

A las veintitrés horas con cuarenta y ocho minutos del día 20 de enero de 2016, se abrió una Sesión Extraordinaria Virtual con la participación de los miembros del Consejo Directivo, señores: César Balbuena Vela y Jorge Cárdenas Bustíos, bajo la Presidencia de la señorita Patricia Benavente Donayre.

Asimismo, participaron el señor Obed Chuquihuayta Arias, Gerente General y el señor Jean Paul Calle Casusol, en calidad de Secretario del Consejo Directivo, quien realizó la respectiva convocatoria a la sesión, por encargo de la Presidente del Consejo Directivo, señalando que la misma se mantendría abierta hasta el día viernes 22 de enero de 2016 a las 17:00 horas.

I.- ORDEN DEL DÍA

1.1. **Opinión respecto del proyecto de Contrato de Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4**

La administración puso en consideración del Consejo Directivo, el Informe N° 005-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN mediante el cual se emite opinión técnica sobre la "Versión Final del Contrato de Concesión", al 30 de diciembre de 2015, de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4: Huancayo-Izcuchaca-Mayocc-Ayacucho / Ayacucho-Andahuaylas-Puente Sahuinto / Dv. Pisco-Huaytará-Ayacucho, remitida por PROINVERSION mediante Oficio N° 591-2015/PROINVERSION/DE.

El informe presentado por las Gerencias de OSITRAN señalaron que es necesario que PROINVERSIÓN adecúe la Versión Final del Contrato de Concesión a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento, debiendo además eliminar toda referencia a las normas que a la fecha se encuentren derogadas.

Asimismo, dichas Gerencias opinaron respecto a los aspectos de competencia de OSITRAN, formulando observaciones referidos a temas relacionados con el marco legal, tarifas, calidad y régimen económico financiero.

Siendo así, las Gerencias de OSITRAN recomendaron al Consejo Directivo emitir opinión desfavorable a la "Versión Final del Contrato de Concesión (al 30.12.2015) de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4: Huancayo-Izcuchaca-Mayocc-Ayacucho / Ayacucho-Andahuaylas-Puente Sahuinto / Dv. Pisco-Huaytará-Ayacucho"; debido a las observaciones detectadas.

Luego de un breve debate e intercambio de ideas, los señores Directores manifestaron su conformidad con el análisis y conclusiones realizadas por las áreas técnicas en el informe presentado. En ese sentido, el Consejo Directivo de OSITRAN adoptó por unanimidad el siguiente acuerdo:

**ACUERDO N° 1912-575-16-CD-OSITRAN
de fecha 22 de enero de 2016**

Vistos, el Informe N° 005-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el Oficio N° 591-2015/PROINVERSION/DE mediante el cual PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN para opinión la segunda versión final del Contrato de Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4; 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 (en lo que respecta al procedimiento), y el Decreto Legislativo N° 1224, 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-EF (en lo que respecta a la aplicación sustantiva), el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

- a) APROBAR el Informe N° 005-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, y en consecuencia, emitir opinión técnica desfavorable sobre la segunda versión final del Contrato de Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4: Huancayo-Izcuchaca-Mayocc-Ayacucho / Ayacucho-Andahuaylas-Puente Sahuinto / Dv. Pisco-Huaytará-Ayacucho, remitido por PROINVERSIÓN el 31 de diciembre de 2015. La opinión técnica contiene las observaciones y recomendaciones formuladas por las gerencias de OSITRAN conforme a los siguientes términos:
- (i) La Segunda Versión Final del Contrato de Concesión remitida por PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 591-2015/PROINVERSIÓN/DE ha sido elaborada en el marco del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento. Sin embargo, a la fecha dichas normas han sido derogadas por el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento. En este sentido, a efectos de dar cumplimiento al marco normativo vigente, resulta necesario que PROINVERSIÓN adecúe la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión a las disposiciones sustantivas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, en los términos indicados en el Informe N° 005-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.
- (ii) **Con relación a los temas tarifarios, la opinión técnica del Regulador es la siguiente:**
- El Contrato de Concesión debe establecer las condiciones para que no existan problemas ni retrasos en la implementación de las nuevas unidades de peaje, recomendándose que se establezcan los plazos para que el Concedente cumpla con entregar el Sub Tramo Ayacucho (Emp. PE-28A) – Km. 0+000 (Ayacucho); y para que el Concesionario cumpla con su obligación de construir las nuevas unidades de peaje Ocos y Auquibamba, las cuales se ubican en Sub Tramos que serán intervenidos por el Concedente.



OSITRAN

- Conforme a la nueva redacción del literal c) de la cláusula 9.4, el cobro de la Tarifa de USD 1,50 más IGV en las unidades de peaje nuevas y del incremento a USD 1,50 en las unidades de peaje existentes, se encuentra condicionado no solo a la ejecución de las Obras a cargo del Concesionario, sino también a la recepción del Concesionario de los Sub Tramos intervenidos por el Concedente. Asimismo, en el literal f) se ha hecho la precisión solicitada por el Regulador en el sentido que para efectos del cobro de dicha Tarifa o del incremento, según corresponda, se tendrá en cuenta los Sub Tramos asociados a la respectiva unidad de peaje, por lo que se considera absuelta la observación realizada por el Regulador.
- Debe corregirse el Anexo XII a efectos de que éste sea concordante con el Cuadro N° 9-3 y con lo establecido en los literales c) y f) de la cláusula 9.4 del Contrato de Concesión. Asimismo, deben corregirse los dos errores materiales identificados en el informe del Regulador.
- A efectos de evitar eventuales contingencias en la aplicación del reajuste ordinario establecido en la cláusula 9.5 del Contrato para el caso de la unidad de peaje existente Chacapampa, debe preverse un escenario en el que se haya aceptado la totalidad de las Obras a cargo del Concesionario, sin que el Concedente haya cumplido con entregar los Sub Tramos asociados a dicha unidad de peaje, y regular qué condiciones aplicaría en dicho supuesto para efectos del reajuste.

(iii) Con relación a la calidad del servicio, la opinión técnica del Regulador es la siguiente:

a) Entrega del área de la Concesión

- Se reitera lo indicado en el Informe N° 041-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, en el sentido que previamente a la suscripción del Contrato de Concesión, el Concedente debe demostrar documentadamente que cuenta con la disponibilidad de los terrenos donde se ejecutarán las Obras a cargo del Concesionario.
- El Concedente debe sustentar debidamente la ampliación del plazo de entrega de los subtramos en donde realizará intervenciones.
- Debe señalarse expresamente la fecha de entrega del Sub Tramo Ayacucho (Emp. PE-28A) - Km. 0+000 (Ayacucho) por parte del Concedente.
- Se reitera la solicitud de precisión de las progresivas de entrada y salida de todas las ciudades por donde se desarrollará la infraestructura, identificándose claramente las zonas urbanas.

b) De los Expedientes Técnicos y Estudio Definitivo de Ingeniería e Impacto Ambiental

- Debe aclararse lo dispuesto en la cláusula 6.4 con respecto al reconocimiento de intervenciones en pontones, puentes, badenes y todas las obras de arte como costos adicionales a los pagos contractuales.

- Debe corregirse la cláusula 6.4 en lo referido a la aprobación de los sectores críticos y/o vulnerables por parte del Regulador. En este sentido, debe establecerse que es competencia del Concedente la aprobación de dichos sectores, previa opinión del Regulador. Asimismo, debe establecerse los parámetros técnicos que definan claramente los sectores críticos y/o vulnerables.

c) Sobre el Libro de Sugerencias y Reclamos

- Debe concordarse el primer y el segundo párrafo de la cláusula 6.9 del Proyecto de Contrato a efectos que la penalidad por no mantener el Libro de Sugerencias y Reclamos pueda ser aplicada a partir de la etapa de Explotación y no durante todo el plazo de la Concesión.

d) Sobre la Función Sancionadora

- El numeral 15.7 del título referido a la "Función Sancionadora de OSITRAN", incluye dentro de dicha función tanto a la imposición de sanciones como a la imposición de penalidades. Constituye un claro error conceptual considerar la aplicación de una penalidad contractual como parte del ejercicio de la Función "Sancionadora" de OSITRAN, ya que tienen una naturaleza jurídica distinta. Así, mientras los mecanismos contractuales de penalidades tienen su origen en la autonomía de las partes y tienen un fin resarcitorio, el régimen de infracciones y sanciones administrativas tiene un fin punitivo; y origen única y exclusivamente en la Ley, por lo que lo correcto es tomar en cuenta que cuando OSITRAN aplica una penalidad prevista en un contrato de concesión, lo está haciendo en ejercicio de su Función SUPERVISORA.

- Cabe señalar que son innumerables las ocasiones en las que se ha sustentado a PROINVERSION la necesidad de tomar en cuenta esta importante distinción entre la naturaleza jurídica de una sanción administrativa y una penalidad, pues confundir o asimilar la penalidad al Derecho Administrativo Sancionador genera al Organismo Regulador problemas de aplicación en las penalidades y también problemas en los procesos de impugnación por parte de los concesionarios.

- Por esta razón, debemos señalar la necesidad de modificar la redacción del numeral 15.7, diferenciando claramente ambas figuras (la penalidad de la sanción administrativa), debiendo además incluir las disposiciones establecidas en el Reglamento de la nueva Ley de APP's.






OSITRAN

e) Obras por Seguridad Vial

- Debe incorporarse un procedimiento para calificar qué obras pueden ser categorizadas dentro del concepto de Seguridad Vial. Asimismo, deberá detallarse las obras que pueden ser calificadas como Obras por Seguridad Vial, de conformidad con lo indicado en el Informe aprobado.
- Incorporar en la Cláusula 6.42 que en la ejecución de Obras por Seguridad Vial, no solo debe hacerse referencia a modificaciones en las soluciones de ingeniería inicialmente consideradas en el Expediente Técnico, sino también a modificaciones en las soluciones de ingeniería inicialmente consideradas en el Estudio Definitivo de Ingeniería.
- Se debe precisar qué parte contractual asumirá los costos de la Auditoría en Seguridad Vial.

f) De la Conservación

- Se recomienda que previamente a la entrega de los subtramos a ser intervenidos por el Concedente éste último entregue las mediciones, realizadas por un consultor independiente, de los Niveles de Servicio que cumplan con lo establecido en el Apéndice 9 del Anexo I del Contrato de Concesión.
- Se debe adicionar un párrafo en la cláusula 7.1, en el cual se señale que de existir una controversia técnica por diferencias entre las mediciones del Concedente y Concesionario, ésta deberá ser dirimida por un peritaje técnico.

(iv) **Con relación al Capítulo XII: Régimen de Seguros y Responsabilidad del Concesionario, la opinión del Regulador es la siguiente:**

- El Concesionario debe presentar un estudio de riesgos en donde se establezca el monto de cada una de las sumas aseguradas y coberturas de las pólizas a contratar.

(v) **Con relación al capítulo de Otras Consideraciones, el Regulador opina lo siguiente:**

- Sobre el Apéndice 7. Manual para Relevamiento de Niveles de Servicio: se debe corregir el párrafo que presenta el cuadro de determinación de defectos en puentes y viaductos señalados en dicho literal) del apéndice 7 del anexo 1 del Contrato de Concesión.
- Sobre los Sub Tramos a ser intervenidos por el Concedente y el Concesionario: concordar las cláusulas 5.10 y 5.44 con el Apéndice 9 del Anexo 1 del Contrato de Concesión.
- La función de supervisión del transporte ha sido legalmente otorgada a la SUTRAN mediante norma con rango de Ley, por lo que se observa

la redacción de los literales c) y d) del punto 1 del Anexo VIII, debiéndose diferenciar en forma clara, las actividades que el Concesionario debe realizar ante SUTRAN, respetando las competencias asignadas legalmente a dicha autoridad.

- Se requiere que el primer párrafo de la cláusula 10.3, referida al pago al OSITRAN por la supervisión de la rehabilitación y mejoramiento y mantenimiento periódico inicial, incluya los gastos preparatorios en los que incurre el Regulador para la contratación de la empresa supervisora (tal como se indica en el numeral 194 del informe).

(vi) Con relación al régimen económico-financiero, la opinión del Regulador es la siguiente:

a) Garantías a favor de los Acreedores Permitidos

- Se reitera la recomendación sobre la necesidad de incorporar una precisión en la cláusula 11.13 del Proyecto de Contrato en el sentido que las garantías que se constituyan para efectos del Endeudamiento Garantizado Permitido, que sirvan para financiar la ejecución de la Rehabilitación y Mejoramiento, sólo contemple el inicio de la ejecución de dichas obras.
- Con relación a los bienes sobre los cuales se constituirán las garantías, se reitera el requerimiento de precisar en el literal b) de la cláusula 11.13, que los ingresos que no son de libre disponibilidad del Concesionario y que, por tanto, deben ser excluidos, son los destinados al pago de impuestos, de la supervisión y tasa de regulación.

b) Cierre Financiero

- No se ha incorporado la recomendación del Regulador de efectuar el cierre financiero sólo para el primer hito para el caso de la Rehabilitación y Mejoramiento, por lo que se reitera su implementación.
- En relación a la eliminación del literal o) de la cláusula 16.4 de la anterior versión final del contrato de concesión, que elimina como causal de caducidad el incumplimiento del concesionario en la acreditación del cierre financiero, este Regulador es de opinión que se mantenga lo contemplado en la anterior versión final del Contrato.

c) Autorización de constitución de garantías

- El Regulador requirió, con respecto a los documentos necesarios para la evaluación de la constitución de garantías, adicionalmente a los documentos señalados en la cláusula 11.15, que el Concesionario presente documentación adicional. Sin embargo, de la revisión de la actual versión final del contrato de concesión, se verifica que esta recomendación no ha sido implementada, por lo que se reitera el requerimiento.

- Asimismo, la actual versión final del contrato de concesión no contempla una modificación al procedimiento de aprobación de la constitución de las garantías de la cláusula 11.15, solicitado en el informe de opinión técnica del regulador a la versión final anterior del contrato de concesión, por lo que se reitera el requerimiento.

- En lo relativo a las cláusulas 11.13 a) y 11.16 se advierte que se hace referencia a la Ley N° 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, no obstante esta norma ha sido derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224, por lo que se debe efectuar eliminar la referencia a la norma derogada.

- Se recomienda que, para futuras cláusulas estandarizadas para proyectos de Contratos de APP's, se evalúe y defina si el financiamiento también puede efectuarse con "terceros" distintos a los señalados en el proyecto de contrato, sin que éste constituya Endeudamiento Garantizado Permitido y sin que se emplee las garantías que señala la cláusula 11.13.

d) Sobre el CAMPI y los Derechos de cobro

- Con respecto a la fórmula de ajuste del FPAMPI, se reitera se incorpore el factor X que multiplica a Δ CAMPIj y FPAMPIj, de acuerdo al modelo económico-financiero.

- Con relación a los derechos de cobro señalados en el numeral 2 apéndice 7 del Anexo XI, y lo establecido en el artículo 64 del Reglamento de la Ley de APP's, se pone a consideración para incorporación -previa evaluación del MEF- de un determinado párrafo.

- Asimismo, se recomienda se efectúe la revisión de las cláusulas 2.4 y literal e) de la cláusula 16.4 del Contrato, con el fin de guardar concordancia con lo señalado en el artículo 64 del Reglamento de la Ley de APP's.

- Con relación al mecanismo de ajuste de precios para la determinación del incremento de los FPAMPI, se recomienda evaluar la consistencia de los resultados del PAMPI obtenido en la modelación financiera versus lo señalado en el numeral 8 del apéndice 7 del Anexo XI del Contrato de Concesión, a efectos de evaluar si el PAMPI a considerar en dicho procedimiento debe estar deflactado (sin efecto de ajuste de precios).

e) Otros aspectos económico – financieros

e.1) Definición de acreedores permitidos

- No ha sido atendido el requerimiento de evaluar la pertinencia de lo establecido en el literal g) del numeral 1.11.1, que establece que el calificativo de Acreedor Permitido para el Representante de los Obligacionistas, para el caso de financiamiento del Concesionario en



mercado de capitales, se extinguirá con la correspondiente colocación financiera, procediendo el reemplazo del Anexo II, siendo quien lo suscriba el adquirente del valor mobiliario o instrumento. Al respecto, el Regulador ha señalado que la operatividad de este procedimiento sería inviable dado que los instrumentos son negociables y transferibles por lo que se reitera la recomendación, a efectos de obtener un procedimiento operativamente viable.

- Se reitera la recomendación de precisar en el literal g) del numeral 1.11.1 qué tipo de persona será calificada como Acreedor Permitido.

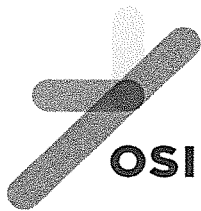
e.2) Sobre el Objeto

- Establecer en el proyecto de contrato una cláusula o anexo que precise de forma directa que los riesgos de operación de la concesión son asumidos por el Concesionario en su integridad. Asimismo, que el Compromiso del Concedente es un monto fijo del PAMO ofertado más el ajuste de precios establecido en el contrato de Concesión, por lo que toda variación de costos como consecuencia de la variación de los niveles de operación de la concesión, debe ser asumida por el Concesionario.

e.3) Cláusulas en contratos

- Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 64 del Reglamento de la Ley APP's, consideramos que deben ser el Concesionario y los Acreedores Permitidos los que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en virtud de las normas del derecho privado, determinen si incorporan o no los literales a), b) y c) de la cláusula 14.2 a los contratos vinculados con la operación de financiamiento, sin perjuicio de que en cualquier escenario, el Concesionario deberá mantener indemne al Concedente, Regulador y sus funcionarios por cualquier acción de responsabilidad civil que se genere por la ejecución de contratos vinculados con Endeudamientos Garantizados Permitidos.

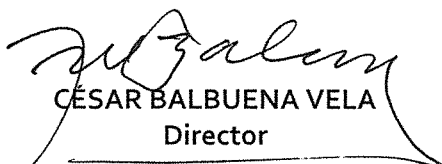
- No obstante ello, si las partes llegasen a acordar que los contratos vinculados con la operación de Endeudamiento Garantizado Permitido no se vean afectados por la resolución de la concesión o el vencimiento del plazo de la misma, deberá tenerse en cuenta que las garantías aprobadas por el Estado en respaldo de las obligaciones del Concesionario, como la concesión, sí deben limitarse a la vigencia de esta última. De este modo, si se permitiese que las garantías de la concesión excedan el plazo de vigencia del Contrato de Concesión, se tendría un escenario en el que el Acreedor Permitido, luego de concluida la concesión, tenga el derecho de exigir al Estado la ejecución de una garantía, lo cual trasgrede el artículo 64 del Reglamento de la Ley de APP's. Ello, sin perjuicio de que los contratos vinculados con la operación de Endeudamiento Garantizado Permitido sigan subsistiendo, luego de vencido el contrato de concesión, en aplicación de las normas de derecho privado.



OSITRAN

- b) Notificar a PROINVERSIÓN y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones el presente Acuerdo, así como copia del Informe N° 005-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

No habiendo otro asunto que tratar, la Presidente levantó la sesión a trece horas del 22 de enero de 2016.


CÉSAR BALBUENA VELA
Director


JORGE CÁRDENAS BUSTÍOS
Director


~~PATRICIA BENAVENTE DONAYRE~~
Presidente