAOs bajo la nueva modalidad de valorización estaría comprometiendo al Estado a realizar mayores pagos por concepto de PAO, por menores obras a las programadas y pactadas como objeto mismo del Contrato de Concesión. Ello requiere que sea el propio Concedente quien determine cuáles son las acciones que desea adoptar, tal como lo establece el propio Contrato de Concesión.

Asimismo, el Director Dr. Sergio Salinas expresó también sus dudas sobre la viabilidad legal de la metodología propuesta pues consideró que no ha sido fundamentada ni acreditada en ninguno de los informes preparados por la Administración la necesidad de la interpretación del Contrato de Concesión propuesta por la Administración. Mas aún, indicó que existe un pacto expreso y reiterado en diversas cláusulas del Contrato de Concesión que establece la metodología, procedimiento y oportunidad para el tratamiento de las variaciones de metrados.

Finalmente, el señor Salinas consideró que una modificación de la metodología de valorización de variaciones de metrados como la que



propone la Administración, requiere una Addenda del Contrato de Concesión, que debe ser aprobada por el propio MTC, de considerarla conveniente, y no vía una interpretación convalidante del Consejo Directivo.

Agregó que todos los contratos son interpretables, el punto es que ésta forma de aplicar el contrato debiera corresponderle al MTC más que al regulador. Si se requiere cambiarlo que se haga a través de una addenda, que es lo más prudente desde el punto de vista del regulador, por los porcentajes que son materia de aprobación. Si el MTC esta de acuerdo en la necesidad de cambiar la metodología debiera plantear la suscripción de una addenda.

En este estado el Presidente concedió el uso de la palabra al Eco. Fernando Llanos quien iniciando su intervención manifestó que OSITRAN viene enfrentando dos problemáticas, una respecto a la metodología que debe aplicarse para valorizar las anualidades que correspondan a la inversión adicional y, otra respecto a los metrados adicionales en sí mismos, que vienen siendo objeto de aprobación e incorporación en cada CAO.

Señaló igualmente que, en cumplimiento a lo establecido en el Contrato de Concesión, desde el inicio de estas concesiones, se incorpora la variación de metrados en cada CAO, pero que dicha incorporación se podía realizar contando con una información cualitativamente mejor a la que recibían. Sin embargo, destacó que en el Contrato de Concesión se establece que en el CAO entran todos los metrados de la ingeniería de detalle aprobados vía Resolución Directoral emitida por el MTC, donde ya se incluyen metrados adicionales a los del proyecto referencial.

Por otro lado, refirió que OSITRAN ha cursado diversas comunicaciones al MTC haciéndole conocer oportunamente toda esta problemática referida a la emisión de los CAOs y sus respectivos CRPAOs, quienes no habrían contado con las herramientas necesarias para tomar las previsiones correspondientes; destacó el hecho que las solicitudes de los concesionarios para que el Regulador emita los CAOs, le generan derechos al concesionario, sobre los cuales hay que pronunciarse en plazos muy cortos establecidos contractualmente. Finalmente, señaló que ante la menor posibilidad de mejoras en los procedimientos, la Gerencia de Supervisión consideraba saludable realizar las gestiones necesarias para poder aplicar los mismos, y poder contar con mayor transparencia en el flujo de información, necesidad que justamente motivó la presentación de esta propuesta de interpretación al Consejo Directivo por parte de la Gerencia de Supervisión.

A continuación se le concedió el uso de la palabra al Eco. Lincoln Flor, quien refiriéndose a la intervención del Director Dr. Sergio Salinas

manifestó que el modelo matemático a que se refiere la cláusula del Contrato de Concesión que regula el Equilibrio Económico Financiero, corresponde a una obligación contractual, bajo la cual, el concesionario debe presentar un modelo matemático-financiero. Dicho modelo se ha construido bajo los supuestos e información del concesionario, los cuales no son compartidos por la Gerencia de Regulación, lo que en la práctica implicaría formular un nuevo modelo matemático, pues supondría cambiar todos los supuestos empleados., Agregó que OSITRAN no es el llamado a construir el modelo económico financiero, sino que éste se solicita a PROINVERSIÓN, quien lamentablemente, bajo diversos argumentos, no lo ha entregado hasta la fecha OSITRAN ha solicitado a PROINVERSIÓN de forma reiterada el envío de los modelos financieros de las diversas concesiones, incluyendo las correspondientes a la denominada IIRSA's, dichos modelos, que fueron diseñados para efectos de la concesión no han sido remitidos a la fecha. Por ello, la evaluación que llevó a cabo la Gerencia de Regulación se realizó por el lado del PAO

En esas circunstancias, la Gerencia de Regulación ha utilizado un método indirecto para determinar un eventual efecto sobre el equilibrio económico, el mismo que consiste en determinar un cambio en el Pago Anual de Obra (PAO) bajo dos escenarios: i) con valorizaciones durante la etapa, o ii) con ajustes al final de la etapa. Los resultados, son equivalentes en ambos escenarios.

El Eco. Fernando Llanos señaló que el Contrato de Concesión le establece un capital mínimo a los concesionarios, lo cual viene siendo cumplido, y que estamos entrando a, además de evaluar la relación concesionario / concedente, a evaluar también la relación concesionario / banco, y que así como existe la posibilidad de que haya un impacto positivo en el concesionario, también existe la posibilidad que haya efecto negativo hacia él, pues todo dependerá de la relación y condiciones que pacte con el banco, destacando finalmente el hecho que el concesionario no recibirá dinero en efectivo sino CRPAOs.

Con relación al alcance específico de la propuesta, el Eco. Fernando Llanos enfatizó que la propuesta busca que la valorización de la anualidad correspondiente a los mayores metrados se realice de manera exacta, y que se diferencien los metrados ejecutados; de modo que durante la ejecución de la obra pueda conocerse cuál sería el impacto en el PAO, en el caso que el concedente decidiera ajustar el mismo. Asimismo, destacó que el procedimiento propuesto tampoco implica modificar las obligaciones comprometidas por el Estado, ya que no se modifica ni los montos ni el calendario de pagos de los PAOs.

Al respecto, el señor Lincoln Flor manifestó que como medidas adicionales es necesario que este sistema sea creíble y transparente, de



modo que nadie pueda cuestionarlo; por ello, expresó que sería conveniente realizar una evaluación selectiva o total de los CAOs emitidos por una firma independiente, además de la necesidad de transparentar todos los CAOs emitidos y sus porcentajes de avance mediante publicaciones en la página Web.. Consideró que de esta forma se contribuiría, más allá de las obligaciones contractuales, a generar un proceso creíble. Finalmente, señaló no perder de vista que cuando uno aplica el contrato de concesión también esta interpretándolo.

En este estado el Eco. Fernando Llanos explicó la forma como opera todo el sistema de supervisión que tiene implementada la Gerencia de Supervisión, señalando que en este proceso de revisión y emisión de CAOs, intervenían las empresas supervisoras especializadas en obras viales; y que el control de OSITRAN se efectuaba a través de la participación de un coordinador in situ, un coordinador en la sede central, ambos ingenieros civiles; un economista, el Gerente Adjunto de Supervisión; así como el Gerencia de Supervisión y el Gerente General.

El Ing. Julio Escudero, manifestó que lamentablemente el Contrato de Concesión no hace necesario contar con esta información diferenciada para la emisión de un CAO, el cual solo otorga un plazo de 15 días para la emisión del referido CAO. Adicionalmente, señaló que si se mantiene la metodología actual, al final de la etapa la determinación de la anualidad correspondiente a las variaciones de metrados tendrán que ser actualizadas, correspondiéndole al Estado reconocer las variaciones de metrados ejecutadas, bajo algunos de los mecanismos previstos contractualmente en la Cláusula 6.4.A.2

Por su parte, el Presidente de Consejo Directivo, Eco. Juan Carlos Zevallos, puntualizó que todos los adicionales que se generen necesariamente tendrán que ser ajustados al final de la etapa, por lo que de ninguna manera se afectará el equilibrio económico financiero de los concesionarios.

Al respecto, el Eco. Lincoln Flor mencionó que por cualquiera de los dos mecanismos de valorización de metrados siempre resultará el mismo PAO y, que la posibilidad de obtener alguna ganancia financiera también puede producirse, pero que ello dependerá del mercado en la relación concesionario / banco. Se trata, señaló, de un manejo financiero del concesionario que no involucra al concedente ni al regulador. Finalmente, señaló que la Tasa Interna de Retorno se encuentra asociada a otro modelo regulatorio. Sobre el particular, el Director Dr. Sergio Salinas mencionó que no podemos confundir el modelo regulatorio con el Equilibrio Económico Financiero de un contrato, pues éste siempre tiene que ver con la tasa de retorno del concesionario. Refiriéndose a este mismo tema, citó la existencia de un estudio interesante sobre Equilibrio Económico Financiero realizado por el



Estudio Echeconpar y el Eco. Gonzalo Tamayo que recomendaba revisar. En este punto, el Eco Fernando Llanos mencionó que se debe recordar que existen dos Tasas Internas de Retorno (TIR) asociadas a los proyectos, la TIR que le corresponde al flujo de caja económico y que mide la rentabilidad del proyecto en sí, sobre la cual tanto la Gerencia de Supervisión como la Gerencia de Regulación habían opinado que no se veía afectada, y por otro lado la TIR que le correspondía al flujo de caja financiero o del accionista, el cual sí podía verse afectado pero que no debiera ser materia de evaluación en el equilibrio económico financiero del contrato de concesión, añadiendo que el concepto de equilibrio económico financiero, contenido en los Contratos de Concesión supervisados por OSITRAN, había evolucionado en el tiempo, pero que no se vinculaba a garantizar una TIR a un concesionario, sino a restablecerle las condiciones económicas inicialmente pactadas, en los casos que se vea afectado por cambios en las leyes aplicables.

El Eco. Juan Carlos Zevallos señaló entender la preocupación expresada por el Director Dr. Sergio Salinas manifestando que ello ameritaba ir pensando en una estrategia para enfrentar todos estos problemas; sin embargo, señaló también la necesidad de contar con una metodología que mejore la eficiencia de nuestros controles y brinde mayor transparencia, destacando el hecho que el informe formulado por la Gerencia de Regulación ha sido contundente al señalar que la referida metodología no genera un efecto negativo sobre el equilibrio económico financiero de los Contratos de Concesión. En tal sentido, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la presente sesión, sometía a votación la aprobación del presente tema de agenda.

Escuchado todo lo expuesto, el Director Dr. Sergio Salinas expresó que reiteraba las consideraciones antes expuestas, las mismas que expresaban su discrepancia con la aprobación del tema propuesto, señalando además que por escrito iba a hacer llegar al Secretario de Actas la fundamentación de su voto singular de modo que se inserten los mismos en el respectivo Acuerdo.

Por su parte, el Director Ing. Jesús Tamayo manifestó tener una idea clara del tema, por el cual expresaba su voto a favor, sin embargo propuso que en el texto de la Resolución se incorpore: (i) que el concedente ya aprobó el PID; (ii) que existe necesidad de separar los metrados ejecutados; (iii) que existe la necesidad que el Consejo Directivo interprete el Contrato de Concesión; (iv) que se precise que el equilibrio económico financiero del contrato no se afecta; y (v) que se mejore la redacción del artículo primero del proyecto de Resolución propuesto.

Finalmente, el Director Dr. Sergio Salinas solicitó se amplíe el plazo para presentar la fundamentación de su voto singular, solicitando se modifique

la Directiva que regule el funcionamiento de las sesiones del Consejo Directivo, pues mencionó que el plazo para ejercitar dicho derecho era muy corto. Al respecto, el Presidente propuso modificar la citada directiva en dos aspectos: ampliar el plazo para emitir votos singulares a 5 días hábiles y adecuarla al marco normativo vigente; y, que en tanto ello suceda, proponía el otorgamiento de un plazo excepcional de 5 días útiles para que el Director Dr. Sergio Salinas presente la fundamentación de su voto en discordia.

Los señores directores Jesús Tamayo y Sergio Salinas estuvieron de acuerdo con las propuestas del Presidente, por lo que se instruyó a la Administración a preparar las modificaciones planteadas a la Directiva aludida.

Pasó a la sección Orden del Día

2.4. Opinión Técnica sobre la base del cálculo para el pago por Obras de Rápido Impacto del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú.

La Gerencia General presentó, para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 073-07-GS-GAL-OSITRAN, mediante el cual se evalúa la base sobre la cual se debe calcular el 10% del total de la inversión de las Obras de Rápido Impacto (ORI), a la que hace referencia el Numeral 8.2.1.3.1 y 8.4.5 de la Cláusula Octava del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.

Se adjuntó a la presente Agenda, la Carta N° 0689/2007/GG/AdP (de fecha 20 de agosto del 2007), así como los proyectos de Resolución de Consejo Directivo y de Acuerdo.

Para tratar el presente tema, el Ing. Julio Escudero invitó al Gerente de Supervisión, Eco. Fernando Llanos quien sobre la base de un power point, hizo una explicación detallada de las razones por las que no es atendible la pretensión de AdP, así como las razones técnicas y contractuales por las que debía interpretarse que la base de cálculo para determinar las obligaciones de inversión en Obras de Rápido Impacto, es el monto resultante de los estudios de preinversión aprobados por el MTC, a ser ejecutadas.

Pasó a la sección Orden del Día.

2.5. Transferencia de acciones de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (FRAPORT) a favor de la empresa Inversiones Benavides 777 S.R.L.

La Gerencia General presentó, para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 043-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, por el cual se analiza el requerimiento de Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), relativos a la su solicitud de autorización de transferencia de acciones de la empresa FRAPORT a favor de la empresa Inversiones Benavides 777 S.R.L.

Se adjuntó a la presente Agenda, la Carta N° LAP-GCCO-C-2007-00137 de fecha 12 de octubre de 2007, así como el proyecto de Acuerdo de Consejo Directivo.

El Director señor Sergio Salinas intervino para solicitar a la Administración se precise en el informe el sustento legal del requerimiento de incremento de capital previo a que se refieren los numerales 41, 42 y 43.

Pasó a la sección Orden del Día.

2.6. Recurso de Apelación presentado por CONUDFI contra la Resolución del Comité Electoral N° 005-2007-CE-OSITRAN para que se declare fundada la Tacha contra la candidatura de la Asociación Latinoamericana de Transporte Aéreo (ALTA) al Consejo de Usuarios de Aeropuertos de OSITRAN.

Considerando lo avanzado de la hora, los Directores sugirieron que el presente tema sea tratado en una próxima Sesión del Consejo Directivo.

2.7. Manual de Contabilidad Regulatoria de Lima Airport Partners S.R.L.

La Administración presentó, para aprobación del Consejo Directivo, la Nota N° 102-07-GRE-OSITRAN conteniendo el proyecto de Manual de Contabilidad Regulatoria de Lima Airport Partners S.R.L., el mismo que se acompaña de una Exposición de Motivos y un Proyecto de Resolución de Consejo Directivo.

Pasó a la sección Orden del día.

2.8. Manual de Contabilidad Regulatoria de Aeropuertos del Perú S.A.

La Administración presentó, para aprobación del Consejo Directivo, la Nota N° 103-07-GRE-OSITRAN conteniendo el proyecto de Manual de Contabilidad Regulatoria de Aeropuertos del Perú S.A., el mismo que se

acompaña de una Exposición de Motivos y un Proyecto de Resolución de Consejo Directivo.

Pasó a la sección Orden del día.

III. PEDIDOS

Según lo indicado en los apartados anteriores, los miembros del Consejo Directivo formularon los siguientes pedidos:

- i) Elaborar un informe ampliatorio que precise las razones y condiciones bajo las cuales se prescindió de los servicios del ex - Gerente de Regulación, Eco. Gonzalo Ruiz Diaz. **(PEDIDO N° 001-255-CD)**
- ii) Ampliar los Informes 033-07-GRE-GAL-OSITRAN y 032-07-GRE-GAL-OSITRAN, conforme a lo indicado en los apartados 2.1 y 2.2 de la presente Acta. **(PEDIDO N° 002-255-CD)**
- iii) Incorporar en las sumillas de las carpetas del Consejo Directivo, la relación de los documentos que componen cada uno temas propuestos. **(PEDIDO N° 003-255-CD)**
- iv) Formular una propuesta de modificación de la Directiva de Funcionamiento de las Sesiones del Consejo Directivo, en la que se considere la ampliación del plazo que tienen los directores para expresar su voto singular, así como para expresar sus observaciones al texto de los Acuerdos. **(PEDIDO N° 004-255-CD)**

IV. ENTREGAS A LOS DIRECTORES

Se entregó a los señores Directores:

1. Lineamientos para la interpretación, renegociación y modificación de los contratos de concesión.
2. Directiva de Funcionamiento de las Sesiones del Consejo Directivo.
3. Copia de la Resolución 040-2007-CD-OSITRAN.
4. Copia de la Resolución 021-2007-CD-OSITRAN.

IV. ORDEN DEL DÍA

1. Comunicaciones presentadas a los Directores, por parte de CONUDFI sobre la elección del Consejo de Usuarios de Aeropuertos

**ACUERDO No. 1013-255-07-CD-OSITRAN
de fecha 11 de diciembre de 2007**

Vistas las comunicaciones cursadas a los señores Directores Salinas y Tamayo, por parte de CONUDFI sobre la elección del Consejo de Usuarios de Aeropuertos; y, según lo propuesto por los miembros del Consejo Directivo; en uso de sus facultades que le confiere la Ley N° 26917 y el D.S. N° 044-2006-PCM, este órgano colegiado acordó por unanimidad:

- a) Devolver las comunicaciones originales remitidas por CONUDFI a los Directores, Dr. Sergio Salinas e Ingeniero Jesús Tamayo, precisándosele el conducto que deben seguir sus peticiones.
- b) Encargar a la Administración la pronta ejecución de lo dispuesto en el literal a) del presente Acuerdo.

2. Procedimiento para la valorización de las inversiones adicionales en IIRSA SUR – Variación de Metrados.

**ACUERDO No. 1014-255-07-CD-OSITRAN
de fecha 11 de diciembre de 2007**

Vistos los Informes N° 050-07-GAL-OSITRAN, N° 371-07-GS-OSITRAN, N° 465-07-GS-OSITRAN, N° 518-07-GS-OSITRAN y N° 042-07-GRE-OSITRAN, así como la Nota N° 336-07-GS-OSITRAN; escuchado el Informe Oral del representante de la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Transportes, llevado a cabo el 27 de noviembre de 2007, y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud de lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, **acordó** por mayoría, con los votos a favor de los señores directores Juan Carlos Zevallos Ugarte y Jesús Tamayo Pacheco; y, con el voto singular del señor Sergio Salinas Rivas, cuyo sustento obra al final del presente acuerdo, lo siguiente:

- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que interpreta el alcance del Procedimiento previsto en los Literales b), c) y d) del Numeral 2 del Anexo IX de los Contratos de Concesión de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto de Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, para la Expedición del Certificado de Avance de Obra (CAO).
- b) Otorgar un plazo excepcional al señor Director Sergio Salinas Rivas para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presente sesión, fundamente su voto singular a fin de que sea incorporado en el texto del presente Acuerdo.
- c) Notificar la resolución a que se refiere el literal anterior y los Informes N° 050-07-GAL-OSITRAN, N° 371-07-GS-OSITRAN, N° 465-07-GS-OSITRAN, N° 518-07-GS-OSITRAN y N° 042-07-GRE-OSITRAN, así como la Nota N° 336-07-GS-OSITRAN, a las empresas concesionarias Interoceánica Sur -Tramo 2 S.A., Interoceánica Sur -Tramo 3 S.A. e INTERSUR CONCESIONES S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.


Voto Singular del Director Sergio Salinas Rivas:


En relación a la propuesta de la Administración de Modificación de la Metodología de Valorización de Variaciones de Metrados aplicable a los Contratos de Concesión IIRSA Sur Tramo IV, y por extensión a los Tramos II y III, y a los contratos similares que en el futuro suscriba el Estado Peruano, sometida a votación en la última sesión de Consejo Directivo de fecha martes 11 de diciembre de 2007, mi voto es EN CONTRA por los fundamentos que expongo a continuación:



1. Sobre la magnitud de las variaciones de metrados en los Contratos de Concesión IIRSA Sur

Considero pertinente destacar, en primer lugar, el orden de magnitudes de las variaciones de metrados respecto de las cuales se propone aplicar la nueva metodología propuesta por la Administración.

Para ello, utilizamos el siguiente cuadro, tomado de la exposición en PowerPoint efectuada ante el Consejo Directivo de Ositran en la sesión de fecha 27 de noviembre de 2007 por el señor Fénix Suto, representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), según consta en el punto 2.8 del Acta de la referida sesión:¹

Estimación Variaciones de Metrados Contratos de Concesión IIRSA SUR
(1ra Etapa)

	PAO Contrato de Concesión	Variación de Metrados	% Ajuste
IIRSA Tramo 2	US\$ 31,858,000	US\$ 19,150,000	60.11%
IIRSA Tramo 3	US\$ 40,682,000	US\$ 14,000,000	34.41%
IIRSA Tramo 4	US\$ 25,449,000	US\$ 25,746,286	101.17%
Fuente: Exposición en ppt del señor Fénix Suto, representante del MTC (Sesión CD Ositran, 27 Nov. 2007) Elaboración: Propia			

muestra el cuadro, estamos refiriéndonos a variaciones de metrados inclusive superiores al 100% del presupuesto originalmente contemplado en el Contrato de Concesión. Vale la pena tener presente que, considerando que se trata de concesiones cofinanciadas por el Estado, el impacto de estas variaciones deberá ser asumido enteramente por el Tesoro Público.

Inversión Comprometida en Concesiones Cofinanciadas Carreteras Interoceánicas

Concesión	Monto de Inversión (Miles de US\$)
Eje Multimodal Amazonas Norte – Paita - Yurimaguas	218,000
Interoceánica Tramo 2	286,308
Interoceánica Tramo 2	355,832
Interoceánica Tramo 2	237,133

¹ Copia de la referida exposición obra en los archivos del suscrito.

TOTAL	1,097,273
--------------	------------------

Fuente: Ositran
Elaboración: Propia

Como se puede apreciar del cuadro anterior, la inversión ya comprometida en los presupuestos contemplados en los Contratos de Concesión de las carreteras denominadas Interoceánica asciende a cerca de mil cien millones de dólares.

Adicionalmente, cabe señalar que el cambio de metodología propuesto sería un precedente de aplicación a las futuras obras que el Estado encargue bajo la modalidad de cofinanciamiento.

En este sentido, un primer extremo de mi voto consiste en recomendar a la Gerencia General del OSITRAN emitir un Informe Técnico observando las razones que explican estas gruesas variaciones de metrados respecto de las estimados contempladas en el Contrato de Concesión respectivo, y fijando la posición institucional del Regulador respecto de la conveniencia del diseño de Contratos de Concesión a partir de Estudios Referenciales, el cual debe ser dirigido al MTC, al MEF y a Proinversión, a fin de que se adopten las medidas que se estimen pertinentes.

Conviene precisar en este punto que no se ha alcanzado al Consejo Directivo documento alguno que contenga la posición institucional de OSITRAN.

2. Sobre la viabilidad legal del cambio de la metodología de valorización de variaciones de metrados propuesto por la Administración

Pasamos ahora a evaluar la viabilidad legal del cambio de metodología propuesto por la Administración.

a. El objeto del cambio de metodología propuesto

Al respecto, el Informe Técnico 371 – 07- GS – OSITRAN, de fecha 03 de agosto de 2007, emitido por la Gerencia de Supervisión, numeral 3.5.1, indica lo siguiente:

“Si bien es cierto que en el Contrato de Concesión se menciona que el procedimiento para calcular las anualidades que corresponden por la inversión en la variación de metrados se aplica para obtener el ajuste del PAO² que se realizará al final de la etapa, se considera que debiera utilizarse el mismo para valorizar la misma inversión en la oportunidad de cada CAO³. De lo contrario, se generan las diferencias que se muestran en los Casos (sic) antes mostrados”.

(el subrayado es nuestro)

Lo anterior es corroborado por la Gerencia de Asesoría Legal, en su Informe 050-07-GAL-OSITRAN, numeral 11 (sección Análisis):

“ La Gerencia de Supervisión propone que para valorizar la inversión en la variación de metrados, en la oportunidad de emisión de cada CAO, se aplique el mismo mecanismo previsto para obtener la anualidad que corresponde a dicha inversión con la cual se ajustará el PAO al final de cada etapa”

(el subrayado es nuestro)

De lo expuesto por la Administración se deduce con claridad que el objetivo del cambio de metodología propuesto es aplicar el procedimiento de cálculo de las anualidades correspondientes a las variaciones de metrados para valorizar las variaciones de metrados en la oportunidad de emisión de cada CAO.

² Pago Anual por Obras a pagar por el Estado por la ejecución de la Obra durante 15 años, de acuerdo al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú - Brasil

³ Ver nota 5

Para ello, aunque el Informe Técnico 371 no hace mención expresa a ello en ninguno de sus numerales, la Gerencia de Supervisión en realidad propone una interpretación convalidante del Contrato de Concesión por parte del Consejo Directivo de este Organismo Regulador.

b. *El pacto contenido en el Contrato de Concesión*

De la revisión de todos los informes que la Administración ha emitido sobre esta materia (Informe 371-07-GS-OSITRAN, Informe 465-07-GS-OSITRAN, Informe 518-07-GS-OSITRAN, Informe 050-07-GAL-OSITRAN, Informe 042-07-GRE-OSITRAN, y Nota 336-07-GS-OSITRAN)⁴, se advierte que únicamente ha sustentado la viabilidad legal de la interpretación solicitada al Consejo Directivo en el numeral 15 del Informe 050-07-GAL-OSITRAN, que a la letra dice:

"(...) la aplicación analógica del procedimiento propuesto, se sustentaría en la necesidad de integrar el vacío contractual detectado respecto del procedimiento contractual específico para valorizar las variaciones de metrados"

Como se puede apreciar, el Informe no indica cuáles son las cláusulas cuya interpretación propone al Consejo Directivo, ni cómo ha llegado a la conclusión de que existe dicho supuesto vacío contractual a integrar. Tampoco propone la Administración una argumentación jurídica que permita llevar a la conclusión razonable de que la interpretación propuesta por la Gerencia de Supervisión responde, efectivamente, a la letra y espíritu del Contrato de Concesión a interpretar.

Más allá de lo expuesto, lo cierto es que de la revisión del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto

⁴ Copia de todos ellos obran en el archivo del suscrito.

Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil (Contrato de Concesión), alcanzado por la Administración al suscrito, se puede encontrar que sí contiene pacto expreso respecto del “*procedimiento contractual específico para valorizar las variaciones de metrados*”.
Veamos:

Sección 6.4.A: “Mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del expediente técnico en la Ejecución de Obras (Mecanismo de Reajuste de Metrados)”

(...)

Variaciones de Metrados derivados de diferencias con el expediente técnico

6.4.A.2. *Podrán existir variaciones en metrados, respecto del Expediente Técnico (NOTA: presentado por el propio Postor en la etapa de licitación), identificadas para una misma subpartida, sea por el Concesionario o por el Concedente. (...)*

En caso que las variaciones netas representen mayores metrados a los indicados en el Expediente Técnico, el Regulador procederá a efectuar el ajuste al PAO, por única vez, de conformidad con el procedimiento establecido en el Numeral 4 del Anexo IX, a la culminación de cada etapa de construcción, el mismo que en ningún caso deberá exceder el 10% del PAO correspondiente a cada etapa de construcción.

(...)

... En caso las variaciones netas de mayores metrados supere el 10% del PAO correspondiente a cada etapa de construcción, el Concedente tendrá la potestad de evaluar en forma integral las Obras ejecutadas, y el Proyecto de Ingeniería de Detalle respecto

de las obras pendientes de ejecución, a fin de determinar la procedencia de la ejecución de dichas obras, así como plantear la alternativa que permita optar indistintamente por:

- i) autorizar la ejecución de las Obras pendientes en cada etapa, reconociendo un incremento adicional del PAO, o;
- ii) determinar las Obras pendientes de cada etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente, en cuyo caso el Concesionario quedará liberado de toda responsabilidad respecto de las Obras pendientes de ejecución

Por su parte, el numeral 4 del Anexo IX estipula lo siguiente:

"(...)

4. Procedimiento de ajuste del PAO

a) Las valorizaciones de los incrementos o disminuciones netas de metrados en la ejecución de la Obra generarán variaciones del PAO, equivalente a quince (15) cuotas anuales iguales (anualidades), calculadas con una tasa de interés de LIBOR a seis meses más un spread de 3%

b) Las cuotas antes indicadas serán sumadas o disminuidas al PAO

Estos ajustes al PAO se realizarán al final de cada etapa de Construcción".

Así, de lo expuesto, se desprenden las siguientes observaciones:

- i) El Contrato de Concesión sí contempla un procedimiento específico, una metodología y una oportunidad de ajuste del PAO para reconocer las inversiones asociadas a variaciones de metrados;

- ii) El ajuste del PAO por variaciones de metrados debe efectuarse, de acuerdo a lo previsto en el Contrato de Concesión, aplicando la metodología indicada en el numeral 4 del Anexo IX, al final de cada etapa de Construcción;
- iii) Cuando la variación de metrados exceda el 10% del PAO, **NO** corresponde al Regulador efectuar el ajuste al PAO, sino al propio Concedente, quien, inclusive, de acuerdo a la letra expresa del Contrato de Concesión, tiene la potestad de evaluar en forma integral las Obras ejecutadas.
- iv) El Contrato de Concesión **NO** establece mecanismos de ajuste del PAO vía la emisión de CAOs a favor del Concesionario.

*a. La Imposibilidad de modificar el Contrato de Concesión
vía interpretaciones del Regulador*

Una vez revisado el Contrato de Concesión queda en evidencia la inviabilidad legal de la propuesta formulada por la Administración.

En primer lugar, no hay nada que interpretar, pues el texto y espíritu del Contrato de Concesión aparece claro y directo. El ajuste en el PAO que originen las variaciones de metrados se efectúan por el Regulador al final de cada etapa, por única vez y siempre que no excedan el 10% del PAO previsto en el Contrato de Concesión. No existe, pues, ambigüedad que interpretar o aclarar, ni vacío contractual que deba integrarse por este Consejo Directivo.

En segundo lugar, el cambio de metodología propuesto por la Administración supone, en la práctica, la modificación de la oportunidad del ajuste del PAO, lo cual es contrario al texto expreso del Contrato de Concesión. En efecto, al reconocer las variaciones

de metrados en la oportunidad de emisión de cada CAO⁵ a lo largo de cada etapa, y no al final de ésta, se está comprometiendo al Estado a un pago que luego no puede desconocer, como expresamente lo indica la cláusula 6.4.A.2:

(...)

“Queda expresamente establecido que el mencionado ajuste al PAO (se refiere al que debe efectuarse al final de cada etapa) no limitará bajo concepto alguno el derecho de los Titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en dichos certificados conforme a los términos previstos en los mismos”

(el subrayado es nuestro)

También es pertinente tener en cuenta el texto del propio modelo de CAO emitido por el Regulador, de conformidad con el Anexo XII del Contrato de Concesión:

(...)

El reconocimiento de avance de obras ejecutado genera a su vez la obligación incondicional e irrevocable del Concedente del pago al Concesionario de los PAOCAO correspondientes al avance de obras mencionado.

(...)”

Como quiera que los CRPAO son obligatoriamente emitidos contra la emisión de los CAO por parte del Regulador y por las sumas que dichos CAO (porcentaje que se multiplica por el PAO) reconozcan, como la propia Gerencia de Supervisión explica con toda claridad en

⁵ Certificado de Avance de Obra emitido por OSITRAN, que a su vez origina la emisión por el MTC de un CRPAO (Certificado de Reconocimiento de PAO) que representa una promesa de pago incondicional e irrevocable por parte del Estado Peruano de los montos que en él se indique.

su Informe 518-07-GS-OSITRAN, resulta evidente que la modificación propuesta produce el efecto jurídico y económico de adelantar la obligación del Estado de reconocer los ajustes del PAO por concepto de variaciones de metrados.

En efecto, el numeral 3.1 del Informe 518-07-GS-OSITRAN, señala lo siguiente:

“Por otro lado, el Contrato de Concesión prevé un mecanismo para que el concesionario pueda obtener recursos que le permitan ejecutar las obras mientras transcurre el tiempo hasta que el Estado inicie el pago de las anualidades (PAO). Este mecanismo consiste en la emisión de CAO que representan el “derecho” del concesionario a recibir en el futuro, la parte correspondiente a la anualidad PAO.

Entonces, dicho CAO genera que el Concedente, representado por Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) emita unos certificados llamados CRPAO que el Concesionario vende al Banco, y por supuesto el Banco le paga el valor presente de dicho documento, una vez que el Banco se hace del CRPAO, éste cobrara (sic).de acuerdo a las anualidades establecidas en el Contrato de Concesión y no antes”.

Nótese también que con la interpretación propuesta por la Administración, devendría en inaplicable y carente de contenido práctico concreto y eficaz la estipulación antes mencionada que atribuye al Estado la potestad de evaluar las Obras ejecutadas al final de cada etapa, cuando las variaciones son mayores al 10% del PAO. Significa que no tendría ya razón de ser la evaluación del Estado a final de cada etapa, lo cual resulta contrario a una interpretación sistemática y unitaria del Contrato de Concesión.

Y esta observación nos conduce a la tercera apreciación sobre la validez legal de la interpretación propuesta por la Administración: el Contrato de Concesión señala expresamente que el Regulador no puede reconocer ajustes del PAO por concepto de variaciones de metrados por un monto mayor al 10% del PAO contractual, reservando dicha potestad exclusiva y expresamente al Concedente. Si el Consejo Directivo acogiera la recomendación de la Administración, incurriría en un exceso de facultades y atribuciones que corresponden a otra entidad, con las responsabilidades y consecuencias que ello acarrea.

Para concluir esta sección, vale la pena referirse –si acaso fuere necesario- a la argumentación expuesta por la Gerencia de Supervisión, en el sentido que adelantar la oportunidad de la aplicación de la metodología de valorización de variaciones de metrados del final de la etapa a la emisión de cada CAO, no constituye adelantar el ajuste del PAO.

Sostiene la Gerencia de Supervisión, en su Informe 518-07-GS-OSITRAN, numeral 3.4 (Sobre que la interpretación propuesta adelanta el CAO y/o el PAO) que *“el hecho de emitir CRPAO’s no genera una obligación al Estado Peruano de desembolsar alguna suma de dinero, que no sea la ya establecida en el Contrato de Concesión y que es identificada como PAO, instrumento o anualidad que queda inalterable ...”*.

Por un lado, sorprende esta afirmación, evidentemente contradictoria con la expuesta en el Informe Técnico 371, numeral 3.4.13:

“Sin embargo, los ejemplos mostrados permiten concluir que, al final de la etapa, cuando se calcule las anualidades que correspondan por la inversión en variación de metrados, éstas no serán equivalentes a aquellas que se hubieren valorizado en la oportunidad de cada CAO”

Pero más allá de esta confusión, lo cierto es que, como se ha visto, el monto de cada CRPAO no puede ser desconocido por el Estado, de manera que sí genera para éste una obligación ineludible, válidamente exigible e independiente del resultado de la posterior evaluación de las Obras ejecutadas que efectúe. En otras palabras, el cambio de metodología propuesto implica, como consecuencia legal inexorable e inevitable, el ajuste del PAO por las variaciones de metrados reconocidas por el Regulador.

Cabe indicar que se ha mencionado en la sesión, aun cuando no forma parte de ningún informe de la Administración, que el CAO debe contener las variaciones de metrados, en tanto ello ha sido "convalidado" por la aprobación del Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) por parte del MTC, y que en consecuencia, existiría una obligación de valorizar las variaciones de metrados. Sin embargo, cabe mencionar que, de la información disponible para el Consejo Directivo, el MTC aún no habría aprobado los presupuestos correspondientes al PID, en tanto todavía no se han determinado los precios unitarios reales correspondientes.

En cualquier caso, considero que corresponde al MTC y no a OSITRAN sustentar la consistencia de dicha decisión sobre el PID con la estipulación expresa contenida en el Contrato de Concesión que indica que recién al final de la etapa se ajusta el PAO.

En resumen, es mi opinión que un cambio de la naturaleza que propone la Administración requiere una addenda al Contrato de Concesión, y no una simple interpretación por parte del Consejo Directivo. Más aún, debe advertirse que la metodología actualmente utilizada por la Gerencia de Supervisión no ha sido aprobada por el Consejo Directivo, de lo que se desprende que en su momento fue considerada como arreglada al Contrato de Concesión. Cabe indicar

que ninguno de los informes elaborados por la Administración explica porqué ahora es necesaria la interpretación del Consejo Directivo.

3. Sobre el impacto del cambio de metodología en los flujos del concesionario y el equilibrio económico financiero del contrato

Sin perjuicio de los problemas legales ya descritos, observamos que el cambio de metodología propuesto plantea algunas interrogantes respecto de sus efectos probables, que no han sido debidamente esclarecidos por la Administración.

a) El cambio de metodología propuesto supone un adelanto en el desembolso de las variaciones de metrados que afecta el flujo financiero del concesionario

El efecto del cambio de metodología es adelantar la oportunidad en la cual el concesionario puede hacer líquidas las inversiones en variaciones de metrados efectuadas, pues una vez emitidos los CAO por un monto mayor, puede vender los CRPAO correspondiente a las entidades financieras de inmediato, sin esperar al final de la etapa, como plantea el Contrato de Concesión. Como ya hemos indicado anteriormente, la propia administración ha explicado este mecanismo en su Informe 518, numeral 3.1 (Esquema Financiero del Contrato de Concesión), de manera que basta en este punto remitirnos al mismo.

Dicho adelantamiento en los flujos de desembolsos efectivos al Concesionario (a través del descuento de los CRPAO a través de entidades financieras) supone para éste un efecto financiero positivo respecto de la situación en la cual debía hacer líquido el avance al final de la etapa, lo que, a su vez, impacta positivamente en la Tasa Interna de Retorno del proyecto para el Concesionario. La magnitud de este efecto depende de los montos involucrados; de las condiciones de mercado a las que

pueda acceder el Concesionario; y de su estrategia financiera particular. Concomitantemente a ello, debe estimarse si dicho efecto supone una variación significativa del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión.⁶

Sin embargo, dicho aspecto no ha sido adecuadamente analizado por la Administración para determinar si se presenta un impacto en el equilibrio económico financiero del Contrato.

Al efecto, el Informe 042-07-GRE-OSITRAN (Informe 042), emitido a solicitud del suscrito, no responde esta cuestión. Como puede apreciarse de su simple lectura, la sección IV.3 (Impacto de la Metodología Propuesta por la Gerencia de Supervisión en el Equilibrio económico financiero del contrato de Concesión), numerales 27, 28 y 29 no contienen sustento alguno que soporte la Conclusión 3 del Informe 042 en el sentido que *“la metodología propuesta no genera un efecto negativo sobre el equilibrio económico financiero del contrato.”*

Sin embargo, el Contrato de Concesión sí contempla esta materia en el Régimen Económico: Regulación del Equilibrio Económico Financiero en sus numerales 8.28 y siguientes. Particularmente relevante es el 8.29 que establece lo siguiente:

“El Concedente con opinión previa del regulador establecerá que el equilibrio económico financiero del contrato se ha visto significativamente afectado y por lo tanto es necesario reestablecerlo en los siguientes supuestos:

- a) *Existe una fundamentación técnico legal que demuestra la existencia de variaciones en las inversiones correspondientes a la Primera Etapa, Segunda Etapa y*

⁶ Así también lo señala los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, en el sección 5, numeral 5.1 (Principios Aplicables, Equilibrio).

Tercera Etapa, en términos reales respecto al valor inicial del IPE, ISE e ITE (Nota: Inversiones de la Primera Segunda y Tercera Etapa, respectivamente) presentados en el modelo matemático de evaluación económica y financiera, según lo señalado en la cláusula 3.11 del presente Contrato. ...”

A su vez, la cláusula 3.11 del Contrato señala:

“Con la finalidad de aplicar lo establecido en la cláusula 8.28, el concesionario deberá enviar al Regulador, antes de los 30 días Calendario del inicio de las Obras de la Primera Etapa (...) un modelo matemático de evaluación económica y financiera en plataforma de de planilla electrónica Excel (...) con el objetivo de conocer la estructura estimada de inversiones correspondientes a la Primera Etapa, Segunda Etapa y Tercera Etapa, costos de operación y administración, mantenimiento, ingresos por concepto de PAO y PAMO contemplados en la oferta económica, depreciaciones e impuestos de la Concesión, y una estimación referencial de la rentabilidad de la inversión (Tasa Interna de Retorno – TIR) y el valor actual neto, dejando claramente y explícito (sic) los supuestos económicos que se usaron para su elaboración. El modelo deberá ser acompañado de un manual de uso autoexplicativo. Tanto el Concedente como el Concesionario declaran que el modelo será útil sólo para cumplir lo establecido en la Cláusula 8.28”

Así, pues, puede concluirse que, según el Contrato de Concesión, la evaluación del impacto sobre el equilibrio económico financiero necesariamente requiere la comparación entre los flujos proyectados para el Concesionario aplicando la nueva metodología, con los flujos proyectados en el modelo matemático presentado por el Postor, para determinar si la Tasa

Interna de Retorno de las inversiones se mantiene o no inalterable. Incluso, para simular el impacto individual del cambio de metodología propuesto, se puede asumir constante el resto de supuestos del referido modelo matemático.

No obstante, el Informe 042 no menciona en ningún punto la cláusula 8.28 del Contrato de Concesión. Por esta razón, el Consejo Directivo no está en condiciones de conocer este impacto, no obstante el expreso pedido formulado.

También cabe hacer notar que en ninguno de los informes preparados por la Administración, se ha tomado en cuenta lo dispuesto por el numeral 2, literal e. del Anexo IX del Contrato de Concesión, que señala lo siguiente:

“En caso que el Concesionario haya invertido un monto mayor a su capital de trabajo señalado en el numeral 3 del Contrato (...) sin haber concluido con el asfaltado de la totalidad del hito de avance de obra programado, el Regulador deberá emitir, a solicitud del concesionario, el CAO correspondiente al sub-tramo asfaltado. La diferencia entre el monto invertido y la valorización del sub-tramo asfaltado, dará lugar a un CAO provisional equivalente al 50% de esta diferencia, pudiendo adicionalmente el Concesionario solicitar la emisión de otro CAO provisional por el 50% restante previa presentación de una carta fianza bancaria por igual monto al CAO provisional, en los términos y condiciones establecidos en la cláusula 9.2 del Contrato, y que estará vigente durante la etapa de culminación del total del hito de avance de obra.”

A la culminación del hito de avance de obra, el Concesionario podrá solicitar al regulador el CAO definitivo y la devolución de la carta fianza.

En caso de incumplimiento en la ejecución de las Obras del hito, el Regulador ejecutará la carta fianza antes indicada, sin perjuicio de las demás acciones que correspondan al Concedente conforme a lo establecido en el Contrato. Lo antes señalado no libera de responsabilidad al Concesionario del cumplimiento de la totalidad de las Obras del hito”

Es decir, el Contrato de Concesión contempla que el Concesionario utilice sus propios recursos cuando haya invertido el capital de trabajo exigido contractualmente, y no haya concluido las Obras correspondientes al hito, salvo que se acoja al mecanismo que permite la emisión de CAOs provisionales, previa garantía del Concesionario.

4. **Sobre el impacto del cambio de metodología respecto del avance físico de la Obra y el Objeto del Contrato de Concesión**

El Objeto del Contrato de Concesión suscrito por el Estado es la construcción y mantenimiento de un Tramo de carretera especificado en el mismo, bajo determinados niveles de servicialidad, a cambio del pago de un monto que refleje su costo económico, que a su vez ha sido estimado en cada Contrato de Concesión.

El cambio de metodología reconoce, en los hechos, un avance físico de Obra menor al previsto por las partes y, en consecuencia, afecta la viabilidad del Objeto mismo del Contrato de Concesión. En mi opinión, ello requiere la participación del propio Concedente para que determine las acciones que desea seguir.

a) *Con el mismo presupuesto se está aceptando un menor avance físico de la Obra*

Al emitir los CAO que reconocen variaciones de metrados sustantivas (como hemos visto, en algunos casos por encima del 100% del presupuesto estimado en el contrato), se está aceptando que el avance físico real de la Obra sea menor al proyectado para cada etapa con el presupuesto estimado; o, eventualmente, que se reduzcan los niveles de servicialidad pactados, o incluso que se detenga el proyecto por falta de presupuesto, salvo que se efectúa un incremento adicional al PAO. En cualquier caso, se afecta el objetivo mismo del Contrato de Concesión suscrito por el Estado Peruano, cual es obtener la construcción de la Obra prevista (los kilómetros o Tramo de carretera previstos en el contrato) en los niveles de servicialidad pactados.

Lo anterior se puede apreciar comparando, a modo de ejemplo, el porcentaje de CAO bajo la alternativa propuesta con el porcentaje previsto en el Contrato de Concesión:

**Comparación PAO Primera Etapa
(Contrato de Concesión vs Metodología Propuesta)**

% Variación	% PAO 1ª Etapa Contrato De Concesión	% PAO 1ª Etapa Metod. propuesta
38%	29%	38%

Fuente: Gerencia de Supervisión Ositran

El cuadro muestra que a la conclusión de la primera etapa ya se habrá "consumido" parte del presupuesto correspondiente a las etapas siguientes, en un porcentaje del 38%.

b) *Al superar el 10% de la Obra, corresponde al MTC decidir respecto de la continuidad o ajustes a la Obra*

El mismo cuadro anterior confirma, asimismo, que las variaciones de metrados a reconocer en los CAO, representan en conjunto un porcentaje de ajuste superior al 10% previsto en el Contrato de Concesión, por lo que, como ya se ha advertido, corresponde al MTC decidir respecto de las acciones a seguir.

3. Interpretación sobre la base del cálculo para el pago por Obras de Rápido Impacto del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú

**ACUERDO No. 1015-255-07-CD-OSITRAN
de fecha 11 de diciembre de 2007**

Visto el Informe N° 073-07-GS-GAL-OSITRAN, la Carta N° 0689/2007/GG/AdP presentada por Aeropuertos del Perú S.A. y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud de lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- [Handwritten signature]*
- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que interpreta la base sobre la cual se debe calcular el 10% del total de la inversión de Obras de Rápido Impacto (ORIs) a la que hace referencia la Cláusula 8.2.1.3.1 y 8.4.5 del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.
- [Handwritten signature]*
- b) Notificar la resolución aprobada en virtud del literal a) y el Informe N° 073-07-GS-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria Aeropuertos del Perú S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente.
- [Handwritten signature]*

4. Transferencia de acciones de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (FRAPORT) a favor de la empresa Inversiones Benavides 777 S.R.L.

**ACUERDO No. 1016-255-07-CD-OSITRAN
de fecha 11 de diciembre de 2007**

Visto el Informe N° 043-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, la Carta N° LAP-GCCO-C-2007-00137 de fecha 12 de octubre de 2007 presentada por Lima Airport Partners S.R.L.; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en uso de sus funciones previstas en el literal j) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917 y en el literal b) del artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar, con cargo a la precisión solicitada por el señor Salinas a que se refiere el numeral 2.5 de la presente Acta, la Opinión Técnica de OSITRAN sobre la Transferencia de acciones de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (FRAPORT) a favor de la empresa Inversiones Benavides 777 S.R.L., contenida en el Informe N° 043-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN.
- b) Dicho informe tiene el carácter de Opinión Técnica No Vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo 171.2 de la Ley N° 27444, que señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.
- c) Comunicar el Informe con la precisión a que se refiere el literal a), y el presente Acuerdo a la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente.

5. Manual de Contabilidad Regulatoria de Lima Airport Partners S.R.L.

**ACUERDO No. 1017-255-07-CD-OSITRAN
de fecha 11 de diciembre de 2007**

Vista la Nota N° 102-07-GRE-OSITRAN conteniendo el proyecto de Manual de Contabilidad Regulatoria de Lima Airport Partners S.R.L., su Exposición de Motivos y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo; y, según lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo, en uso de su función normativa asignada mediante el

Artículo 22° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y su modificación, así como el literal j) del Artículo 24° del D.S. N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

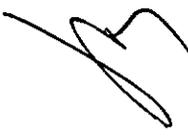
- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprueba el Manual de Contabilidad Regulatoria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez - Versión 2.0 – Diciembre 2007, que será aplicado por la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L. a partir del 01 de enero de 2008.
- b) Notificar a la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L la resolución aprobada en el literal anterior y el Manual de Contabilidad Regulatoria.
- c) Autorizar la publicación del Manual de Contabilidad Regulatoria del AIJCH. Versión 2.0 – Diciembre 2007, en la página web de OSITRAN
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

6. Manual de Contabilidad Regulatoria de Aeropuertos del Perú S.A.

**ACUERDO No. 1018-255-07-CD-OSITRAN
de fecha 11 de diciembre de 2007**



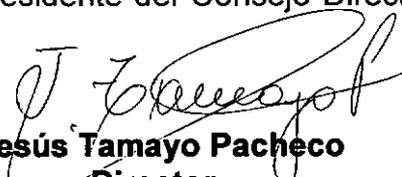
Vista la Nota N° 103-07-GRE-OSITRAN conteniendo el proyecto de Manual de Contabilidad Regulatoria de Aeropuertos del Perú S.A., su Exposición de Motivos y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo; y, según lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo, en uso de su función normativa asignada mediante el Artículo 22° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y su modificación, así como el literal j) del Artículo 24° del D.S. N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- 
- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprueba el Manual de Contabilidad Regulatoria del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú - Versión 1.0 – Diciembre 2007, que será aplicado por un período de transición por parte de la empresa concesionaria Aeropuertos del Perú S.A., el cual se iniciará el 1° de enero y culminará el 31 de diciembre de 2008.

- b) Notificar a la empresa concesionaria Aeropuertos del Perú S.A. la resolución aprobada en el literal anterior y el Manual de Contabilidad Regulatoria.
- c) Autorizar la publicación del Manual de Contabilidad Regulatoria de del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú Versión 1.0 – Diciembre 2007, en la página web de OSITRAN.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

No habiendo otro asunto que tratar, el señor Presidente del Consejo Directivo procedió a levantar la sesión.


Sergio Salinas Rivas
Director


Jesús Tamayo Pacheco
Director


Juan Carlos Zevallos Ugarte
Presidente