**CARGO**

**URGENTE**

OFICIO CIRCULAR Nº 034-16-SCD-OSITRAN

Lima, 27 de junio de 2016

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Oficina de Gestión Documental y Atención al Usuario
27 JUN. 2016
RECIBIDO
Hora: 14:13 Nº H.R.: 124977

Señor
**GIANCARLO MARCHESI VELASQUEZ**
Director General de Política de Promoción de la Inversión Privada
**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**
Jr. Lampa N° 277
Lima.-

Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N

Referencia : Oficio N° 2351-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 593-2016-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 27 de junio de 2016, adoptó el Acuerdo N° 1969-593-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y emitió opinión técnica favorable respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N,sujeta al levantamiento de las observaciones señaladas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de las Conclusiones del referido Informe.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1969-593-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

**JEAN PAUL CALLE CASUSOL**
Secretario del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 23129

***ACUERDO Nº 1969-593-16-CD-OSITRAN***
***de fecha 27 de junio de 2016***

Vistos, el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio Nº 2351-2016-MTC/25; en virtud a lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley Nº 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1224, que aprueba el "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos", y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

a) Aprobar el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica favorable respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme Ro1N,sujeto al levantamiento de las observaciones señaladas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de las Conclusiones del referido Informe.

b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Autopista del Norte S.A.C.

d) De conformidad con el artículo 82° del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, notificar el presente Acuerdo y el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.

e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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

.....
***JEAN PAUL CALLE CASUSOL***
***Secretario de Consejo Directivo***
***OSITRAN***

**CARGO**
**URGENTE**

OFICIO CIRCULAR Nº 034-16-SCD-OSITRAN

Lima, 27 de junio de 2016

Señor
**JAIME CROSBY R**
Gerente General
**AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C**
Av. Larco N° 1301 Torre Parque Mar, Piso 21, Oficina 2103
Miraflores.-

Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N

Referencia : Oficio N° 2351-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 593-2016-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 27 de junio de 2016, adoptó el Acuerdo N° 1969-593-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y emitió opinión técnica favorable respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N,sujeta al levantamiento de las observaciones señaladas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de las Conclusiones del referido Informe.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1969-593-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

**JEAN PAUL CALLE CASUSOL**
Secretario del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 23129

AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C.
27 JUN 2016
RECIBIDO
Hora 16:30 Firma
NOMBRE Y SELLO DE CONFORMIDAD

*ACUERDO Nº 1969-593-16-CD-OSITRAN*
*de fecha 27 de junio de 2016*

Vistos, el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 2351-2016-MTC/25; en virtud a lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley Nº 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1224, que aprueba el "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos", y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

a) Aprobar el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica favorable respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme Ro1N,sujeto al levantamiento de las observaciones señaladas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de las Conclusiones del referido Informe.

b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Autopista del Norte S.A.C.

d) De conformidad con el artículo 82° del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, notificar el presente Acuerdo y el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.

e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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

***JEAN PAUL CALLE CASUSOL***
***Secretario de Consejo Directivo***
***OSITRAN***

CARGO URGENTE

OFICIO CIRCULAR Nº 034-16-SCD-OSITRAN

Lima, 27 de junio de 2016

M.T.C.
MESA DE PARTES
E- 75337-2016
27 JUN 2016
HORA 9:22 FIRMA

Señor
**RAÚL GARCÍA CARPIO**
Director de Concesiones en Transportes
**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**
Jr. Zorritos Nº 1203
Lima.-

Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N

Referencia : Oficio N° 2351-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 593-2016-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 27 de junio de 2016, adoptó el Acuerdo N° 1969-593-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y emitió opinión técnica favorable respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N,sujeta al levantamiento de las observaciones señaladas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de las Conclusiones del referido Informe.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1969-593-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

**JEAN PAUL CALLE CASUSOL**
Secretario del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 23129

***ACUERDO Nº 1969-593-16-CD-OSITRAN***
***de fecha 27 de junio de 2016***

Vistos, el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 2351-2016-MTC/25; en virtud a lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley Nº 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1224, que aprueba el "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos", y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

a) Aprobar el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica favorable respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme Ro1N,sujeto al levantamiento de las observaciones señaladas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de las Conclusiones del referido Informe.

b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Autopista del Norte S.A.C.

d) De conformidad con el artículo 82° del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, notificar el presente Acuerdo y el Informe Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.

e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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

.....
***JEAN PAUL CALLE CASUSOL***
***Secretario de Consejo Directivo***
***OSITRAN***

OSITRAN
SECRETARIA CONSEJO DIRECTIVO
23 JUN 2016
RECIBIDO
Firma: Hora: 12:11

23 JUN 2016
11:04

INFORME Nº 026-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

| | | |
|---|---|---|
| | : | **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**<br>Gerente General |
| De | : | **JOSÉ AGUILAR REÁTEGUI**<br>Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)<br><br>**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**<br>Gerente de Supervisión y Fiscalización<br><br>**JEAN PAUL CALLE CASUSOL**<br>Gerente de Asesoría Jurídica |
| Asunto | : | Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4 (Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N) |
| Referencia | : | Oficio N° 2351-2016-MTC/25, recibido el 15.06.2016 |
| Fecha | : | 23 de junio de 2016 |

## I. OBJETO

1. Emitir la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del documento de la referencia, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N (en adelante, el Contrato de Concesión).

## II. ANTECEDENTES

2. El 18 de febrero de 2009, el Estado Peruano, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente) y Autopista del Norte S.A.C. (en adelante, el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión.

3. Mediante Resolución Directoral N° 178-2010-MTC/20, de fecha 5 de marzo de 2010, PROVÍAS Nacional aprobó el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) de la Segunda Calzada.

4. Con Oficio N° 1650-2012-MTC/25, de fecha 8 de agosto de 2012, el Concedente confirmó al Concesionario que la fecha de inicio del plazo contractual de obra es el 4 de julio de 2012.

5. Con Oficio N° 914-2014-MTC/25, de fecha 13 de mayo de 2014, el Concedente solicitó al Regulador que se pronuncie sobre la posibilidad de poner en servicio una parte de la Segunda Calzada, del km 216 al km 292, y sobre la activación de la Tarifa prevista en la Cláusula 9.8 literal d) del Contrato de Concesión.

6. Con fecha 16 de julio de 2014, mediante Oficio N° 313-14-GG-OSITRAN, el Regulador remitió al Concedente, con copia al Concesionario, el Informe N° 025-2014-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el cual concluye que: i) la aceptación parcial y puesta en servicio de los 75,28 kilómetros de carretera resulta viable; y, ii) de acuerdo a la Cláusula 9.8 del Contrato de Concesión, el incremento de la Tarifa en la unidad de peaje Fortaleza solo se activará cuando la Segunda Calzada comprendida entre dicha unidad de peaje y la unidad de peaje Huarmey se encuentre construida en su totalidad.

7. Con fecha 7 de setiembre de 2015, las Partes suscribieron la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión con el objeto de permitir la introducción de modificaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería aprobado de la Segunda Calzada, solicitadas tanto por el Concesionario como por el Concedente; así como modificar el procedimiento de Arbitraje y la oportunidad del incremento de la Tarifa establecida en el literal d) de la cláusula 9.8.

8. Mediante Memorándum N° 3563-2015-MTC/20 de fecha 01 de diciembre del 2015, que adjunta el Informe N° 105-2015-MTC/20.9, la Dirección Ejecutiva de Provías Nacional, emitió opinión favorable acerca del Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) y Costo Directo de la Vía de Evitamiento de Chimbote.

9. Mediante Informe N° 1415-2015-MTC/25 de fecha 10 de diciembre del 2015, se sustentó el valor porcentual de los Gastos Generales y la utilidad de la Vía de Evitamiento de Chimbote.

10. Mediante Oficio N° 0090-2016-MTC/25, recibido el 14 de enero de 2016, el Concedente comunicó a este Organismo Regulador que, a través de la Carta N° AN-GG-C-15-1063 de fecha 29 de diciembre del 2015, el Concesionario le solicitó la modificación del Contrato de Concesión, con el objeto de establecer un procedimiento para que el Concedente le encargue al Concesionario la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada (Vía de Evitamiento Chimbote), así como precisar las condiciones para el incremento y ajuste de la Tarifa y corregir un error material en la fórmula para el cálculo de los Niveles de Servicio Global de un Sub Tramo. En consecuencia, el Concedente convocó a la primera reunión de Evaluación Conjunta del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, a realizarse el lunes 18 de enero de 2016 a las 11:00 horas.

11. Con fecha 15 de enero de 2016, mediante Oficio N° 011-2016-GG-OSITRAN, se solicitó al Concedente reprogramar la reunión convocada mediante el Oficio N° 0090-2016-MTC/25, teniendo en cuenta lo siguiente: i) remitir previamente a dicha reunión un documento que contenga las apreciaciones del Concedente respecto de la propuesta de Adenda presentada por el Concesionario, ii) otorgar al Regulador un plazo mínimo de tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente de haber remitido toda la documentación necesaria para efectuar la evaluación del proyecto de Adenda hasta la fecha de la reunión de Evaluación Conjunta, iii) definir con anterioridad a la citada reunión los protocolos que se seguirán en la misma.

12. Con fecha 19 de enero de 2016, mediante Oficio N° 012-16-GRE-OSITRAN, se requirió al Concedente información adicional que permita evaluar de mejor manera el proyecto de Adenda presentado por el Concesionario y remitido por el Concedente.

13. Mediante Oficio N° 0228-2016-MTC/25, recibido el 20 de enero de 2016, el Concedente convocó a OSITRAN para el jueves 21 de enero de 2016 a las 09:00 horas a efectos de dar inicio al proceso de Evaluación Conjunta del proyecto de Adenda.

14. Con fecha 21 de enero de 2016, se llevó a cabo la primera reunión de Evaluación Conjunta, con participación del MEF, OSITRAN y el MTC, presentándose el proyecto de Adenda. En dicha reunión se acordó que el MEF y OSITRAN remitirían sus comentarios y se elaboraría el Plan de Trabajo del proceso de Evaluación Conjunta y los grupos de trabajo; en particular, un grupo de trabajo que se encargue de los aspectos financieros.

15. Con fecha 19 de abril de 2016, se realizó la segunda reunión de Evaluación Conjunta con la participación del Concesionario, el mismo que expuso los resultados obtenidos en el modelo económico financiero, que fueron remitidos al MEF y al OSITRAN, para su revisión y posterior emisión de comentarios.

16. Con fecha 2 de mayo de 2016, mediante correo electrónico, se remitió a la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC (en adelante, DGCT) una matriz con comentarios sobre el proyecto de Adenda N° 2

17. Mediante Oficio Múltiple N° 0014-2016-MTC/25, recibido el 3 de mayo de 2016, el Concedente convocó a la reunión de cierre del proceso de Evaluación Conjunta del proyecto de Adenda, a realizarse el 4 de mayo de 2016 a las 10:00 horas.

18. Mediante Oficio Múltiple N° 0016-2016-MTC/25, recibido el 6 de mayo de 2016, en atención a una solicitud del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Concedente reprogramó la reunión de cierre de Evaluación Conjunta para el día 9 de mayo de 2016 a las 17:00 horas.

19. El 09 de mayo de 2016, se llevó a cabo la tercera reunión de Evaluación Conjunta del proyecto de Adenda N° 2, donde el Concedente expuso el levantamiento de observaciones, el Equilibrio Económico-Financiero y las modificaciones realizadas al Modelo Económico-Financiero Al término de la reunión, tanto OSITRAN y el MEF remitieron sus observaciones.

20. Mediante Oficio Múltiple N° 0018-2016-MTC/25, recibido el 13 de mayo de 2016, en atención a las observaciones realizadas por el MEF y OSITRAN en la mesa de trabajo realizada el 9 de mayo, el Concedente convocó a la reunión de Evaluación Conjunta a realizarse el lunes 16 de mayo de 2016 a las 11:00 horas.

21. Con fecha 16 de mayo de 2016, se llevó a cabo la cuarta reunión de Evaluación Conjunta del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.

22. Con fecha 14 de junio de 2016, mediante correo electrónico, se remitió a la DGCT la matriz de comentarios respecto del proyecto de Adenda N° 2 (versión del 09.06.2016), a efectos que sean considerados en la versión final a ser remitida para opinión del Regulador.

23. Mediante Oficio N° 2351-2016-MTC/25, recibido el 15 de junio de 2016, el Concedente procedió a dar por finalizada la etapa de Evaluación Conjunta y remitió a este Organismo Regulador el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión así como el

Informe N° 516-2016-MTC/25 que lo sustenta, para su evaluación y opinión previa de conformidad con el marco legal vigente.

## III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

### III.1. Sobre la modificación del Contrato de Concesión

24. El numeral 22.1 del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, establece que el Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca su Reglamento.

25. En la misma línea, el artículo 53° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, (en adelante, el Reglamento) señala que las Partes pueden convenir en modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, y, además, procurarán no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

26. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual debe respetar los parámetros antes descritos.

27. Del mismo modo, conviene indicar que los numerales 22.2, 22.3 y 22.4 del mencionado Decreto Legislativo establecen un mecanismo de Evaluación Conjunta de modificaciones contractuales, de acuerdo a los siguientes términos:

> "22.2 *En un plazo máximo de diez días hábiles de recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, a la cual también puede ser convocado el inversionista. En esta etapa se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces.*
>
> 22.3 *Culminado el proceso de evaluación conjunta, **el Ministerio**, Gobierno Regional o Gobierno Local **evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia**, y tratándose de materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, debe requerirse la opinión previa favorable de dicho Ministerio. Los acuerdos que contengan modificaciones al contrato Asociación Público Privada que no cuenten con opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.*
>
> 22.4 *Los plazos y procedimientos dispuestos en el presente artículo, son establecidos en el Reglamento. De no emitirse opinión dentro de los plazos previstos son considerados como favorables".*

[El subrayado y resaltado es nuestro]

28. Con relación a lo anterior, los artículos 54, 55 y 56 del Reglamento establecen lo siguiente:

> ***Artículo 54.- Límite temporal para la suscripción de adendas***
> *Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se trate de:*
>
> *a. La corrección de errores materiales.*
> *b. Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.*
> *c. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.*
>
> ***Artículo 55.- Evaluación conjunta***
>
> *55.1 Las modificaciones contractuales a solicitud del inversionista deben estar sustentadas y adjuntar los términos de la modificación propuesta. Esta propuesta de adenda es publicada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en su portal institucional, dentro del plazo de cinco (05) días calendario de recibida.*
>
> *55.2 Recibida la propuesta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas.*
>
> *55.3 Las entidades públicas convocadas asisten al proceso de evaluación conjunta, en la cual se identifican: i) los temas y/o materias de la adenda de competencia de cada una de las entidades, ii) el cumplimiento de las condiciones señaladas en el presente Título, y iii) se elabora el plan de trabajo del proceso de evaluación.*
>
> *55.4 Conforme el plan de trabajo, las entidades ponen en conocimiento la información que debe ser requerida al inversionista para la evaluación de las modificaciones contractuales, informan la necesidad de solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces, y, emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la adenda. Corresponde únicamente al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determinar la concurrencia del inversionista y sus financistas, de ser necesario.*
>
> *55.5 Las entidades públicas pueden suscribir actas y realizar reuniones presenciales o virtuales que resulten necesarias, considerando para ello el principio de Enfoque de Resultados. En caso el inversionista presente*

*cambios a la propuesta de adenda, éstas se incorporan a la evaluación sin que ello implique retrotraer el análisis.*

*55.6 El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al inversionista.*

*55.7 Las disposiciones indicadas en el presente artículo son aplicables en lo que corresponda cuando la adenda es solicitada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.*

***Artículo 56.- Reglas aplicables para la evaluación de adendas***

*56.1 Los contratos de Asociación Público Privada que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el Reglamento.*

*56.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evalúa la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada en el marco de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley."*

[El subrayado es nuestro]

29. De acuerdo al artículo 54 de la referida norma reglamentaria, durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de suscripción de los contratos de APP, no pueden suscribirse adendas a los mismos, salvo que se trate de:

a) La corrección de errores materiales.
b) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.
c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

30. De igual forma, se observa que el artículo 55 regula el mecanismo de Evaluación Conjunta de modificaciones contractuales, cuyas disposiciones se aplican en todos los casos de adendas solicitadas por el inversionista, y en lo que corresponda, en los casos de adendas solicitadas por el propio Ministerio. Así, entre otros aspectos, en el marco de dicha evaluación, recibida la propuesta, el Ministerio, en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de Evaluación Conjunta, adjuntando la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas.

31. Por último, el artículo 56 de la aludida norma reglamentaria dispone como regla aplicable para la evaluación correspondiente que, si la adenda propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto de APP, el Concedente -siempre que la naturaleza del

proyecto lo permitiera- evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una adenda al contrato[1].

32. En ese contexto, el numeral 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57 de su Reglamento, prevén que las modificaciones que se produzcan a los contratos de concesión requieren opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia. En ese marco normativo, el artículo 57 del Reglamento establece disposiciones específicas con relación a las modificaciones contractuales, señalando lo siguiente:

> ***"Artículo 57.- Opiniones previas***
>
> *57.1 En base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determina y sustenta las modificaciones contractuales y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.*
>
> *57.2 Contando con la opinión del organismo regulador, la entidad pública solicita la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato, y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado.*
>
> *57.3 Los acuerdos indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada, que regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.*
>
> *57.4 La opinión del organismo regulador y del Ministerio de Economía y Finanzas, según corresponda, se emite en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que estas entidades hubiesen emitido su opinión, se entiende que ésta es favorable.*
>
> *57.5 En caso dichas entidades requieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información se efectúa por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspende y sólo se reinicia una vez recibida la información requerida."*

[El subrayado es nuestro]

---

[1] Artículo 56.- Reglas aplicables para la evaluación de adendas

56.1 Los contratos de Asociación Público Privada que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el Reglamento.

56.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evalúa la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada en el marco de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley.

33. De acuerdo con la referida norma, sobre la base de la información proporcionada en el proceso de Evaluación Conjunta, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe determinar y sustentar las modificaciones contractuales, y luego de ello, solicitar la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia. Dicha opinión deberá ser emitida en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud, salvo que se requiera información complementaria, en cuyo caso los plazos quedarán suspendidos; de lo contrario, la opinión se considerará favorable.

34. En el presente caso, considerando que la solicitud de opinión técnica formulada por el Concedente fue realizada a través del Oficio N° 2351-2016-MTC/25[2], recibido el 15 de junio de 2016, el plazo para emitir la opinión técnica de OSITRAN vence el 30 de junio próximo.

35. De otro lado, en lo que respecta específicamente al Contrato de Concesión materia de modificación, debe señalarse que la cláusula 19.1 establece lo siguiente:

> "19.1. *Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra Parte, con copia al REGULADOR, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. La Parte resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.*
>
> *La solicitud que en ese sentido realice el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE deberá respetar la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
>
> *De conformidad con el Artículo 33° del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo por escrito, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibro económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
>
> *Para efectos de lo establecido en los párrafos precedentes, debe tomarse en cuenta que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el presente Contrato, requiere de la opinión previa del REGULADOR, quien se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes.*
>
> *De igual modo, las Partes podrán presentar una solicitud al REGULADOR destinada a la revisión del Contrato, por causas que a criterio de una de las Partes no se haya previsto a la Fecha de Suscripción del Contrato, tales*

[2] Con el referido documento, el Concedente remitió el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión debidamente visado, así como el Informe N° 516-2016-MTC/25.

*como incremento del tráfico proyectado superior al estudio de demanda. Para este caso, se requerirá informe previo del REGULADOR".*

[El subrayado es nuestro]

36. Como puede observarse, el primer párrafo de la cláusula citada establece expresamente que el solicitante de la Adenda asume la obligación contractual de presentar el "*debido sustento técnico económico y financiero*". En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, la falta o la insuficiencia de dicho sustento técnico implica no sólo el incumplimiento de una obligación contractualmente asumida por las Partes, sino también la imposibilidad de emisión de opinión técnica previa a cargo del Regulador.

### III.2. De la función asignada a OSITRAN en materia de modificación contractual

37. De acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, en el ejercicio de sus funciones, este Organismo Regulador debe cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses de los usuarios, los inversionistas y el Estado.

38. En lo que respecta a las modificaciones contractuales, el literal f) del numeral 7.1 del artículo 7 de la referida Ley, establece lo siguiente:

> "***Artículo 7.- Funciones***
> *7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:*
> *(...)*
> *f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará un informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.*
> *(...)."*

[El subrayado es nuestro]

39. En concordancia con lo anterior, el artículo 28 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM[3] (en adelante, REGO), establece lo siguiente:

> ***"Artículo 28.- Opinión técnica previa y supervisión de los contratos***
> *A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, debe emitir opinión técnica previa, sobre materias referidas a:*
> *(...)*
>
> *3. La propuesta de modificación de los Contratos de Concesión. En este caso la opinión técnica previa es emitida por el OSITRAN respecto del acuerdo al que hayan arribado las partes, salvo que el respectivo contrato de concesión disponga procedimiento distinto.*
>
> *(...)".*

[3] Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.

[El subrayado es nuestro]

40. Asimismo, el inciso 7 del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, establece que es función del Consejo Directivo el aprobar la opinión técnica previa a la celebración de contratos de concesión, su renovación, modificación del plazo de concesión, renegociación o revisión; así como declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia.

41. Como puede advertirse, el marco legal vigente, de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre las que se encuentra el Concesionario, establece que corresponde al Regulador emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión.

42. Sobre el particular, los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004 (en adelante, los Lineamientos), establecen los criterios a aplicar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión.

43. Específicamente, el numeral 6.2 de los Lineamientos prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial, la opinión del Regulador deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sugiriendo los términos de la misma, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora; precisando que constituyen modificaciones sustanciales de un Contrato de Concesión, entre otros, la modificación del Régimen Tarifario que el Contrato establece y los cambios en el Plan de Inversiones[4] a cargo del Concesionario.

44. En el caso específico del Contrato de Concesión materia de evaluación, debe resaltarse que en la Sección XIX se reconoce la competencia de OSTRAN, estableciendo que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el contrato, requiere de la opinión previa del Regulador, quien se pronunciará respecto del acuerdo al que hayan arribado las Partes.

45. En ese orden normativo, en los acápites siguientes se desarrollará el análisis de admisibilidad y procedencia de la solicitud de opinión técnica no vinculante, presentada por el Concedente al Regulador, respecto de la propuesta de Adenda efectuada por el

---

[4] En relación a la modificación del Plan de Inversiones, los Lineamientos establecen como elementos mínimos de análisis, los siguientes:
- Evaluación de las causas y gatillos que afectan el desarrollo del cronograma inicial de inversiones.
- Evaluación técnica y económica de la propuesta que incluya el análisis de la demanda y los efectos en la prestación de los servicios.
- Análisis de valor presente de las inversiones y de los flujos de caja con y sin modificaciones.

Asimismo, en relación a la modificación del alcance de una obligación, los Lineamientos establecen como elementos mínimos de análisis, los siguientes:
- Valorización de la obligación.
- Cumplimiento de obligaciones relacionadas.
- Riesgos por cambios en la obligación sobre la operatividad, prestación y calidad de servicios.
- Evaluación de la compensación ofrecida.

Concesionario mediante Carta AN-GG-C-15-1063, en el marco de la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión.

46. Finalmente, debe señalarse que la opinión técnica emitida por OSITRAN y contenida en el presente Informe tiene carácter no vinculante, de conformidad con el numeral 171.2 del artículo 171° de la Ley N° 27444, el cual establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley, y lo expresamente señalado por el numeral 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el numeral 57.1 de su Reglamento.

## IV. ANÁLISIS

47. Luego de revisar los documentos remitidos por el Concedente a través del Oficio N° 2351-2016-MTC/25, el Contrato de Concesión y el marco legal vigentes, así como las Bases del Concurso de Proyectos Integrales de la Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4 (en adelante, las Bases), a continuación se presenta nuestro análisis, el cual consta de dos secciones:

- Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión; y,
- Análisis del proyecto de Adenda.

### IV.1. Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión

48. La Sección XIX del Contrato de Concesión prevé que toda solicitud de enmienda, adición o modificación del mismo, realizada por cualquiera de las Partes, deberá ser presentada a la otra Parte, con copia para el Regulador, con el debido sustento técnico y económico financiero, y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable.

49. La solicitud de modificación deberá respetar la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes. De igual modo, establece que las Partes podrán modificar el Contrato de Concesión, previo acuerdo, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público.

50. De otro lado, el artículo 54 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224[5] establece un límite temporal para la suscripción de Adendas durante los tres (3) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, el cual no resulta aplicable en el presente caso toda vez que el Contrato materia de análisis fue suscrito el 18 de febrero de 2009.

---

[5] ***Artículo 54.- Límite temporal para la suscripción de adendas***
*Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se trate de:*
*a. La corrección de errores materiales.*
*b. Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.*
*c. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.*

51. El artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1224 establece que el Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

52. En ese orden de ideas, corresponde evaluar el cumplimiento de los siguientes requisitos formales de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión:

- Sustento técnico y económico–financiero.
- El equilibrio económico – financiero.
- Las condiciones de competencia del proceso de promoción.

53. Adicionalmente, se verificará la presentación del sustento referido a la naturaleza de la Concesión, así como la causa fundada e interés público que fundamentan la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.

### IV.1.1 Sustento Técnico y Económico-Financiero

54. Como se ha señalado líneas arriba, a través del Oficio N° 2351-2016-MTC/25, el Concedente remitió el Informe N° 516-2016-MTC/25, mediante el cual evalúa y analiza el sustento técnico y económico-financiero de la adenda propuesta.

55. En atención a la documentación remitida por el Concedente, se ha dado cumplimiento a este requisito de forma; sin embargo, debe anotarse que la verificación del cumplimiento de este requisito, no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido, por lo que la evaluación técnica del contenido de la información, así como la suficiencia y pertinencia del mismo será realizada en las secciones siguientes.

### IV.1.2 Equilibrio Económico-Financiero

56. Mediante el Informe N° 516-2016-MTC/25 remitido adjunto al Oficio N° 2351-2016-MTC/25, el Concedente afirma que el proyecto de Adenda propuesto no afectará el Equilibrio Económico Financiero, señalando lo siguiente:

> *"81. Como se observa, los contenidos de la Adenda propuesta no afectan el Equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que el CONCESIONARIO mantiene su obligación de ejecutar todas las Obras a las que se comprometió en su oferta a su costo y poner en servicio a favor de los usuarios los tramos ejecutados antes del incremento tarifario, mientras que el CONCEDENTE mantiene su obligación de liberar todos los terrenos para la ejecución de dichas Obras". (El resaltado es nuestro)."*

57. Es importante señalar que la obligación principal del Concesionario consiste en la ejecución, mantenimiento y operación del Tramo Vial y obras ofertadas, y su principal derecho es el cobro del Peaje en las cuatro unidades de peaje de la Concesión por un plazo determinado, e incremento del mismo a la culminación y puesta en servicio de las Obras. Por su parte, la principal obligación del CONCEDENTE es la entrega de los terrenos debidamente liberados.

58. Al respecto, es el mismo Concedente el que refiere en el numeral 79 del referido Informe que: "*(...) la ejecución del Evitamiento Chimbote a cargo del CONCESIONARIO y la puesta en servicio de los tramos parcialmente concluidos requieren que, para conservar el Equilibrio Económico Financiero se otorgue al CONCESIONARIO condiciones distintas tanto para la recuperación de la inversión de la nueva obra como el cobro del incremento asociado a la ejecución de las Obras de la segunda calzada en los terrenos realmente entregados (...)*; situación que se apareja con el planteamiento de incorporar una nueva unidad de peaje, y de ser el caso, aumentar el plazo de la concesión. [El subrayado es nuestro]

59. En atención a lo indicado por el Concedente en el Informe N° 516-2016-MTC/25, éste ha cumplido formalmente con presentar el referido requisito de admisibilidad previsto en el Contrato de Concesión y la normativa vigente.

### IV.1.3 Condiciones de competencia del proceso de promoción

60. Con relación a las condiciones de competencia del proceso de promoción, es pertinente señalar que las modificaciones que se vienen proponiendo con la presente adenda buscan:

a) Poner en funcionamiento los tramos 1 y 2 de la Segunda Calzada parcialmente ejecutada y hacer efectivo el incremento tarifario correspondiente.
b) La ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada por el Concesionario: Vía de Evitamiento Chimbote.

61. Respecto del primer punto, el Concedente señala lo siguiente: "*(...) las condiciones de competencia no se están alterando toda vez que el Contrato de Concesión establece que el CONCESIONARIO tiene la obligación de construir las Obras ofertadas e incrementar la tarifa una vez que ponga en servicio las mismas, sin embargo los hechos han variado, dado que tenemos una segunda calzada ejecutada parcialmente debido a la falta de terrenos, y a la imposibilidad de ejecutar obras por un factor social (centro poblado de Chao), que nos obliga a modificar el Estudio de Ingeniería aprobado, hecho que no se pudo prever a la firma del Contrato de Concesión*". [El subrayado es nuestro].

62. Con relación a la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada, Vía de Evitamiento Chimbote, el Concedente advierte que tal obra "*(...)fue parte del concurso de la Red Vial 4, pero la misma no fue ofertada por el Concesionario, sin embargo la necesidad de su ejecución es innegable, se trata de una obra de vital importancia para el Perú, evitará la congestión vehicular que actualmente afecta a esta ciudad, producto del ingreso de vehículos de transporte pesado e interprovincial, contribuyendo, asimismo, a la reducción de los tiempos de viaje, así como evitará el colapso de las pistas en Chimbote a causa del intenso tráfico, disminuirán los accidentes de tránsito, beneficiará al transporte, y contribuirá al desarrollo económico y social de la región Áncash*".

63. Finalmente, el Concedente señala que las modificaciones propuestas no afectan de manera alguna las características técnicas de las Obras Obligatorias, las que serán ejecutadas con las mismas características y requisitos técnicos en que serían realizadas de no suscribirse la Adenda 2 (en el informe se señala por error, adenda 1), ocurriendo lo mismo respecto de las condiciones económicas originalmente previstas.

64. De esta manera, el Concedente estaría cumpliendo con presentar el sustento referido a que las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, mantienen las condiciones de competencia del proceso de promoción.

### IV.1.4 La naturaleza de la Concesión

65. Específicamente, con respecto a este requisito, en el Informe N° 516-2016-MTC/25[6], el Concedente señala lo siguiente:

> *"V.4 No Alteración de la Naturaleza del Proyecto.*
>
> *103. Las principales prestaciones que forman parte de la Concesión y que por tanto es el objeto de los derechos y obligaciones del CONCESIONARIO y el Concedente en virtud del Contrato, son las siguientes: la entrega, transferencia, uso y devolución de los Bienes Reversibles; la ejecución de las Obras y la Explotación de la Concesión.*
>
> *104. Sin perjuicio de la multiplicidad de actividades y prestaciones en que se divide el objeto de la Concesión, el Contrato es de naturaleza unitaria y responde a una causa única. También es de prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada. Por otra parte, una de las características principales del contrato mismo, consiste en que en todo momento, se debe mantener el equilibrio económico – financiero de las Partes.*
>
> *105. La modalidad de la Concesión es onerosa, de conformidad con lo señalado en el Literal a) del Artículo 14° de la Ley de APP; por lo que la recaudación por concepto de Tarifa cubro el financiamiento de las inversiones en la Infraestructura que realiza el CONCESIONARIO.*
>
> *106. <u>En atención a lo expuesto, la propuesta de Adenda al Contrato de Concesión no constituye una vulneración a la Naturaleza de la Concesión, toda vez que no se ha variado el Objeto de la misma</u>".*
>
> [El subrayado es nuestro]

66. De lo indicado por el Concedente, se tiene que el Contrato de Concesión mantiene la modalidad de Concesión Onerosa, establecida en la Cláusula 2.5, en la fecha de su suscripción; situación con la cual se daría cumplimiento al requisito de admisibilidad indicado líneas arriba.

### IV.1.5 Causa Fundada e Interés Público de la propuesta de Adenda

67. El Concedente, en su Informe N° 516-2016-MTC/25, establece una serie de argumentos que fundamentan la solicitud de modificación contractual, estableciéndose además que la propuesta en su conjunto busca el interés público. Así, en el numeral 96 señala lo siguiente:

> *<u>"96. Así, en el presente caso, resulta claro que la modificación contractual tiene por meta hacer factible la necesidad prioritaria del Estado, de los Usuarios y de los pobladores a lo largo del tramo concesionado, tener una infraestructura en condiciones adecuadas que permitan la plena prestación de los servicios</u>*

[6] Páginas 16 y 17 del citado informe.

*contemplados en el Contrato de Concesión por parte del CONCESIONARIO a favor de los usuarios".*

[El subrayado es nuestro]

68. Asimismo, el Concedente , en el numeral 97 del informe, invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 0090-2004-AA/TC, en el cual se define en términos generales lo referido a "Interés Público", resaltando lo siguiente:

> *"97. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa (...) el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico.*
>
> *En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo (...) el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta. Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración".*

69. En ese sentido, el Concedente, en los dos numerales citados, y en el siguiente, que obra en el numeral 98 del informe, defiende la posición de que la modificación contractual propuesta, y que es materia de análisis, representa una intervención que se materializa en un tipo de acción administrativa, manifestación del aspecto positivo del interés público:

> *"98. Esta intervención materializada en la voluntad de modificar y proponer cambios al diseño contractual original del Contrato, es un tipo de acción administrativa, la misma no es sino una manifestación del aspecto positivo del interés público".*

70. Al respecto, el Concedente, concluye señalando que:

> *"99. (...) la modificación del Contrato de Concesión resultaría conveniente en términos de eficiencia no sólo desde la óptica agregada de todos los agentes involucrados, sino además desde la posición individual de cada uno de éstos, es decir de la sociedad y con ello se materializa la necesidad de interés público".*

71. De esa forma, la propuesta de modificación contractual tendría una causa fundada en el interés público que representa cada una de las mejoras que se materializarían en beneficio de la población en general, el usuario y el Estado mismo.

### IV.1. Análisis del Proyecto de Adenda

72. El marco legal aplicable exige que la modificación del Contrato de Concesión mantenga el equilibrio económico-financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

En tal sentido, el análisis de las modificaciones propuestas se realizará observando dichos parámetros, entre otros.

### IV.2.1. Cuestión previa: Asignación de riesgos

73. La identificación de los riesgos, así como su adecuada asignación, es uno de los elementos claves en el diseño de los Contratos de Concesión. En particular, la asignación de riesgos tiene un importante impacto en el costo de capital y el financiamiento de la concesión, dado que en el diseño del proyecto se busca establecer el equilibrio financiero de la concesión, bajo una determinada asignación de riesgos. Así, una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión podría provocar una alteración del equilibrio económico de la concesión.

74. Lo anterior es reconocido por el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, el cual en su numeral 2.4 establece como uno de los principios el de valor por dinero, con el objeto de buscar la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de los riesgos en todas las fases del proyecto de APP. Asimismo, señala que la generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APPs puede darse de manera no limitativa, entre otros, al momento de identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.

75. Asimismo, conforme a los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, los Lineamientos), los principios generales aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para las modificaciones y reconversiones de contratos, son los siguientes:

- Equilibrio[7]
- No discriminación
- Beneficio – Costo
- Transparencia
- Bienestar de los Usuarios[8]

[7] *"5.1 Equilibrio*
*Todo Contrato de concesión busca, en lo posible, una igualdad en los derechos y obligaciones, es decir, que exista una equivalencia entre el derecho otorgado y los compromisos adquiridos. Se presume que el Contrato tiene y mantiene una adecuada distribución de riesgos, costos y beneficios entre las Partes, que derivan en el equilibrio de las ecuaciones económica y política del contrato.*
*Para la aplicación de este principio, se asocia a la ecuación económica un valor de la concesión y un retorno de referencia ajustado por riesgo, aspectos que no significan necesariamente garantizar un nivel de ganancia. En la práctica, el Regulador puede establecer una tasa interna de retorno de la concesión y una varianza de referencia, estimadas para la explotación de las infraestructuras bajo condiciones óptimas y económicamente eficientes, y comparables con la experiencia internacional (...)*
*Asimismo, la decisión de restablecer o mantener el equilibrio implica que la opinión técnica del OSITRAN no debe repercutir sobre la posibilidad de recuperar las inversiones del Concesionario. Del mismo modo, las opiniones técnicas de OSITRAN deben orientarse a corregir resultados sub-óptimos que pueden generar una disminución del bienestar de los usuarios o terceros. Por tanto, las renegociaciones permiten restablecer el equilibrio económico con el que el Concesionario contrató, pero nunca ofrecer lucro adicionales, ni que se produzca un traspaso de riesgo entre las partes del contrato."*

[8] *"5.5. Bienestar de los usuarios*
*Las modificaciones de contratos no podrán disminuir el nivel de bienestar de los usuarios (precios, calidad, riesgos y oportunidad), ni afectar el bienestar de terceros."*

76. Los Lineamientos además establecen que, en caso de presentarse conflicto entre los principios señalados, prevalecerá sobre el resto el principio de Bienestar de los Usuarios, en tanto no afecte la sostenibilidad del servicio.

77. En esa línea de razonamiento, el análisis de las cláusulas contenidas en el proyecto de Adenda se realizará verificando que las mismas no alteren la asignación de riesgos establecida en el Contrato de Concesión; destacándose que, en caso que alguna de las cláusulas propuestas no acompañe el debido sustento, se observará dicha circunstancia.

### IV.2.2. Objeto del proyecto de Adenda

78. De acuerdo al Artículo Segundo del proyecto de Adenda N° 2, ésta tendría por objeto lo siguiente:

i) Establecer un procedimiento por medio del cual el Concesionario ejecute la Obra Vial Nueva No Ofertada (Vía de Evitamiento Chimbote);

ii) Precisar las condiciones para el incremento y ajuste de la Tarifa en las unidades de peaje; y,

iii) Corregir un error material en la fórmula para el cálculo de los Niveles de Servicio Globales de un Sub Tramo.

79. Para tal efecto, el proyecto de Adenda N° 2 plantea incorporar el numeral 1.14.60.B, la cláusula 6.38 y el literal f) a la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión; y modificar el literal b) de la cláusula 9.9 y el literal h) del numeral 5.4 de la Sección 1 del Anexo I (Índices de Serviciabilidad).

### IV.2.3. Análisis de las modificaciones contractuales propuestas

80. Mediante el Artículo Tercero del proyecto de Adenda, las Partes acuerdan incluir y modificar diversas definiciones y cláusulas del Contrato de Concesión, según se detalla a continuación.

**a) Inclusión del numeral 1.14.60 B**

81. En el numeral 3.1 del proyecto de Adenda se plantea introducir el numeral 1.14.60 B en el Contrato de Concesión, en los siguientes términos:

> *"<u>Obra Vial Nueva No Ofertada</u>*
> *Es aquella Obra que se encuentra contemplada en el Anexo 9 de las Bases, que no fue ofertada por el CONCESIONARIO, ni incluida en el Estudio Definitivo de Ingeniería de la Segunda Calzada de la Red Vial 4 (Vía de Evitamiento Chimbote) la misma que será ejecutada por el CONCESIONARIO, por considerarlas convenientes para el desarrollo del Proyecto.*
>
> *La Operación y Conservación de dicha Obra será realizada con cargo a los recursos del CONCESIONARIO, sin costo para el CONCEDENTE."*

82. Sobre el particular, en el Informe Nº 516-2016-MTC/25, el Concedente como sustento de la introducción de la nueva cláusula señala de manera textual, lo siguiente:

> "145. *Con el fin de dar continuidad a la Autopista Pativilca - Trujillo, tal como estuvo conceptuado en las Bases del Concurso, se está introduciendo un término nuevo denominado "Obra Vial Nueva No Ofertada".*
>
> 146. *Cabe precisar, que la construcción de la Vía de Evitamiento de Chimbote, se hace necesaria e imprescindible para dar continuidad a la Autopista Pativilca - Trujillo, como parte del mejoramiento de la Carretera Panamericana a nivel de autopista entre Lima y Sullana. No hacerlo origina el congestionamiento vehicular que actualmente afecta a esta ciudad producto del ingreso de vehículos de transporte pesado e interprovincial, se mantendría el "cuello de botella" que implica el cruce de las ciudades de Chimbote y Coishco y el colapso de las pistas en Chimbote a causa del intenso tráfico y el aumento de los accidentes de tránsito."*

[El subrayado es nuestro]

83. Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al diseño del Concurso de Proyectos Integrales de la Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4, el postor ganador era quien ofreciera la ejecución de la mayor cantidad de kilómetros continuos de la Segunda Calzada; y en caso de empate, era quien ofreciera la ejecución de la mayor cantidad de Obras de Desempate, las mismas que se detallan a continuación:

i. Ocho (8) Óvalos.
ii. Veinte (20) Puentes peatonales.
iii. Diez (10) pasos a Desnivel
iv. Evitamiento Huarmey.
v. Evitamiento Casma.
vi. Evitamiento Virú-Chao.
vii. Evitamiento Chimbote.

84. Con relación a ello, el postor ganador ofertó la totalidad de kilómetros continuos de la Segunda Calzada y la totalidad de las Obras de Desempate **con excepción del Evitamiento Chimbote**. En ese sentido, las obligaciones de construcción a cargo del Concesionario en el esquema inicial del Contrato de Concesión, están referidas a 283,42 km de Segunda Calzada[9] y las Obras de Desempate ofertadas por éste (literales i. a vi. precedentes).

85. Con relación a la Obra no ofertada, el literal l) de la Cláusula 3.4 del Contrato de Concesión contempla expresamente la posibilidad que el Concedente la ejecute. En este sentido, el referido literal señala "*Que, el CONCEDENTE podrá ejecutar la construcción de las Obras no ofertadas por el CONCESIONARIO en el concurso con el*

[9] Considerando que la Propuesta Económica presentada por el postor ganador, fue la longitud máxima adicional de kilómetros continuos, esto es, 113,42 km, los kilómetros continuos de la Segunda Calzada que tiene que ejecutar el Concesionario son 283,42 km, resultantes de la suma de la longitud mínima (170 km de acuerdo a las Bases del Concurso) y la longitud máxima ofertada por el Concesionario.

*objetivo de mejorar el Servicio prestado a los Usuarios. La ejecución de las Obras deberá efectuarse en cumplimiento de las Leyes y Disposiciones Aplicables."*

86. A mayor abundamiento, el numeral 2.2.2. del Anexo N° 9 de las Bases establece que *"La construcción de las dos calzadas de las Vías de Evitamiento de las ciudades de Viru-Chao, Chimbote, Casma y Huarmey estará a cargo del CONCEDENTE y a su culminación deberán ser entregadas al CONCESIONARIO para su operación y Conservación"*. [El subrayado es nuestro]

87. De acuerdo a lo anteriormente señalado, conforme al Contrato de Concesión y las Bases, la construcción de la Vía de Evitamiento Chimbote no constituye una obligación del Concesionario, toda vez que es una Obra que no fue ofertada por éste y, en consecuencia, su ejecución se encuentra a cargo del Concedente; destacándose que, a su culminación deberá ser entregada al Concesionario para su operación y Conservación.

88. En tal sentido, dado que a través de la Adenda propuesta, se trasladaría la obligación del Concedente de construir la Vía de Evitamiento Chimbote al Concesionario, y que las Partes han acordado un mecanismo de compensación por la inversión efectuada por éste[10]; la definición propuesta no alteraría la asignación de riesgos del Contrato de Concesión, por lo que no se encuentran objeciones para su incorporación en el mismo a través del proyecto de Adenda.

**b) Inclusión de la Cláusula 6.38: Acuerdo de Ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada: Vía de Evitamiento Chimbote**

89. El numeral 3.2 del proyecto de Adenda plantea incluir la Cláusula 6.38 al Contrato de Concesión, la cual se encuentra relacionada con la ejecución y remuneración de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote". Así, mediante la referida cláusula se regula, entre otros, los siguientes aspectos: i) la obligación del Concesionario de elaborar los Estudios Definitivos de Ingeniería, ii) el incremento de la Garantía de Fiel Cumplimento de Construcción de Obras, iii) el plazo para acreditar los recursos necesarios para la ejecución de las Obras, iv) la presentación de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, v) la entrega de terrenos, vi) el inicio y plazo de ejecución de obras, vii) el pago por supervisión al OSITRAN, viii) el mecanismo de compensación por la ejecución de dicha Obra (incorporación de una nueva unidad de peaje y ampliación de plazo de la concesión).

90. Dichos aspectos son desarrollados en ocho (8) numerales, los cuales se detallan y analizan a continuación:

**b.1) Sobre el acuerdo de ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"**

> *"3.2.1 Las Partes acuerdan que el CONCESIONARIO ejecutará la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote". Para tal efecto, el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE acuerdan que:*

[10] El cual se analizará en el siguiente acápite.

a. *El CONCESIONARIO deberá elaborar el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA); los cuales serán aprobados por el CONCEDENTE previa opinión del Regulador. Los plazos de presentación y revisión de los Estudios serán los mismos establecidos en el Tramo 04, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 6.4 del Contrato de Concesión.*

b. *El plazo para ejecutar la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" será de dieciocho (18) meses, contados a partir del inicio de obras.*

c. *El Costo Total de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" es de USD 174'130,366.94 (Ciento Setenta y Cuatro Millones Ciento Treinta Mil Trescientos Sesenta y Seis con 94/100 Dólares de los Estados Unidos de América), que incluye Gastos Generales, Utilidad e IGV.*

d. *El Deductivo por las obras de Segunda Calzada entre las progresivas Km. 415+258 al Km. 416+120 y Km. 448+640 al Km. 453+718, que no se ejecutarán para viabilizar la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" es USD 15'894,545.37 (Quince Millones Ochocientos Noventa y Cuatro Mil Quinientos Cuarenta y Cinco con 37/100 (Dólares de los Estados Unidos de América), que incluye Gastos Generales, Utilidad e IGV.*

e. *El monto del Deductivo será deducido del Costo Total de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", por lo que el CONCESIONARIO no se encuentra obligado a ejecutar las obras contempladas en el referido Deductivo, las mismas que dejarán de ser obligación del CONCESIONARIO a la firma de la presente Adenda.*

f. *En un plazo máximo de sesenta (60) Días contados desde la suscripción de la presente Adenda, el CONCESIONARIO incrementará la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión vigente, en un importe adicional de USD 6'000,000.00 (Seis Millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), de tal modo que la referida garantía tenga un importe total de USD 12'000,000.00 (Doce Millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)."*

[El subrayado es nuestro]

91. Con relación a la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, es preciso indicar que la cláusula 11.3 del Contrato de Concesión vigente regula la obligación del Concesionario de contratar dicha Garantía por un monto de US$ 6,000,000.00, la misma que se mantendrá vigente hasta doce (12) meses posteriores a la finalización del Contrato de Concesión. En ese contexto, el numeral 3.2.1 del proyecto de Adenda establece que dicho monto se incrementará en US$ 6,000,000.00; vale decir, el monto total de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión ascenderá a USD 12,000,000.00.

92. Sobre el particular, el Concedente, en el numeral 149 del Informe Nº 516-2016-MTC/25, señala que se incrementará el monto de la referida Garantía con el fin de incentivar el cumplimiento por parte del Concesionario y reducir la exposición del Estado frente a un incumplimiento. En tal sentido, el Concedente señala que el mencionado incremento le brindará mayor seguridad del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario.

93. Al respecto, se considera apropiada la inclusión de la mencionada obligación puesto que mediante el incremento del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, el Concesionario garantiza el cumplimiento de sus nuevas obligaciones, derivadas de la ejecución de la Obra Vial Nueva No Oferta "Vía de Evitamiento Chimbote" y la explotación de una mayor infraestructura con relación al diseño original del Proyecto. En tal sentido, no se presentan observaciones al incremento del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión.

**b.2) Sobre la obligación del Concesionario de acreditar que cuenta con los recursos para la construcción de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"**

*"3.2.2. Previo al inicio de la ejecución de las obras, el CONCESIONARIO deberá acreditar lo siguiente:*

1. *A los treinta (30) días de la entrega de por lo menos el 25% de los terrenos continuos necesarios para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", el CONCESIONARIO deberá acreditar que cuenta con los recursos necesarios para tal fin, para lo cual el monto a ser acreditado ascenderá por lo menos al valor de las obras a ejecutar en los terrenos entregados por el CONCEDENTE conforme al presente numeral. Para efectos de la acreditación de los recursos señalados en el presente numeral, el CONCESIONARIO presentará al CONCEDENTE un certificado emitido por su accionista mayoritario, manifestando que cuenta con los recursos necesarios para la ejecución de las obras comprendidas en los terrenos entregados por el CONCEDENTE.*

2. *Sin perjuicio de lo anterior, en un plazo máximo de nueve (09) meses a partir de la suscripción de la presente Adenda, el CONCESIONARIO deberá acreditar que cuenta con el saldo de recursos para la construcción de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", el mismo que asciende a USD 174'130,366.94 (Ciento Setenta y Cuatro Millones Ciento Treinta Mil Trescientos Sesenta y Seis con 94/100 Dólares de los Estados Unidos de América) menos el monto acreditado conforme al numeral 1 anterior. Para efectos de la acreditación de los recursos señalados en el presente numeral, el CONCESIONARIO podrá presentar al CONCEDENTE, cualquiera de los siguientes documentos: i. Cartas de financiamiento en firme emitidas por las entidades financieras que participarán en el financiamiento de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"; ii. Junta General de Accionistas del CONCESIONARIO aprobando un aumento de capital; iii. Contrato de préstamo suscrito con alguna entidad vinculada al CONCESIONARIO; iv. Ampliación del Endeudamiento Garantizado Permitido vigente; v. La combinación de cualquiera de las opciones anteriormente*

*señaladas. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, las Partes acuerdan que, el CONCESIONARIO podrá solicitar al CONCEDENTE, por única vez, una ampliación de dos (02) meses adicionales.*

*Las Partes acuerdan que, en el evento en que el CONCESIONARIO no haya cumplido su obligación de acreditar los recursos necesarios para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", en los términos y condiciones establecidos anteriormente, se generará la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo de las Partes en relación a la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", manteniéndose indemnes e inalterables las demás obligaciones a cargo de las Partes conforme al Contrato de Concesión. Al respecto, serán de aplicación las siguientes disposiciones:*

- *En el evento en que el CONCESIONARIO no cumpla con acreditar los recursos correspondientes para la ejecución de las obras en aquellos terrenos entregados por el CONCEDENTE, conforme al numeral 1 anterior, las Partes acuerdan que el CONCEDENTE solicitará la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión por el importe de USD 6'000,000.00 (Seis Millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América). Asimismo, quedará sin efecto lo establecido en el literal e) de la cláusula 3.2.1 y, como consecuencia de lo anterior, el CONCESIONARIO tendrá la obligación de ejecutar las Obras correspondientes al Deductivo señalado en el literal d) de la cláusula 3.2.1. Asimismo, el CONCESIONARIO tendrá la obligación de renovar la referida Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión, por el importe máximo de USD 6'000,000.00 (Seis Millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América). No obstante lo anterior, las Partes podrán acordar la ejecución de Obras distintas a las contempladas en el referido Deductivo hasta por el importe del mismo.*

- *En el evento en que el CONCESIONARIO no cumpla con acreditar los recursos correspondientes conforme al numeral 2 anterior, el CONCEDENTE: i. Solicitará la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Obra correspondiente a la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"; y ii. de haberse ejecutado parcialmente la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", el CONCEDENTE solo reconocerá a favor del CONCESIONARIO un importe ascendente al 75% de lo ejecutado, importe que deberá ser verificado previamente por el Regulador. Asimismo, quedará sin efecto lo establecido en el literal e) de la cláusula 3.2.1 y, como consecuencia de lo anterior, el CONCESIONARIO tendrá la obligación de ejecutar las Obras correspondientes al Deductivo señalado en el literal d) de la cláusula 3.2.1 u otras Obras distintas que el CONCEDENTE solicite, hasta por el importe del referido Deductivo."*

[El subrayado es nuestro]

94. El proyecto de Adenda regula en su numeral 3.2.2 que el Concesionario podrá acreditar que cuenta con los recursos necesarios para ejecutar las Obras del Evitamiento Chimbote, esto es un monto de US$ 174,130,366.94, en dos momentos del tiempo:

- En primer lugar, a los treinta (30) días a partir de que el Concedente entregó al Concesionario el 25% de los terrenos para la ejecución de la mencionada obra, por un monto equivalente al valor de las obras que deberán ejecutarse en los terrenos entregados; y,

- En segundo lugar, el saldo será acreditado por el Concesionario en un plazo máximo de nueve (09) meses a partir de la suscripción de la Adenda N° 2.

**i. Sobre las consecuencias del incumplimiento del Concesionario en acreditar que cuenta con los recursos necesarios para la ejecución de las Obras**

95. El numeral 3.2.2. también señala que en caso que el Concesionario no haya cumplido con su obligación de acreditar que cuenta con los recursos necesarios para la ejecución de la Obra Vía de Evitamiento Chimbote, se generará la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo de las Partes en relación a la ejecución de la referida obra.

96. Adicionalmente, el referido numeral señala que si el Concesionario no acredita que cuenta con los recursos para ejecutar las Obras, se procederá según lo siguiente:

i) Si no acredita que cuenta con los recursos para ejecutar las obras en los terrenos entregados por el Concedente (esto es el 25% de los mismos), el Concesionario, entre otros, tendrá la obligación de ejecutar las obras correspondientes al Deductivo[11] señalado en el literal d) del numeral 3.2.1 del proyecto de Adenda, o acordar la ejecución de Obras distintas a las contempladas en el mencionado Deductivo hasta por el importe del mismo.

ii) Si no acredita que cuenta con los recursos para ejecutar las obras por el saldo que no haya acreditado inicialmente, el Concesionario, entre otros, tendrá la obligación de ejecutar las Obras correspondientes al mencionado Deductivo u otras Obras distintas que el Concedente solicite, hasta por el importe del referido Deductivo. Asimismo, establece que en caso el Concesionario haya ejecutado parcialmente la Obra, el Concedente reconocerá al Concesionario un importe por el 75% de lo ejecutado.

97. Sobre el particular, en el numeral 155 del Informe N° 516-2016-MTC/25, el Concedente señala que, frente al incumplimiento de la acreditación de recursos, pueden presentarse dos escenarios:

"*a) Que el Concesionario no haya iniciado la ejecución del Evitamiento Chimbote, ante lo cual se gatilla la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, por el monto incrementado de US$ 6 000 000.*

[11] Corresponde a las Obras de la Segunda Calzada que no se ejecutarán para viabilizar la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote, las cuales se ubican entre las progresivas Km. 415+258 al Km 416+120 y Km 448+640 al Km 453+718 y ascienden a un monto de USD 15'894,545.37.

b) *Que el Concesionario haya iniciado la ejecución del Evitamiento Chimbote, en el 25% de terrenos entregados por el Concedente, en este caso se gatilla la ejecución del Fiel Cumplimiento de Obra, y se le reconoce el 75% del valor ejecutado y verificado por OSITRAN."*

98. Asimismo, el Concedente señala lo siguiente:

> "156. *En ambos casos, el Concesionario no podrá ejecutar el Evitamiento Chimbote, por lo que, en principio,* ***se mantendría la obligación de la ejecución de los kilómetros de la segunda calzada no ejecutados y considerados para efectos del cálculo del Deductivo****, sin embargo ello no resulta eficiente, toda vez que el* ***Evitamiento Chimbote deberá ser ejecutado por el Concedente, debido a la importancia y necesidad de esta Obra****, por lo que la Adenda ha considerado la opción de sustituir el Deductivo aplicado al Evitamiento Chimbote, para otras Obras que resulten necesarias, como una solución definitiva al problema de la zona de Chao, debido a la imposibilidad de liberar los predios en esta zona. Por lo que se hace* ***necesario encontrar soluciones técnicas alternativas, sin necesidad de ir a otra modificación contractual****. En la actualidad se viene analizando varias opciones, incluyendo un Evitamiento en la zona de Chao."*

[El resaltado es nuestro]

99. Con relación a la sustitución de las obras correspondientes al Deductivo, debe señalarse que las mismas forman parte de las inversiones obligatorias del Concesionario, destacándose además que los kilómetros de la Segunda Calzada fueron el Factor de Competencia para la adjudicación del Proyecto. Así, si bien mediante el proyecto de Adenda se está reemplazando la ejecución de dichas Obras para viabilizar la construcción de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", a su vez se estaría dejando abierta la posibilidad de que, ante un eventual incumplimiento del Concesionario[12], dejaría de tener la obligación de ejecutar dicha Vía de Evitamiento y en su lugar, deberá ejecutar las Obras correspondientes al referido Deductivo, las cuales podrían ser sustituidas por Obras distintas a discreción de las Partes, sin evaluación previa de ningún tipo.

100. Al respecto, considerando que en el proyecto de Adenda materia de análisis no se ha identificado las obras que se ejecutarían en dicho supuesto, la ubicación y características generales de las mismas, así como tampoco la obligación del Concesionario de la elaboración de Estudios Definitivos de Ingeniería, que regulen el diseño y la ejecución de dichas Obras; éstas constituirían nuevas inversiones no previstas en el Contrato de Concesión, configurándose ello como una Inversión Adicional.

101. En ese sentido, a fin de mitigar el riesgo de que se ejecuten obras que afecten a la seguridad de los usuarios, en el proyecto de Adenda deberá establecerse que la sustitución de las Obras correspondientes al Deductivo deberá tramitarse a través del procedimiento de modificación contractual, conforme a lo establecido en el artículo 56 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224.

---

[12] De acreditar que cuenta con los recursos necesarios para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote".

102. De otro lado, con respecto al reconocimiento del 75% del valor ejecutado, el Concedente señala que ello consistiría en un castigo para el Concesionario dado que no se le reconocerá el total invertido. Finalmente, señala que no debe restringirse el reconocimiento de la inversión a que ésta pueda ser puesta en servicio y que sean kilómetros continuos, dado que podría no reconocerse inversiones que tengan un grado importante de avance y que el activo construido por el Concesionario servirá como base para la ejecución del Evitamiento Chimbote.

103. Al respecto, habida cuenta que el reconocimiento del 75% de la inversión ejecutada es aplicable solo en el supuesto que el Concesionario no cumpla con acreditar que cuenta con el saldo de recursos para la construcción de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", se considera necesario precisar en el proyecto de Adenda que el Concedente solo reconocerá al Concesionario dicho importe, siempre que los kilómetros construidos sean continuos y se encuentren aptos para ser puestos en servicio. Ello, con la finalidad de que se mantengan los incentivos a que el Concesionario cumpla con sus obligaciones y ejecute las Obras de manera eficiente, culminando las mismas.

104. De esta manera, se evitará posibles contingencias, como el deterioro de la infraestructura debido a que podría transcurrir mucho tiempo hasta que el Concedente ejecute las obras faltantes del Evitamiento Chimbote. De igual modo, si las Obras parcialmente construidas son puestas en servicio, el Concesionario deberá dar el mantenimiento y operación oportunamente, evitando de esta manera el deterioro prematuro de la infraestructura ejecutada.

**ii. Sobre la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión**

105. El numeral 3.2.2 del proyecto de Adenda establece que, si el Concesionario no cumple con acreditar los recursos correspondientes para la ejecución de las Obras del Evitamiento Chimbote en los terrenos entregados por el Concedente, se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión por un monto de US$ 6,000,000.00; no obstante, se establece que en dicho evento, el Concesionario deberá renovar dicha Garantía *"por el importe **máximo** de US$ 6,000,000.00"*.

106. Al respecto, debe considerarse que, conforme a lo establecido en el numeral 3.2.1 del proyecto de Adenda, la obligación del Concesionario es mantener vigente una Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión por US$ 12,000,000.00[13]. En consecuencia, la redacción propuesta en el numeral 3.2.2 podría generar inconvenientes en la aplicación del Contrato de Concesión, en un eventual escenario de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario, como por ejemplo que éste presente la renovación de la referida Garantía por un monto menor al ejecutado.

107. En ese sentido, debe establecerse en el numeral 3.2.2 del proyecto de Adenda que, en el evento en que el Concesionario no cumpla con acreditar los recursos correspondientes

[13] Cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en la cláusula 11.3 del Contrato de Concesión, la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión, cubre todas las obligaciones con excepción de las derivadas de la ejecución de las Obras. Asimismo, debe indicarse que el Concedente ha determinado el incremento de dicha Garantía en un monto de US$ 6,000,000.00 y que independientemente de quién ejecute la obra Vía de Evitamiento Chimbote (Concedente o Concesionario), el Concesionario tendrá una mayor obligación por Operación y Mantenimiento (al incorporarse la mencionada Obra a la Concesión).

para la ejecución de las obras en aquellos terrenos entregados por el Concedente, éste tendrá la obligación de renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, por el mismo importe que haya sido ejecutado a solicitud del Concedente (esto es, US$ 6,000,000.00).

**b.3) Sobre las condiciones que deben cumplirse de manera previa al inicio de ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"**

> *"3.2.3. Las Partes acuerdan que, de modo previo al inicio de ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", deberán cumplirse las siguientes condiciones: i. El CONCEDENTE deberá haber efectuado la entrega de terrenos a favor del CONCESIONARIO en las condiciones y términos establecidos en la presente Adenda; ii. el CONCESIONARIO deberá contar con la aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA); iii. el CONCESIONARIO deberá haber presentado el Programa de Ejecución de Obras correspondiente a la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"; iv. el CONCESIONARIO deberá haber cumplido con entregar la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras correspondiente a la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" por un monto equivalente a USD 15'823,582.16 (Quince Millones Ochocientos Veintitrés Quinientos Ochenta y Dos y 16/100 Dólares Americanos) con las características y condiciones señaladas en la cláusula 11.2 del Contrato de Concesión. Asimismo, el CONCESIONARIO deberá contratar, durante la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", un Seguro sobre Bienes en Construcción, conforme a lo establecido en la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión; las Partes acuerdan que, para estos efectos, será de aplicación lo establecido en la cláusula 12.8 del Contrato de Concesión. Sin perjuicio de lo anterior, las Partes acuerdan que para la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" será de aplicación las cláusulas 12.1, 12.2, 12.3 y 12.4.*
>
> [El subrayado es nuestro]

108. El numeral 3.2.3 del proyecto de Adenda establece que el Concesionario está obligado a contratar una Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras por la construcción del Evitamiento Chimbote, por un monto equivalente a US$ 15,823,582.16. Al respecto, el Concedente en el numeral 159 del Informe N° 516-2016-MTC/25, señala que dicho monto equivale al 10% del valor total de las Obras menos el Deductivo, toda vez que éste ya ha sido garantizado por la Garantía de Fiel Cumplimiento de Obras del Contrato original.

109. Con relación al argumento presentado por el Concedente, debe señalarse que la cláusula 11.2 del Contrato de Concesión regula la obligación del Concesionario de contratar una Garantía de Fiel Cumplimiento del Construcción de Obras equivalente al 10% del Presupuesto aprobado en los Estudios Definitivos de Ingeniería, con el fin de garantizar la correcta ejecución de las Obras de acuerdo al Anexo 9 de las Bases y los Estudios Definitivos de Ingeniería.

110. En ese orden de ideas, al establecer en el proyecto de Adenda que el monto de la referida Garantía sea el 10% del valor total de las Obras menos el Deductivo, se estaría considerando como si el Concesionario solo ejecutará parte de la Obra Vía de

Evitamiento Chimbote, esto es, por un valor de US$ 158,235,821.57, y no por el valor total de la Obra.[14]

111. En tal sentido, considerando que la obligación del Concesionario es la de garantizar la correcta ejecución de la totalidad de la Obra Vía de Evitamiento Chimbote, el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras debe ser calculada respecto del monto total de la referida Obra, el cual de acuerdo al proyecto de Adenda asciende a US$ 174,130,366.94. Por tanto, dicho monto equivaldría a US$ 17,413,036.69, y no US$ 15,823,582.16 como se propone en el proyecto de Adenda.[15]

**b.4) Sobre la entrega de terrenos liberados**

*"3.2.4. La ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" se iniciará a los treinta (30) días calendario a partir de la entrega, por parte del CONCEDENTE, de por lo menos el 25% de los terrenos continuos necesarios para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", en doble calzada, en los términos y condiciones que se señalan a continuación, para lo cual cuenta con un plazo máximo de seis (6) meses contados desde la fecha de suscripción de la presente Adenda.*

*El saldo (75%) de terrenos necesarios para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", deberán ser entregados por el CONCEDENTE a favor del CONCESIONARIO, a más tardar a los seis (6) meses contados desde la fecha de la primera entrega de por lo menos el 25% de los terrenos continuos.*

*Las entregas de terreno a cargo del CONCEDENTE estarán sujetas a las siguientes reglas:*

*a) Todas las entregas de terreno estarán sujetas a las disposiciones generales de entrega del Área de la Concesión y del Derecho de Vía, conforme al Contrato de Concesión.*

*b) La primera entrega de por lo menos el 25% de los terrenos continuos necesarios para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", incluye la entrega de aquellos terrenos necesarios para la construcción de los dos (02) puentes sobre el río Santa y los dos (02) puentes sobre el río Lacramarca.*

*c) Las sucesivas entregas de terreno (por el restante 75%) deberán estar constituidas por un mínimo de diez (10) km. de terrenos continuos, salvo la última entrega.*

*d) Cada entrega de terrenos deberá comprender la sección completa de doble calzada según el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) aprobado.*

[14] Cabe indicar que el procedimiento de deducir parte de las obras a las que está obligado el Concesionario es independiente de la Contratación de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, la cual debe ser por el monto equivalente al 10% del valor total a ejecutar.

[15] Cabe señalar que esta observación ha sido formulada en diversas oportunidades durante el proceso de Evaluación Conjunta, tal como consta en las matrices de comentarios remitidas al Concedente.

*e) Será potestad del CONCESIONARIO aceptar entregas de terreno que no cumplan las condiciones anteriores.*

*El CONCESIONARIO podrá solicitar ampliaciones de plazo, de conformidad con lo establecido en las cláusulas 6.12 – 6.14 del Contrato de Concesión, en caso de demoras en la entrega de terrenos necesarios para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote".*

*El CONCEDENTE podrá encargar al CONCESIONARIO la implementación, gestión y culminación del procedimiento de adquisición y liberación de interferencias en las áreas necesarias para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", en el marco de lo dispuesto en la normativa vigente y la cláusula 5.12 del Contrato de Concesión."*

112. De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.24 del proyecto de Adenda, la primera entrega de terrenos por parte del Concedente al Concesionario (por lo menos 25% de terrenos continuos para la ejecución de la Obra Evitamiento Chimbote), se realizará en un plazo máximo de seis (6) meses, contados a partir de la suscripción de la Adenda. Asimismo, dicho numeral señala que el saldo de terrenos donde se ejecutará las Obras, se entregará en un plazo no mayor de seis (6) meses contados a partir de la primera entrega del 25% de los terrenos continuos.

113. Con relación a los plazos establecidos en el proyecto de Adenda para la entrega de terrenos, el Concedente en el numeral 160 del Informe N° 516-2016-MTC/25, señala de manera textual lo siguiente:

> *160 "Sobre la necesidad de contar con un cronograma de entrega realista de terrenos que no genere potenciales problemas para la ejecución de la obra e incluso para el financiamiento, debe considerarse que:*
>
> *a. <u>La Gerencia de Derecho de Vías de PROVIAS</u> al respecto ha enviado el Memorándum N° 3233-2016-MTC/20.15 (ver ANEXO 2) <u>donde indica lo establecido en el proyecto de adenda, la entrega de un 25% como máximo a los seis meses y el resto como máximo al año es factible</u>. Ello teniendo en cuenta que un primer tramo de 11 km pertenece a terrenos públicos (del proyecto Chinecas) lo cual permitiría tenerlos en menor plazo, teniéndose contemplado, también, la realización de adelantos en base a la nueva norma sobre expropiaciones.*
>
> *b. <u>Debe considerarse que ya existía un avance en estos temas pues PROVIAS tenía un proyecto de Evitamiento de una calzada y se habían adelantado algunas gestiones al respecto</u> y que el nuevo proyecto de Vía de Evitamiento Chimbote tiene algunos cambios en el trazo original justamente para reducir las posibles afectaciones de terrenos".*

114. Como puede advertirse, el Concedente sustenta los plazos establecidos en el proyecto de Adenda indicando que, en el Memorándum N° 3233-2016-MTC/20.15, PROVIAS se compromete a cumplir con entregar los terrenos en dichos plazos. Sobre el particular, cabe indicar que en la documentación remitida por el Concedente a través del Oficio N° 2351-2016-MTC/25, no se ha adjuntado el referido Memorándum.

115. Adicionalmente, es preciso señalar que en el desarrollo del proyecto de la Red Vial N° 4 y otros proyectos concesionados bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, se han registrado de manera recurrente controversias y retrasos en la entrega de terrenos liberados de interferencias y tramos (ejecutados) por parte del Concedente a las Entidades Prestadoras, lo que ha ocasionado retrasos tanto en la ejecución de las obras como en el inicio del mantenimiento y operación de las mismas[16].

116. Esta situación genera perjuicios tanto a los usuarios de la infraestructura como a las propias Entidades Prestadoras, debido a que estas últimas no pueden ejecutar las inversiones previstas en el Contrato de Concesión en los plazos establecidos, lo cual trae como consecuencia que: i) la remuneración por dichas obras no sea percibida oportunamente por los inversionistas; y, ii) la infraestructura no cumpla con los Niveles de Servicio previstos en los plazos establecidos en el respectivo Contrato de Concesión, en perjuicio de los usuarios.

117. Del mismo modo, se generan perjuicios económicos al Estado toda vez que el retraso en la ejecución de las obras (por causas no atribuibles a la Entidad Prestadora) genera costos adicionales que, eventualmente, el Estado deberá reconocer (gastos generales por ampliaciones de plazo de ejecución de obra, entre otros). Adicionalmente, el retraso en la entrega de terrenos liberados de interferencias y, por ende, en la ejecución de las obras genera contingencias económicas en la labor de supervisión de este Organismo Regulador, debido a los mayores costos de supervisión que son exigidos (vía arbitraje) por las empresas supervisoras contratadas por OSITRAN.

118. En el caso específico de la Red Vial N° 4, teniendo en consideración que las obras se iniciaron el 4 de julio del 2012, estas deben culminarse en su totalidad el 4 de julio del 2016[17]. Sin embargo, debido a los retrasos en la entrega de terrenos por parte del Concedente, a mayo del 2016 solo se tiene un avance del 59% de la totalidad de las Obras, lo cual conllevaría a que las Obras no se concluyan en el plazo contractual establecido.

119. En virtud de lo expuesto, <u>resulta fundamental que el Concedente demuestre documentadamente que podrá cumplir con la entrega de los terrenos en los plazos máximos establecidos en el proyecto de Adenda, consignando entre otros, el estado situacional de los predios, porcentaje de predios ya liberados, cronograma de entrega de terrenos, debidamente sustentado</u>, tal como ha sido indicado durante la etapa de Evaluación Conjunta.

**b.5) Sobre la Supervisión de las Obras**

> *"3.2.5. Conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables, el Regulador tiene a su cargo la Supervisión de la ejecución de las obras correspondientes a la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", pudiendo para ello contratar a un Supervisor de Obras, conforme a sus procedimientos de selección. Los honorarios y gastos del Supervisor de Obras serán asumidos por el CONCESIONARIO, hasta un equivalente al cuatro por ciento (4%) del presupuesto del Estudio Definitivo de*

[16] Además de cambios en el esquema original del Contrato de Concesión.

[17] Si se considerase como fecha de inicio de obras el mes de junio del 2010, las Obras a cargo del Concesionario debieron concluirse en el año 2014.

*Ingeniería (EDI) aprobado para la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", monto que incluye el IGV correspondiente, así como los conceptos de gastos preparatorios del proceso de selección realizado por el Regulador para la contratación del Supervisor de Obras. El desembolso se hará de acuerdo al cronograma de pago e importes que determine el Regulador, el mismo que será comunicado por el Regulador al CONCESIONARIO. Las Partes acuerdan que, en caso se generen mayores costos de supervisión, por causas imputables al CONCEDENTE o al CONCESIONARIO, estos deberán ser asumidos por la Parte que haya generado los mayores costos."*

120. El numeral 3.2.5 del proyecto de Adenda regula que los honorarios y gastos de Supervisión de obras serán asumidos por el Concesionario hasta un equivalente del 4% del presupuesto del Estudio Definitivo de Ingeniería de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", incluido el IGV; y que el desembolso se realizará de acuerdo al cronograma e importes que determine el Regulador.

121. Al respecto, mediante dicho numeral se está garantizando que el OSITRAN cuente de manera oportuna con los recursos necesarios para la realización de la Supervisión de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" en su totalidad. Por tanto, no se presentan objeciones con respecto al contenido del numeral propuesto.

**b.6) Sobre la Operación y Conservación de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"**

*"3.2.6. A partir de la culminación de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" y aceptación de la misma por parte del CONCEDENTE, conforme a los términos del Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO deberá cumplir con las obligaciones de Operación y Conservación, según lo dispuesto en el Contrato de Concesión.*

122. Al respecto, teniendo en consideración lo regulado en la Sección VII – De la Conservación, del Contrato de Concesión, este Organismo Regulador considera pertinente que el Concesionario realice las labores de Operación y Conservación una vez aceptada la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote".

**b.7) Sobre el mecanismo de compensación por la inversión en la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"**

*"3.2.7. Las Partes acuerdan que el mecanismo de compensación por la inversión efectuada por el CONCESIONARIO en la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" se realizará mediante el siguiente procedimiento, <u>siempre que dicha obra haya sido ejecutada en su totalidad y aceptada por el CONCEDENTE</u>:*

*i. Ampliación del plazo de concesión en función de los ejes cobrables, conforme a la siguiente tabla:*

**Tabla de Asignación de Plazo Adicional de Concesión en Función a Ejes Totales Promedio de años 2019-2030 De 5 Peajes de la RV4**

| Mínimo | MM Ejes | Máximo | Años |
|---|---|---|---|
| | Ejes <= | 32.10 | 16 |
| 32.10 | < Ejes <= | 33.90 | 15 |
| 33.90 | < Ejes <= | 35.70 | 14 |
| 35.70 | < Ejes <= | 37.60 | 13 |
| 37.60 | < Ejes <= | 39.40 | 12 |
| 39.40 | < Ejes <= | 41.20 | 11 |
| 41.20 | < Ejes <= | 43.00 | 10 |
| 43.00 | < Ejes <= | 44.90 | 9 |
| 44.90 | < Ejes <= | 46.70 | 8 |
| 46.70 | < Ejes <= | 48.50 | 7 |
| 48.50 | < Ejes <= | 51.30 | 6 |
| 51.30 | < Ejes <= | 54.00 | 5 |
| 54.00 | < Ejes <= | 56.80 | 4 |
| 56.80 | < Ejes <= | 59.50 | 3 |
| 59.50 | < Ejes <= | 62.30 | 2 |
| 62.30 | < Ejes | | 1 |

*Ejemplos de lectura y asignación de años adicionales:*
*1) Si el número de "Ejes" es menor o igual que 32.10 millones entonces corresponde 16 (dieciseis) años adicionales.*
*2) Si el número de "Ejes" es mayor que 46.70 y menor o igual a 48.50 millones entonces corresponde 7 (siete) años adicionales.*
*3) Si el número de "Ejes" es mayor que 62.30 millones entonces corresponde 1 (un) año adicional.*

*La tabla, expresada en millones de ejes cobrables, contempla el promedio redondeado a dos decimales de la suma anual de los ejes de todas las plazas de peaje (incluida la quinta nueva plaza de peaje) del período 2019-2030.*

*Para el cómputo de cada año, se deberá realizar una suma simple de los ejes cobrables de todas las plazas. Los datos de ejes usados para la suma serán los mismos reportados por el Concesionario al Regulador.*

*ii. Explotación de una nueva Unidad de Peaje ubicado referencialmente en el Km. 455+000, al que se denominará Unidad de Peaje de Santa, cuya posibilidad está prevista en la Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión. Esta unidad será adicional a las otras cuatro Unidades de Peaje existentes de la Concesión. Para ello, se autoriza al CONCESIONARIO la construcción de una quinta plaza de peaje, la misma que entrará en operación a la recepción de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", de modo que al concluir la misma, operarán cinco (5) Unidades de Peaje en tramo concesionado de la Red Vial N° 4.*

*El CONCESIONARIO propondrá sin costo para el CONCEDENTE la reubicación de las Unidades de Peaje existentes de Huarmey y Vesique, como consecuencia de la incorporación de la quinta Unidad de Peaje señalado en el punto anterior. Dichas reubicaciones deberán ser aprobadas por el*

*CONCEDENTE, previa opinión del Regulador conforme a lo establecido en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión.*

*En la citada nueva Unidad de Peaje , se cobrará la Tarifa que se indica en el literal e) de la Cláusula 9.8 del Contrato de Concesión, la misma que será efectiva a partir del mes calendario siguiente de aceptada la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote".*

*Tres años antes de la Finalización del Plazo de Concesión establecido en la cláusula 4.1 del Contrato de Concesión, las Partes se obligan a firmar una Adenda al Contrato de Concesión, con el propósito de establecer los años adicionales de Concesión que servirán para compensar debidamente al CONCESIONARIO por la construcción de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote". Para ello, se verificará el promedio anual de los ejes cobrables registrados en las cinco unidades de Peaje desde el año 2019 hasta el año 2030, y se determinará el plazo de ampliación que corresponda, conforme a la tabla del apartado i. del presente numeral.*

*3.2.8. En caso se produzca la resolución del Contrato de Concesión, será de aplicación lo dispuesto en la Sección XVI del referido Contrato, para lo cual la Obra Vial Nueva no Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" será considerada como parte del valor contable neto del intangible hasta por el monto valorizado por el Regulador."*

**i. Sobre las condiciones para la compensación al Concesionario**

123. El numeral 3.2.7 establece que la forma de compensación al Concesionario por la inversión efectuada en la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" es a través de:

- La implementación de una nueva unidad de peaje; y,
- La ampliación del plazo de la Concesión.

124. Al respecto, la determinación de los años de ampliación de plazo de la concesión y la implementación de la nueva unidad de peaje, se ha realizado considerando que el Concesionario ejecute la totalidad de la inversión vinculada a la Obra Evitamiento Chimbote. Así, de no ejecutar el Concesionario dicha Obra, no se justificaría el cobro de la Tarifa en la nueva unidad de peaje, ni los años de ampliación del plazo de la concesión propuesto.

125. Adicionalmente, debe considerarse que el numeral 3.2.2 propuesto en el proyecto de Adenda también contempla la posibilidad de que el Concesionario no ejecute la referida Obra, en cuyo caso -según lo señalado por el Concedente- el Evitamiento Chimbote deberá ser ejecutado por éste; y, conforme al numeral 3.2.6 propuesto en el proyecto de Adenda, el Concesionario mantiene sus obligaciones de Operación y Conservación de dicha Obra.

126. En tal sentido, a efectos de evitar futuras contingencias en la aplicación del Contrato de Concesión, así como eventuales problemas de su interpretación, se considera pertinente precisar en el primer párrafo del numeral 3.2.7, que este mecanismo de compensación se activará siempre que la obra haya sido ejecutada en su totalidad por el

Concesionario y que, en lo que resulte pertinente, se aplicará el procedimiento de aceptación de obras contemplado en las cláusulas 6.20 a 6.26 del Contrato de Concesión. En ese sentido, se propone el siguiente texto:

> *"3.2.7. Las Partes acuerdan que el mecanismo de compensación por la inversión efectuada por el CONCESIONARIO en la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" se realizará mediante el siguiente procedimiento, siempre que dicha obra haya sido ejecutada en su totalidad* ***por el CONCESIONARIO*** *y aceptada por el CONCEDENTE* ***conforme al procedimiento establecido en las cláusulas 6.20 a 6.26 del Contrato de Concesión, en lo que resulte aplicable.****"*

**ii. Sobre el periodo de años considerado para el cálculo del promedio de Ejes Totales contemplado en la Tabla de Asignación de Plazo Adicional de Concesión**

127. Con respecto al período considerado a efectos de calcular el promedio anual de Ejes (2019-2030), se observa que éste difiere del que fue contemplado en las reuniones de Evaluación Conjunta del proyecto de Adenda, el cual incluía únicamente los años del 2028 al 2030. Con relación a ello, el Concedente señala, en el numeral 164 de su Informe de sustento, que se ha considerado entre el 2019 y el 2030, como periodo de cálculo para la obtención del promedio de ejes, a fin de mitigar los efectos de incrementos y reducciones interanuales de la demanda, que podrían generar una distorsión en la asignación del plazo adicional.

128. Al respecto, es necesario señalar que, dado que la tabla forma parte del mecanismo de compensación al Concesionario por las obras a ejecutar, se recomienda revisar si resulta adecuado el periodo de años considerado en la misma, o si resulta más adecuado considerar únicamente el promedio comprendido entre el 2028 – 2030, a efectos de minimizar el número de años adicionales otorgados.

**iii. Con relación al riesgo de Demanda y de Financiamiento**

129. En el numeral 163 del referido Informe, el Concedente señala que la Tabla incluida en el numeral 3.2.7 propuesto en el proyecto de Adenda, *"no representa una garantía por parte del Concedente, respecto a la demanda, y que la Garantía de Ingreso Mínimos Garantizados, se mantienen inalterables, para el plazo original de la Concesión, la cual termina en el año 2033. La Tabla mencionada, se toma como una forma de pago para el Evitamiento Chimbote, cuyo único fin es este."*

130. Al respecto, si bien la Concesión considera un Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG), el cual se mantiene inalterable durante el plazo original de la Concesión, el proyecto de Adenda N° 2 propone, como parte del mecanismo de compensación al Concesionario, considerar el criterio que una menor demanda se corresponda a un mayor número de años adicionales al plazo original de la Concesión; tal como se expresa en la tabla de asignación del plazo adicional de la Concesión. En tal sentido, si la demanda resulta menor es de esperarse que el flujo de caja económico de la Concesión disminuya, con lo cual los índices de cobertura de servicio de deuda disminuirían; si los plazos de la concesión se mantienen inalterables, se estaría transfiriendo mayor riesgo a los acreedores; sin embargo, en el supuesto de una menor demanda, el criterio de a menor demanda mayor plazo, brinda la posibilidad de refinanciar la deuda a plazos

mayores y de esta forma se mitigaría el riesgo de incumplimiento de pago del servicio de deuda (aumento de los índices de cobertura del servicio de deuda).

131. Por tanto, se recomienda evaluar si el mecanismo de compensación a través de la tabla de asignación de plazo adicional no constituye una garantía similar al Ingreso Minino Anual Garantizado (IMAG sombra) y si el Concedente no está asumiendo un mayor riesgo de demanda al implementar el mecanismo de compensación señalado al considerar todas las estaciones de peaje para el cálculo del tráfico generado en el periodo 2019 – 2030.

132. Asimismo, dado que el plazo de la Concesión puede aumentar en virtud a la tabla señalada, se estaría otorgando una herramienta contractual (garantía) que facilitaría la bancabilidad del proyecto. En tal sentido, es necesario que se analice el impacto de la implementación de la tabla señalada en los costos de financiamiento de las inversiones y si corresponde un ajuste a los resultados obtenidos en dicha tabla.

**iv. Sobre la metodología para estimar el número de años adicionales de Concesión**

133. En el Anexo "A" del Informe N° 516-2016-MTC/25, el Concedente señala que los términos propuestos en la cláusula 6.38 son el resultado del análisis consensuado entre el Concesionario y Concedente empleando un Modelo Económico, que se fundamenta en la metodología del "flujo de caja descontado". Así, el Concedente refiere que el objetivo es *"compensar al Concesionario generando una Incidencia Económico Financiera (IEF) a su favor, para retribuirlo por la inversión que incurriría en la ejecución de las obras de Vía de Evitamiento sin afectar el Equilibrio Económico Financiero establecido en el Contrato de Concesión."*

134. Al respecto, es necesario indicar que de la revisión del Modelo Económico-Financiero remitido por el Concedente, se observa que los años de ampliación de plazo de la Concesión contemplados en la referida Tabla se obtienen como resultado de igualar el Valor Actual Neto (VAN) sin Adenda 2 con el VAN con Adenda 2, obteniéndose en algunos casos número de años no enteros en cuyo caso debe verificarse que estos sean redondeados al entero inmediato inferior, para que se satisfaga en todo momento la condición que el VAN con Adenda 2 sea menor o igual al VAN sin Adenda 2, para todos los casos. Por tanto, se recomienda verificar que el Modelo Económico-Financiero recoja lo establecido en el Anexo "A" del Informe que sustenta el proyecto de Adenda.

135. Adicionalmente, de la revisión de los escenarios considerados en la tabla señalada se aprecia que, de los 16 escenarios indicados, solo 3 escenarios cuentan con sustento de la Oficina General de Planificación y Presupuesto del MTC; por lo que sería recomendable que los otros escenarios también cuenten con el debido sustento metodológico.

**v. Sobre el análisis de Valor por Dinero del Proyecto**

136. El artículo 61.2 del Decreto Legislativo N° 1224 exige que toda Adenda que involucre ampliación de plazo de la Concesión, requiere una evaluación considerando los principios de Valor por Dinero.

137. Al respecto, de la revisión efectuada al análisis de costo-beneficio (Value for Money) adjunto como Anexo 1 del Informe N° 516-2016-MTC/25, y que sustenta la pertinencia

de ejecutar las inversiones en I Vía de Evitamiento Chimbote mediante una APP en lugar de efectuar una Contratación Pública; se verifica que éste ha sido desarrollado al comparar una concesión cofinanciada con una Contratación Pública.

138. En tal sentido, se recomienda que el MEF evalúe si la metodología empleada resulta adecuada toda vez que las inversiones consideradas en el proyecto de Adenda N° 2 corresponden a una concesión auto sostenible.

**c) Incorporación del Literal f) a la Cláusula 9.8**

139. El numeral 3.3 del proyecto de Adenda plantea incluir el Literal f) en la Cláusula 9.8 del Contrato de Concesión, a efectos de modificar las condiciones para que se produzca el incremento del Peaje a USD 2,00 en las unidades de peaje Vesique y Virú. A continuación se desarrollarán y analizarán los términos del referido literal.

**c.1) Sobre las nuevas condiciones para el incremento del Peaje**

> *"9.8 (...)*
>
> *f) Excepcionalmente, debido a las dificultades en la liberación de terrenos a cargo del CONCEDENTE y/o cuando se acuerde por las Partes una solución técnica distinta en reemplazo de la originalmente prevista en los Tramos que corresponden a las unidades de Peaje de Vesique y Virú, y que han impedido la ejecución de la totalidad de la Segunda Calzada por causas no imputables al CONCESIONARIO en los referidos Tramos, éste cobrará en ambas calzadas de dichas unidades un Peaje de Dos con 00/100 Dólares Americanos (US$ 2.00), más el importe correspondiente al IGV y cualquier otro tributo aplicable,* ***a partir del mes calendario siguiente a la aceptación por parte del Regulador de cuando menos el ochenta y cinco (85%) de las obras de la Segunda Calzada, en cada Tramo correspondiente.***
> *(...)"*

[El resaltado y subrayado son nuestros]

140. Mediante el primer párrafo del literal f) se propone modificar –una vez más[18]- las condiciones para efectuar el incremento del Peaje a USD 2,00 en las unidades de peaje Vesique y Virú, las cuales se encuentran establecidas en el literal d) de la misma cláusula y corresponden a la aceptación de toda la Segunda Calzada en el Tramo correspondiente a cada unidad de peaje. Así, de acuerdo al literal f) propuesto en el proyecto de Adenda, el referido incremento tarifario se produciría luego de haberse aceptado únicamente el **85%** de las Obras de la Segunda Calzada en el Tramo correspondiente a cada unidad de peaje, en el caso excepcional que la culminación de dichas Obras se vea impedida debido a:

[18] Como consecuencia del incumplimiento en la entrega de terrenos por parte del Concedente, **mediante la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, las Partes acordaron modificar las condiciones para efectuar el incremento de la Tarifa en las unidades de peaje Fortaleza, Vesique y Virú**; estableciéndose que la Tarifa de USD 2,00 más IGV se cobrará cuando se hubiere aceptado las obras de la Segunda Calzada hasta la correspondiente unidad de peaje, **sin incluir las obras de desempate ofertadas por el Concesionario**, como establecía el Contrato de Concesión originalmente. Así, el referido incremento tarifario está condicionado a que el Concesionario ejecute toda la Segunda Calzada.

- dificultades en la liberación de terrenos a cargo del Concedente, y/o
- cuando se acuerde una solución técnica distinta en reemplazo de la originalmente prevista en los Tramos que corresponden a dichas unidades de peaje.

### i. Sobre la aceptación de las Obras

141. Con respecto a la modificación de las condiciones para el incremento tarifario contemplado en la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión, llama la atención lo señalado por el Concedente en su Informe de sustento:

> "184. *Ahora bien, si el CONCESIONARIO se ha visto imposibilitado de completar la construcción de la Segunda Calzada, por causas que son de responsabilidad del CONCEDENTE, lo cual conlleva que no haya elevado la Tarifa de Peaje de US$ 1.50 + IGV a US$ 2.00 + IGV, tal como estaba previsto en el Contrato.*
>
> 185. *Sin embargo existe una buena parte de la vía ejecutada, la misma que podría ponerse en servicio a favor de los usuarios, sin embargo el Contrato de Concesión original no lo permite toda vez que no se permite recepciones parciales de tramos. Asimismo, el CONCESIONARIO no podría incrementar peaje, con lo cual no tendría el incentivo para poner en servicio lo ejecutado."*
>
> [El subrayado es nuestro]

142. Al respecto, debe señalarse que conforme a la cláusula 6.20 del Contrato de Concesión, el Concesionario puede solicitar la aceptación de las Obras "*en forma total o **parcial**, en función a lo establecido en el Programa de Ejecución de Obras*". En consecuencia, lo señalado por el Concedente en el numeral 185 de su Informe carece de sustento.

### ii. Sobre la justificación para modificar las condiciones para el incremento del Peaje

143. La modificación de la cláusula 9.8, propuesta en el proyecto de Adenda, **vulnera el principio de Bienestar de los Usuarios previsto en los Lineamientos**[19] toda vez que estos asumirán un mayor costo del Peaje (un incremento de USD 1,50 a USD 2,00) en las unidades de peaje Vesique y Virú, por un servicio que en la práctica no generará el bienestar esperado de acuerdo al diseño original del Contrato de Concesión, en vista que no podrán hacer uso de toda la infraestructura esperada.

144. Al respecto, como ha sido señalado en el presente Informe, dicha modificación propuesta es una consecuencia de la imposibilidad de culminar la ejecución de las Obras de la Segunda Calzada a cargo del Concesionario debido al incumplimiento en la entrega de los terrenos liberados, lo cual constituye una obligación del Concedente.[20] En relación con ello, éste señala en su Informe de sustento lo siguiente:

---

[19] El mismo que concuerda con el principio de protección de usuarios contenido en el REGO.

[20] Cabe señalar que esta observación ha sido formulada en las primeras reuniones de Evaluación Conjunta así como en la matriz de comentarios remitida al Concedente en varias oportunidades.

"178. *La inclusión de la modificación anterior se hace necesaria, toda vez que el CONCESIONARIO se ha visto imposibilitado de culminar la Segunda Calzada, por la* ***persistencia en las dificultades para liberar los terrenos,*** *particularmente entre los Km. 381+820 y Km. 387+426, en el Sector denominado Tabón, y entre los Km. 497 y Km. 503, que corresponde al cruce de la ciudad de Chao.*

*(...)*

184. *Ahora bien, si el CONCESIONARIO se ha visto imposibilitado de completar la construcción de la Segunda Calzada,* ***por causas que son de responsabilidad del CONCEDENTE,*** *lo cual conlleva que no haya elevado la Tarifa de Peaje de US$ 1.50 + IGV a US$ 2.00 + IGV, tal como estaba previsto en el Contrato."*

[El resaltado es nuestro]

145. Sobre el particular, la cláusula 5.8 del Contrato de Concesión establece que "*El CONCEDENTE está obligado a poner a disposición del CONCESIONARIO, el área de terreno del Área de la Concesión y del Derecho de Vía, en los plazos a que se refiere las Cláusulas 5.11 y 5.12, respectivamente*". [El subrayado es nuestro] Al respecto, en el siguiente cuadro se muestra el tiempo de retraso en la entrega de terrenos para la ejecución de la Segunda Calzada:

| Porcentaje de entrega de terrenos | Fecha de Entrega de Terrenos e Interferencias según Contrato de Concesión | Fecha real de entrega de terreno | Días de Atraso |
|---|---|---|---|
| 25% de la totalidad de terrenos | A los 60 días calendarios de acreditar el cierre financiero, es decir, se debió entregar el **15/06/2010.** | **04/07/2012** | Aproximadamente, dos (2) años. |
| 75% de la totalidad de terrenos | A los 365 días calendario de la primera entrega de terrenos, es decir, se debió entregar el **04/07/2013.** | **No se ha cumplido** con entregar el 75% de la totalidad de terrenos. | A la fecha, 1083 días calendarios. Aproximadamente, **tres (3) años.** |

Fuente: Contrato de Concesión
Elaboración: OSITRAN

146. Como puede advertirse, el Concedente ha superado largamente el plazo que tenía para entregar los terrenos liberados, siendo la demora a la fecha aproximadamente de tres (3) años; destacándose que conforme a la cláusula 5.8 del Contrato de Concesión, la entrega de terrenos constituye un riesgo y responsabilidad de éste. En ese sentido, la modificación de la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión, en los términos planteados en el proyecto de Adenda, implicarían trasladar dicho riesgo a los usuarios, vulnerando directamente todos los elementos del principio de Bienestar de los Usuarios **(precios, calidad, riesgos y oportunidad)**.

147. En virtud de lo expuesto, este Organismo Regulador señaló en reiteradas oportunidades durante la etapa de Evaluación Conjunta que, a fin de no vulnerar el principio de

Bienestar de los Usuarios, debe definirse en el proyecto de Adenda cuál será la solución técnica distinta que reemplazará los kilómetros de Segunda Calzada que no puedan ejecutarse en el Tramo correspondiente a cada unidad de peaje, detallándose las progresivas definitivas de la Segunda Calzada que serán reemplazadas con cada una de las referidas Obras Adicionales; en cuyo caso, **el incremento tarifario** a USD 2,00 en las unidades de peaje Vesique y Virú deberá estar condicionado también a la ejecución de tales Obras.

148. Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión[21], la Tarifa es un derecho del Concesionario que remunera sus costos de inversión, operación y mantenimiento; y que, debido al incumplimiento del Concedente en sus obligaciones de entregar el Área de la Concesión y derecho de vía conforme a los términos contractuales, el Concesionario no podría acceder al cobro del Peaje de USD 2,00 en las unidades de peaje Vesique y Virú en los plazos establecidos contractualmente[22].

149. Con relación a lo anterior, es preciso indicar que a la fecha, el Concesionario ha construido más del 85% de la Segunda Calzada en los Tramos asociados a las referidas unidades de peaje (conforme se desarrolla en el acápite siguiente). En ese sentido, en el presente caso, podría considerarse de manera **excepcional** en el proyecto de Adenda que el incremento del Peaje a USD 2,00 pueda ser efectuado en dos momentos, en función a la Aceptación de las Obras:

- En un primer momento, luego de la Aceptación de las Obras correspondiente al porcentaje de kilómetros de Segunda Calzada ya construidos –**siempre que no se afecte la seguridad de los usuarios**[23]-, el Concesionario podría cobrar un Peaje[24] menor que USD 2,00; y,
- En un segundo momento, luego de la Aceptación de las Obras de la Segunda Calzada (al 100%), el Concesionario cobraría el Peaje de USD 2,00.

150. De esta manera, se mitigaría la eventual afectación al Concesionario que pudiera generarse debido al incumplimiento del Concedente en la entrega de terrenos. Asimismo, se mitigaría la afectación al Bienestar de los Usuarios, evitando a su vez que éstos asuman íntegramente los efectos de dicho incumplimiento.

### iii. Sobre el porcentaje de ejecución de la Segunda Calzada

151. Como se ha señalado líneas arriba, el Contrato de Concesión vigente establece como condición para el incremento del Peaje a USD 2,00 en las unidades de peaje Vesique y Virú que se hayan aceptado las Obras de toda la Segunda Calzada en el Tramo respectivo. No obstante, el primer párrafo del literal f) plantea que dicho incremento se produzca luego de haberse aceptado únicamente el **85%** de las Obras de la Segunda Calzada en el Tramo correspondiente.

---

[21] Numeral 1.14.44 y Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión.

[22] Conforme a la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, la ejecución de las Obras ofertadas por el Concesionario durante el Concurso -dentro de las que se incluye la Segunda Calzada- se realizarán en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) meses. Así, teniendo en consideración que las Obras se iniciaron el 4 de julio del 2012, estas deberían culminarse en su totalidad como máximo el 4 de julio del 2016.

[23] El Concedente deberá garantizar que se ejecuten las actividades u obras que sean necesarias para tal efecto.

[24] El monto correspondiente a dicho Peaje deberá ser establecido en el proyecto de Adenda con el debido sustento económico y financiero.

152. Al respecto, a través de correo electrónico recibido el 16 de junio del presente, el Concedente remitió un archivo Excel con el avance actual de las Obras de la Segunda Calzada, el cual se muestra a continuación:

**Resumen de los porcentajes construidos en cada Tramo**

| Tramos a considerar para la subida de tarifa en el PEAJE VIRU (según Anexo 1 de Adenda 1) | | | Tramos de Segunda Calzada no ejecutados debido a la no disponibilidad de terrenos (según Anexo 1 de Adenda 1) | | | PORCENTAJE CONSTRUIDO |
|---|---|---|---|---|---|---|
| INICIO (pk) | FIN (pk) | LONGITUD (km) | INICIO (pk) | FIN (pk) | LONGITUD (km) | |
| 450+000 | 512+830 | 62,630 | 450+000 | 453+718 | 3,718 | |
| 528+250 | 557+010 | 28,760 | 497+170 | 502+700 | 5,530 | |
| 206+700 | 220+120 | 13,420 | 555+200 | 557+200 | 2,000 | |
| | LONGITUD TOTAL | 104,810 | | LONGITUD TOTAL | 11,248 | 89,27% |

| Tramos a considerar para la subida de tarifa en el PEAJE VESIQUE (según Anexo 1 de Adenda 1) | | | Tramos de Segunda Calzada no ejecutados debido a la no disponibilidad de terrenos (según Anexo 1 de Adenda 1) | | | PORCENTAJE CONSTRUIDO |
|---|---|---|---|---|---|---|
| INICIO (pk) | FIN (pk) | LONGITUD (km) | INICIO (pk) | FIN (pk) | LONGITUD (km) | |
| 314+000 | 370+681 | 56,581 | 381+820 | 386+846 | 5,026 | |
| 381+820 | 416+830 | 35,010 | 415+258 | 416+830 | 0,960 | |
| | LONGITUD TOTAL | 91,591 | | LONGITUD TOTAL | 5,986 | 93,46% |

Fuente y elaboración: MTC

153. Como puede observarse, el Concedente tiene plenamente identificados los sectores en los que no ha sido posible ejecutar las Obras de la Segunda Calzada por cada Tramo, debido a la no disponibilidad de terrenos. Así, se advierte que en el Tramo correspondiente a la unidad de peaje Virú, se ha construido el 89,27% de la Segunda Calzada, mientras que en el Tramo correspondiente a la unidad de peaje Vesique, se ha construido el 93,46% de la Segunda Calzada.

154. Considerando ello, el porcentaje de avance de obras exigido en el primer párrafo del literal f) como condición para gatillar el incremento tarifario en las referidas unidades de peaje (85%), no se condice con los porcentajes construidos en cada Tramo asociado a éstas y no se encuentra sustentado.

155. En tal sentido, considerando que el literal f) regula un supuesto **excepcional**, éste debería excluir de la condición para efectuar el incremento del Peaje a USD 2,00 en cada unidad de peaje, únicamente aquellos sectores en los que no es posible ejecutar la Segunda Calzada debido a la no disponibilidad de terrenos.[25] Así, de acuerdo al cuadro resumen remitido por el Concedente, únicamente deberán excluirse 11,248 km del Tramo asociado a la unidad de peaje Virú y 5,986 km del Tramo vinculado a la unidad de peaje Vesique.

**c.2) Sobre los Porcentajes de Retención en el Fideicomiso de Administración y Garantía**

*"9.8. (...)*

*f) (...)*

*En ese sentido, una vez implementado el cobro del Peaje anteriormente mencionado en ambas unidades, el CONCESIONARIO se obliga a depositar en cuentas específicas del Fideicomiso de Administración y*

[25] Cabe señalar que esta observación ha sido formulada en las primeras reuniones de Evaluación Conjunta, así como en la matriz de comentarios remitida al Concedente en varias oportunidades.

*Garantía celebrado por el CONCESIONARIO en Febrero de 2010, en el marco de la Cláusula 11.6 del Contrato (en adelante, "el Fideicomiso"), un monto equivalente a los porcentajes de retención que se detallan a continuación, aplicado a los US$ 0.50 de incremento de la tarifa recaudada para las unidades de Peaje de Vesique y Virú, sin incluir el IGV.*

| Estación de Peaje | Porcentaje de Retención (*) |
|---|---|
| Vesique | (Km n.e. *Ve*) * 65.85% / 91.59 |
| Virú | (Km n.e. *Vi*) * 67.06% / 104.81 |

*Donde:*
***Km n.e. X**: Kilómetros de Segunda Calzada asociadas a la Estación de Peaje X (Ve: Vesique, Vi: Virú), no ejecutadas debido a dificultades en la liberación de terrenos.*

*(*) Los Km. de Segunda Calzada asociados a cada estación de peaje (Vesique: 91.59 Km., Virú: 104.81 Km.) se corresponden con el anexo 1 de la adenda 1.*

*Estos montos serán depositados en las cuentas especiales del Fideicomiso que serán constituidas para dichos propósitos. Para tal fin, el CONCESIONARIO deberá coordinar con los Acreedores Permitidos la modificación del Fideicomiso, creando y activando las cuentas necesarias por cada uno de los Peajes antes mencionados, depositándose en estas cuentas los montos retenidos correspondientes.*

*Adicionalmente a lo anterior y conjuntamente con el incremento tarifario establecido en el presente literal f), el CONCESIONARIO también estará obligado a aplicar de manera anticipada los porcentajes de retención establecidos en el literal d) de la Cláusula 9.8 del presente Contrato para las unidades de Peaje de Vesique y Virú. Para tal fin, el CONCESIONARIO deberá coordinar con los Acreedores Permitidos la modificación del Fideicomiso, a fin de constituir y/o activar las cuentas por cada uno de los Peajes antes mencionados, depositándose en éstas los montos retenidos correspondientes. Dichas cuentas serán distintas e independientes de las indicadas en el párrafo precedente.*
*(...)"*

[El subrayado es nuestro]

156. El literal f) propuesto en el proyecto de Adenda plantea retener un porcentaje del monto correspondiente al incremento del Peaje en USD 0,50[26], el cual será transferido al Fideicomiso de Administración y Garantía. Este Porcentaje de Retención será calculado de acuerdo a los siguientes criterios:

- **En la unidad de peaje Vesique**: Será calculado como la proporción de Kilómetros de Segunda Calzada asociados a dicha unidad de peaje no ejecutados debido a dificultades en la liberación de terrenos respecto de los Km de Segunda Calzada asociados a dicha unidad de peaje (los cuales se

[26] Al pasar de USD 1,50 a USD 2,00.

corresponden con el Anexo 1 de la Adenda 1), multiplicado por el factor 65,85%; y,

- **En la unidad de peaje Virú**: Será calculado como la proporción de Kilómetros de Segunda Calzada asociados a dicha unidad de peaje no ejecutados debido a dificultades en la liberación de terrenos respecto de los Km de Segunda Calzada asociados a dicha unidad de peaje (los cuales se corresponden con el Anexo 1 de la Adenda 1), multiplicado por el factor 67,06%.

157. Con relación a las fórmulas establecidas para calcular dicho Porcentaje de Retención, cabe señalar que, de acuerdo a la Adenda N° 1 suscrita por las Partes, el monto del incremento del Peaje retenido es equivalente a la proporción que corresponde a las **inversiones** no ejecutadas respecto de las inversiones comprometidas, siempre que su no ejecución obedezca a causas no imputables al Concesionario. De este modo, el Concesionario solo tendría libre disponibilidad del incremento tarifario correspondiente a la inversión ejecutada.

158. En tal sentido, la fórmula contemplada en el proyecto de Adenda N° 2 deberá guardar concordancia con los criterios empleados para la determinación de los Porcentajes de Retención establecidos en la Adenda N° 1 suscrita por las Partes.

**c.1) Sobre la obligación del Concesionario de culminar la construcción de las Obras de la Segunda Calzada**

*"9.8.(...)*

*f) (...)*

*Sin perjuicio de lo anterior, el CONCESIONARIO estará obligado a culminar la construcción de las obras de la Segunda Calzada en los Tramos que corresponden a las unidades de Peaje de Vesique y Virú una vez recibidos el 100% de los terrenos del Área de la Concesión o Derecho de Vía, a menos que las Partes hayan acordado alguna solución técnica distinta en reemplazo de la obligación originalmente prevista, previa opinión del Regulador. En este último escenario, el Regulador tendrá un plazo de diez (10) días hábiles para emitir pronunciamiento, contados a partir de la solicitud efectuada por las partes. A falta de pronunciamiento en el plazo establecido, se entenderá que el Regulador ha opinado favorablemente a la solución técnica distinta acordada por las partes.*
*(...)"*

[El resaltado es nuestro]

159. Con la inclusión del texto subrayado, referido a que el Concesionario estará obligado a culminar las Obras una vez recibidos el 100% de los terrenos del Área de la Concesión o Derecho de Vía, implícitamente se estaría modificando la fecha máxima para concluir con la ejecución de las obras, establecida en la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión,

que señala que las Obras se realizarán en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) meses[27].

160. Con ello, la fecha máxima de culminación de las Obras estaría condicionada a la entrega del 100% de terrenos por parte del Concedente. Así, considerando que en el proyecto de Adenda no se define un nuevo plazo para que el Concedente cumpla con la obligación de entregar los terrenos, se tendría una fecha incierta de culminación de las Obras; y, en caso el Concedente no cumpliera con entregar el 100% de los terrenos liberados, las Obras podrían no llegar a culminarse.

161. En tal sentido, en el proyecto de Adenda debe definirse una nueva fecha de culminación de las Obras, o en su defecto, debe eliminarse dicho texto dado que el Contrato de Concesión en sus cláusulas 6.12 a 6.14 regula la ampliación de plazo de la ejecución de las Obras.

**c.2) Sobre las condiciones para la liberación del monto acumulado retenido, en favor del Concesionario**

*"9.8.(...)*

*f) (...)*

*Los porcentajes de retención antes mencionados, debidamente aprobados por las Partes, serán comunicados por el CONCESIONARIO al fiduciario del Fideicomiso para su respectiva aplicación. Estos porcentajes de retención serán actualizados por las Partes cada seis (6) meses, siguiendo las mismas pautas del ajuste correspondientes a sus respectivas fórmulas de cálculo, y tales actualizaciones serán igualmente comunicadas por el CONCESIONARIO al Fiduciario para su aplicación.*

*Los porcentajes de retención debidamente actualizados, serán aplicados por el fiduciario del Fideicomiso para determinar el monto a retener del ingreso originado por el incremento de la tarifa sin incluir IGV, recaudado para las unidades de Peaje de Vesique y Virú. Para ello, deberán seguirse las siguientes reglas:*

1. *Los montos que no correspondan a las cuentas señaladas anteriormente se seguirán administrando de acuerdo a reglas establecidas en el Fideicomiso en Administración y Garantía vigente.*

2. *Los montos acumulados y retenidos en el Fideicomiso, originados por las dificultades en la liberación de terrenos de los Tramos que corresponden a las unidades de Peaje de Vesique y Virú y/o se haya acordado por las Partes alguna solución técnica distinta en reemplazo de la obligación originalmente prevista, no son de libre disponibilidad, y solo se liberarán automáticamente en favor del CONCESIONARIO previa instrucción al fiduciario del Fideicomiso, en los casos siguientes:*

[27] Al respecto, debido a que las obras se iniciaron el 4 de julio del 2012, el plazo máximo de ejecución de las Obras vencería el 4 de julio del 2016)

*i) Cuando las obras de Segunda Calzada correspondientes al Tramo de la unidad de Peaje de Vesique o al Tramo de la Unidad de Peaje de Virú se hayan ejecutado al cien por ciento (100%) y hayan sido aceptadas por el Regulador; o*

*ii) Para los casos en que las Partes hayan acordado alguna solución técnica distinta en reemplazo de la obligación originalmente prevista, cuando haya sido verificada por el REGULADOR una inversión en obras por un importe equivalente a la inversión prevista originalmente en la segunda calzada, y dichas obras hayan sido aceptadas por el Regulador.*

*3. Los montos acumulados y retenidos en el Fideicomiso, originados debido a la aplicación anticipada de lo dispuesto en el literal d) de la Cláusula 9.8 que antecede, no son de libre disponibilidad, y solo se liberarán automáticamente en favor del CONCESIONARIO, previa instrucción al fiduciario del Fideicomiso: (i) en el caso de la unidad de Peaje de Vesique, una vez culminadas y aceptadas las Obras de Desempate conforme al Anexo 1 de la Adenda 1 al Contrato; y (ii) en el caso de la unidad de Peaje de Virú, una vez aceptadas las Obras de Desempate e Intercambio Vial Salaverry conforme al Anexo 1 de la Adenda 1 al Contrato.*

*4. Una vez verificado alguno o todos de los escenarios descritos en los numerales 2 y/o 3 precedentes, el CONCESIONARIO instruirá al Fiduciario a cancelar la cuenta correspondiente y los flujos se administrarán de acuerdo a las reglas establecidas en el Fideicomiso vigente.*

*5. En caso de Caducidad de la Concesión, de existir fondos retenidos originados por el incremento del peaje en las cuentas del Fideicomiso, estos serán transferidos al CONCEDENTE.*

*6. Hasta la fecha de liberación de los montos de las respectivas cuentas a favor del CONCESIONARIO, no se podrá imponer ningún tipo de gravamen o asignación de fondos con naturaleza de garantía u otros derechos sobre los montos retenidos originados por el incremento del peaje.*

*7. Los gastos asociados a la implementación y operación del Fideicomiso que pudiesen surgir como consecuencia de la presente Adenda, serán asumidos por el CONCESIONARIO."*

[El resaltado es nuestro]

162. De acuerdo al proyecto de Adenda, los montos acumulados y retenidos en el Fideicomiso por cada unidad de peaje, que se hayan originado por las dificultades en la liberación de terrenos y/o por alguna solución técnica distinta acordada por las Partes, en reemplazo de la obligación originalmente prevista; se liberarán automáticamente en favor del Concesionario en los siguientes supuestos:

"i) *Cuando las obras de Segunda Calzada correspondientes al Tramo de la unidad de Peaje de Vesique o al Tramo de la Unidad de Peaje de Virú se hayan ejecutado al cien por ciento (100%) y hayan sido aceptadas por el Regulador; o*

ii) *Para los casos en que las Partes hayan acordado alguna solución técnica distinta en reemplazo de la obligación originalmente prevista, cuando haya sido verificada por el REGULADOR una inversión en obras por un importe equivalente a la inversión prevista originalmente en la segunda calzada, y dichas obras hayan sido aceptadas por el Regulador."*

[El subrayado es nuestro]

163. Al respecto, teniendo en consideración que el proyecto de Adenda materia de análisis prevé la no ejecución de los kilómetros correspondientes al Deductivo a efectos de viabilizar la construcción de la Vía de Evitamiento Chimbote, el supuesto considerado en el inciso i) anterior resultaría inaplicable. Por tanto, deberá precisarse en dicho supuesto que para completar el 100% se requiere que se haya verificado una inversión en las Obras de la Vía de Evitamiento Chimbote por un importe equivalente al monto del Deductivo.

164. De otro lado, con relación a lo establecido en el inciso ii), que el Concesionario ejecute alguna solución técnica distinta en reemplazo de las obligaciones originalmente previstas en los tramos de la Segunda Calzada, se reitera que habida cuenta que en el proyecto de Adenda no se ha identificado las obras que se ejecutarían en dicho supuesto, la ubicación y características generales de las mismas, así como tampoco la obligación del Concesionario de la elaboración de Estudios Definitivos de Ingeniería, que regulen el diseño y la ejecución de dichas Obras; éstas constituirían nuevas inversiones no previstas en el Contrato de Concesión, configurándose ello como una Inversión Adicional.

165. En ese sentido, a fin de mitigar el riesgo de que se ejecuten obras que afecten a la seguridad de los usuarios, en el proyecto de Adenda deberá establecerse que dichas soluciones técnicas distintas deberán tramitarse a través del procedimiento de modificación contractual, conforme a lo establecido en el artículo 56 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224.

**d) Modificación del Literal b) de la Cláusula 9.9**

166. El numeral 3.4 del proyecto de Adenda plantea modificar el subíndice base ("$o^1$") definido en la fórmula de ajuste ordinario del Peaje de USD 2,00 prevista en el Literal b) de la Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión, de la siguiente manera:

| CONTRATO DE CONCESIÓN | PROYECTO DE ADENDA |
|---|---|
| *"9.9. (...)*<br><br>*$o^1$: Es el mes de aceptación de la Segunda Calzada a cargo del Concesionario.* | *"9.9. (...)*<br><br>*$o^1$: Es el mes de aceptación total de las Obras de Segunda Calzada **o de la aceptación de cuando menos del 85% de estas Obras a cargo del Concesionario, de acuerdo a lo establecido por el literal f) de la Cláusula 9.8 del Contrato."*** |

167. Al respecto, el Concedente señala en su Informe que sustenta el proyecto de Adenda, que la presente modificación es complementaria a la inclusión del literal f) en la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión; precisando además que la fórmula de ajuste del Peaje únicamente es válida cuando se hayan ejecutado el 100% de las obras obligatorias. De manera literal, el Concedente manifiesta lo siguiente:

> *"188. La inclusión de esta modificación, es complementaria a la modificación anterior, por la cual se modifica la definición del sub índice $o^1$ de la fórmula de ajuste de la tarifa de peaje. Toda vez que la fórmula es válida únicamente cuando se hayan ejecutado el 100% de las obras obligatorias."*

[El subrayado es nuestro]

168. Con relación a lo señalado por el Concedente, es preciso indicar lo que establece la cláusula 9.9 del Contrato de Concesión vigente:

> *"9.9. Todos los Peajes serán reajustados en forma ordinaria por el CONCESIONARIO, a partir del 10 de enero del Año Calendario subsiguiente al de la aceptación de las Obras. Este reajuste ordinario se realizará cada doce (12) meses a partir de la fecha indicada anteriormente, y se llevará a cabo de acuerdo al siguiente método de ajuste de Peajes:*
>
> *(...)*
>
> *b. En el caso de las unidades de peaje donde su base tarifaria sea de Dos y 00/100 Dólares Americanos (US$ 2,00):*

$$Peaje_i = \left[(US\$\ 2.00 * 50\%) \times \left(\frac{CPI_i}{CPI_{0^1}}\right) \times TC_i\right] + \left[(US\$\ 2.00 * 50\%) \times \left(\frac{IPC_i}{IPC_{0^1}}\right) \times TC_o\right]$$

> *(...)*
> *$o^1$: Es el mes de aceptación de la Segunda Calzada a cargo del Concesionario.*
> *(...)"*

[El subrayado es nuestro]

169. Como puede advertirse, conforme a lo establecido en la cláusula 9.9, el reajuste ordinario del Peaje de USD 2,00 se realizará a partir del año calendario subsiguiente al de la aceptación de las Obras, sin precisarse qué Obras. No obstante, a partir de la definición del subíndice "$o^1$", se desprende que dicho reajuste se producirá luego de la aceptación de las Obras a las que éste se refiere. Así, actualmente, corresponde que

dicho reajuste se efectúe al año siguiente de la aceptación de la Segunda Calzada a cargo del Concesionario.

170. En tal sentido, a diferencia de lo afirmado por el Concedente, la modificación propuesta no solo cambiaría la definición del subíndice $0^1$ de la fórmula de ajuste, sino además implicaría una modificación de la oportunidad en la que se daría inicio al reajuste ordinario del Peaje de USD 2,00, previsto en la cláusula 9.9.

171. Al respecto, si bien a través de las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda se estaría habilitando al Concesionario a incrementar el Peaje a USD 2,00 en las unidades de peaje Vesique y Virú, sin haber culminado la ejecución de la Segunda Calzada en los Tramos respectivos; debe considerarse que dicha medida sería de carácter **excepcional** toda vez que la imposibilidad de la culminación de las Obras de la Segunda Calzada a cargo del Concesionario obedece a causas ajenas a su control.

172. En tal sentido, a fin de no afectar el principio de Bienestar de los Usuarios, el reajuste del Peaje de USD 2,00 debe mantener como fecha base el mes de aceptación de la totalidad de las Obras de la Segunda Calzada en el Tramo respectivo, con excepción de los kilómetros que dejarán de construirse para viabilizar la ejecución de la Vía de Evitamiento Chimbote, en cuyo caso la fecha base deberá considerar la ejecución de las Obras correspondientes a la Vía de Evitamiento Chimbote que reemplacen los kilómetros de la Segunda Calzada que dejen de construirse.[28]

**e) Modificación del Literal h) del Numeral 5.4 de la Sección 1 del Anexo I (Índices de Serviciabilidad) del Contrato de Concesión**

173. El numeral 3.5 del proyecto de Adenda plantea corregir un error material respecto del Nivel de Servicio Global de un Sub Tramo, tal como se muestra a continuación.

| CONTRATO DE CONCESIÓN | | | | PROYECTO DE ADENDA | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| *h) El Nivel de Servicio Global de un Tramo se calcula de acuerdo al procedimiento indicado en el siguiente cuadro:* | | | | *"h) El Nivel de Servicio Global de un Sub Tramo se calcula de acuerdo al procedimiento indicado en el siguiente cuadro:* | | | |
| *Ítem* | *N° de segmentos con deficiencias en todo el Sub-Tramo* | *Coeficiente de Ponderación* | *Porcentaje de incumplimiento por aspecto* | *Ítem* | *N° de segmentos con deficiencias en todo el Sub-Tramo* | *Coeficiente de Ponderación* | *Porcentaje de incumplimiento por aspecto* |
| | *(a)* | (b) | (c)=(a)*(b)/10 | | *(a)* | (b) | (c)=(a)*(b)/10*n |
| *Calzada* | | | | *Calzada* | | | |
| *Bermas* | | | | *Bermas* | | | |
| *Drenajes, puentes y viaductos* | | | | *Drenajes, puentes y viaductos* | | | |

[28] Cabe señalar que esta observación ha sido formulada en las primeras reuniones de Evaluación Conjunta, así como en la matriz de comentarios remitida al Concedente en varias oportunidades.

| | | | |
|---|---|---|---|
| *Área de Concesión y Derecho de vía* | | | |
| *Seguridad Vial* | | | |
| Grado de incumplimiento del Sub-Tramo | | | (d)=promedio(c) |
| Nivel de servicio global del Sub-Tramo | | | (e)=100%-(d) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| *Área de Concesión y Derecho de vía* | | | |
| *Seguridad Vial* | | | |
| Grado de incumplimiento del Sub-Tramo | | | (d)=[**suma(c)/suma de coeficientes de ponderación**]*100% |
| Nivel de servicio global del Sub-Tramo | | | (e)=100%-(d) |

***Donde n=número de Secciones seleccionadas al azar en el Sub-Tramo.***

***Nota: El procedimiento de cálculo de nivel de servicio global se efectuará únicamente con el procedimiento descrito a fin de que el criterio de ponderación sea aplicable a lo largo de toda la Concesión de manera uniforme."***

161 Sobre el particular, el Concedente en su Informe Nº 516-2016-MTC/25, señala como sustento lo siguiente:

> "189. *La Adenda corrige el error material en la fórmula de cálculo del nivel de servicio global de un tramo. El cálculo del porcentaje de incumplimiento debe ser ponderado y depender de la cantidad de secciones seleccionadas del sub-tramo.*
>
> 190. *A La inclusión de la modificación precedente tiene por objeto mejorar el procedimiento para calcular el Nivel de Servicio Global, establecido en el Numeral 5.4 Literal h) del Anexo I del Contrato de Concesión.*
>
> 191. *La justificación técnica, se encuentra incluido en el Informe del Consultor BUROC&A que forma parte de la Carta Nº AN-GG-C-15-1063 de fecha 29 de diciembre del 2015 (Referencia 130 de los Antecedentes del presente informe), y que lo encontramos conforme".*

162 Al respecto, teniendo en consideración el sustento del Concedente, se considera que existe una inconsistencia en la fórmula de evaluación del Nivel de Servicio Global, establecida en el Contrato de Concesión vigente, debido a que no opera adecuadamente cuando existen valores extremos. Por ejemplo, cuando se tiene defectos del 100% se tendría valores negativos de cumplimiento del Nivel de Servicio Global y viceversa.

163 En ese sentido, se considera pertinente la modificación propuesta de dicha fórmula en el proyecto de Adenda, de tal manera que la cantidad de segmentos con defectos guarde relación con el valor del Nivel de Servicio Global.

f) **Consideraciones Adicionales: Sobre el monto del Presupuesto de la Obra Vial Nueva no Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"**

174. En el literal c) del numeral 3.2.1 del proyecto de Adenda se establece que el Costo Total de la Obra Vial Nueva no Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" asciende a **US$ 174,130,366.94**. Al respecto, el Concedente señala en el Informe N° 516-2016-MTC/25 que el valor de la obra se sustenta en el Informe N° 105-2015-MTC/20.9, elaborado por la Oficina Técnica de Concesiones de PROVÍAS Nacional. Asimismo, señala que los gastos generales han sido sustentados mediante el Informe N° 1415-2015-MTC/25 (Asesoría Técnica de la Dirección de Concesiones).

175. Con relación a ello, debe señalarse que, sin perjuicio que el Concedente es el órgano competente de la aprobación del presupuesto de las Obras, de la revisión del Informe N° 1415-2015-MTC/25 se aprecia que el Costo Total del Proyecto Obra Vial Nueva no Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" difiere del monto señalado en el proyecto de Adenda. En efecto, dicho Informe establece que el Costo Total del Proyecto Obra Vial Nueva no Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" asciende a **US$ 174,009,598.71**, monto que se obtiene del cuadro incorporado en el numeral 2.22 del referido Informe[29] tal como se muestra a continuación:

**PRESUPUESTO EVITAMIENTO CHIMBOTE**

**OBRA: RED VIAL 4 - VIA DE EVITAMIENTO DE CHIMBOTE**

PRESUPUESTO TOTAL: 106 933 411.29
PRESUPUESTO DEDUCTIVO: 97 172 575.27
PLAZO DE EJECUCION: 18 meses
Fecha del Presupuesto: JUNIO 2015

| | DESCRIPCIÓN | MONEDA US$. | % |
|---|---|---|---|
| 1 | COSTO DIRECTO | 97,172,575.27 | |
| | ELABORACION DEL ESTUDIO DE INGENIERIA - EDI (3% CD: $ 106'933,411.29) | 3,208,002.34 | |
| | ELABORACION DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EIA (1.3% CD: $ 106 933,411.29) | 1,390,134.35 | |
| | SUB TOTAL | 101,770,711.96 | |
| 2 | GASTOS GENERALES | 28,495,759.35 | 28.00% |
| 3 | UTILIDAD | 10,177,071.20 | 10.00% |
| 4 | SUB TOTAL COSTO DIRECTO, GASTOS GENERALES Y UTILIDAD | 140,443,582.50 | |
| 5 | IGV | 25,279,844.85 | 18.00% |
| 6 | TOTAL PRESUPUESTO | 165,723,427.35 | |
| | OTROS GASTOS DE INVERSION (Incluye IGV) | | |
| | SUPERVISION OSITRAN | 6,628,937.09 | 4.00% |
| | TASA DE REGULACION | 1,657,234.27 | 1.00% |

176. En tal sentido, el monto establecido en el proyecto de Adenda debe ser debidamente sustentado por el Concedente.

[29] El monto se obtiene de la suma del Componente "Total Presupuesto" más los componentes "Supervisión OSITRAN" y "Tasa de Regulación", determinados por el Concedente.

## V. CONCLUSIONES

1. La solicitud de opinión respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4 cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el Contrato y la normatividad vigente: sustento legal, técnico y económico-financiero, causa fundada e interés público.

2. La Adenda propuesta tiene por objeto: (i) establecer un procedimiento por medio del cual el Concesionario ejecute la Obra Vial Nueva No Ofertada (Vía de Evitamiento Chimbote); (ii) modificar las condiciones para el incremento y ajuste de la Tarifa en las unidades de peaje; y, (iii) corregir un error material en la fórmula para el cálculo de los Niveles de Servicio Globales de un Sub Tramo.

3. Del análisis técnico realizado podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- **Con relación a la introducción del numeral 1.14.60.B**

4. Dado que a través de la Adenda propuesta, se trasladaría la obligación del Concedente de construir la Vía de Evitamiento Chimbote al Concesionario, y que las Partes han acordado un mecanismo de compensación por la inversión efectuada por éste; la definición propuesta en el numeral 1.14.60.B no alteraría la asignación de riesgos del Contrato de Concesión, por lo que no se encuentran objeciones para su incorporación en el mismo a través del proyecto de Adenda.

- **Con relación a la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión**

5. Se considera apropiado el incremento del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, ya que de esta manera el Concesionario garantiza el cumplimiento de sus nuevas obligaciones, derivadas de la ejecución de la Obra Vial Nueva No Oferta "Vía de Evitamiento Chimbote" y la explotación de una mayor infraestructura con relación al diseño original del Proyecto. En tal sentido, no se presentan observaciones al incremento del monto de dicha Garantía.

6. Debe establecerse en el numeral 3.2.2 del proyecto de Adenda que, en el evento en que el Concesionario no cumpla con acreditar los recursos correspondientes para la ejecución de las obras en aquellos terrenos entregados por el Concedente, éste tendrá la obligación de renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, por el mismo importe que haya sido ejecutado a solicitud del Concedente (esto es, US$ 6,000,000.00).

- **Con relación a la sustitución de las Obras correspondientes a la Segunda Calzada**

7. A fin de mitigar el riesgo de que se ejecuten obras que afecten a la seguridad de los usuarios, en el numeral 3.2.2 del proyecto de Adenda deberá establecerse que la sustitución de las Obras correspondientes al Deductivo deberá tramitarse a través del procedimiento de modificación contractual, conforme a lo establecido en el artículo 56 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224. De igual modo deberá precisarse en el inciso ii) del numeral 2 del literal f) de la cláusula 9.8, propuesto en el proyecto de Adenda.

- **Con relación al reconocimiento del 75% de la inversión ejecutada por el Concesionario**

8. Habida cuenta que el reconocimiento del 75% de la inversión ejecutada es aplicable solo en el supuesto que el Concesionario no cumpla con acreditar que cuenta con el saldo de recursos para la construcción de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote", se considera necesario precisar en el proyecto de Adenda que el Concedente solo reconocerá al Concesionario dicho importe, siempre que los kilómetros construidos sean continuos y se encuentren aptos para ser puestos en servicio. Ello, con la finalidad de que se mantengan los incentivos a que el Concesionario cumpla con sus obligaciones y ejecute las Obras de manera eficiente, culminando las mismas.

- **Con relación al monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras**

9. Considerando que la obligación del Concesionario es la de garantizar la correcta ejecución de la totalidad de la Obra Vía de Evitamiento Chimbote, el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras debe ser calculada respecto del Costo Total de la referida Obra, establecido en el literal c. del numeral 3.2.1 del proyecto de Adenda. Por tanto, debe corregirse el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras considerando dicho monto.

- **Con relación a la entrega de terrenos liberados**

10. Resulta fundamental que el Concedente demuestre documentadamente que podrá cumplir con la entrega de los terrenos necesarios para la ejecución de la Vía de Evitamiento Chimbote, en los plazos máximos establecidos en el proyecto de Adenda, consignando entre otros, el estado situacional de los predios, porcentaje de predios ya liberados, cronograma de entrega de terrenos, debidamente sustentado.

- **Con relación a la Supervisión de las Obras**

11. A través del numeral 3.2.5 del proyecto de Adenda se está garantizando que el OSITRAN cuente de manera oportuna con los recursos necesarios para la realización de la Supervisión de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote" en su totalidad. Por tanto, no se presentan objeciones con respecto al contenido del numeral propuesto.

- **Con relación al mecanismo de compensación por la inversión en la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote"**

12. Considerando que el numeral 3.2.2 propuesto en el proyecto de Adenda contempla la posibilidad de que el Concesionario no ejecute la Obra Evitamiento Chimbote, en cuyo caso ésta deberá ser ejecutada por el Concedente; a efectos de evitar futuras contingencias en la aplicación del Contrato de Concesión, así como eventuales problemas de su interpretación, se considera pertinente precisar en el primer párrafo del numeral 3.2.7 del proyecto de Adenda que el mecanismo de compensación se

realizará siempre que dicha Obra haya sido ejecutada en su totalidad por el Concesionario y aceptada por el Concedente conforme al procedimiento establecido en las cláusulas 6.20 a 6.26 del Contrato de Concesión en lo que resulte aplicable.

13. En vista que la Tabla de Asignación de Plazo Adicional de Concesión forma parte del mecanismo de compensación al Concesionario por las obras a ejecutar, se recomienda revisar si resulta adecuado el periodo de años considerado en la misma, o si resulta más adecuado considerar únicamente el promedio comprendido entre el 2028 – 2030, a efectos de minimizar el número de años adicionales otorgados.

14. Se recomienda evaluar si el mecanismo de compensación a través de la referida Tabla no constituye una garantía similar al Ingreso Minino Anual Garantizado (IMAG sombra) y si el Concedente no está asumiendo un mayor riesgo de demanda al implementar el mecanismo de compensación señalado al considerar todas las estaciones de peaje para el cálculo del tráfico generado en el periodo 2019 – 2030.

15. Asimismo, dado que el plazo de la Concesión puede aumentar en virtud a la Tabla señalada, se estaría otorgando una herramienta contractual (garantía) que facilitaría la bancabilidad del proyecto. En tal sentido, es necesario que se analice el impacto de la implementación de la Tabla señalada en los costos de financiamiento de las inversiones y si corresponde un ajuste a los resultados obtenidos en dicha tabla.

16. Adicionalmente, de la revisión de los escenarios considerados en la Tabla señalada se aprecia que, de los 16 escenarios indicados, solo 3 escenarios cuentan con sustento de la Oficina General de Planificación y Presupuesto del MTC; por lo que sería recomendable que los otros escenarios también cuenten con el debido sustento metodológico.

17. De la revisión del Modelo Económico-Financiero remitido por el Concedente, se observa que los años de ampliación de plazo de la Concesión contemplados en la referida Tabla se obtienen como resultado de igualar el Valor Actual Neto (VAN) sin Adenda 2 con el VAN con Adenda 2, obteniéndose en algunos casos número de años no enteros en cuyo caso debe verificarse que estos sean redondeados al entero inmediato inferior, para que se satisfaga en todo momento la condición que el VAN con Adenda 2 sea menor o igual al VAN sin Adenda 2, para todos los casos. Por tanto, se recomienda verificar que el Modelo Económico-Financiero recoja lo establecido en el Anexo "A" del Informe que sustenta el proyecto de Adenda.

18. Se recomienda que el MEF evalúe si la metodología empleada para el análisis de costo-beneficio (Value for Money) resulta adecuada, toda vez que ésta considera en la comparación una concesión cofinanciada en tanto que las inversiones consideradas en el proyecto de Adenda N° 2 corresponden a una concesión auto sostenible.

**Con relación a la inclusión del Literal f) en la Cláusula 9.8**

19. Conforme a la cláusula 6.20 del Contrato de Concesión vigente, el Concesionario puede solicitar la aceptación de las Obras *"en forma total o **parcial**, en función a lo establecido en el Programa de Ejecución de Obras"*. En ese sentido, no se requiere de la modificación de la cláusula 9.8 para poner en servicio los kilómetros de la Segunda Calzada que ya han sido ejecutados por el Concesionario.

20. Lo establecido en el literal f) de la cláusula 9.8, propuesto en el proyecto de Adenda, **vulnera el principio de Bienestar de los Usuarios previsto en los Lineamientos**[30] toda vez que reduce la infraestructura provista a éstos a cambio del incremento del Peaje a USD 2,00. Al respecto, es preciso señalar que la modificación propuesta es una consecuencia de la imposibilidad de culminar la ejecución de las Obras de la Segunda Calzada a cargo del Concesionario debido al **incumplimiento en la entrega de terrenos, la cual conforme a la cláusula 5.8 del Contrato de Concesión constituye un riesgo y responsabilidad del Concedente**.

21. Tal como ha sido señalado por este Organismo Regulador en reiteradas oportunidades durante la etapa de Evaluación Conjunta, a fin de no vulnerar el principio de Bienestar de los Usuarios, debe definirse en el proyecto de Adenda cuál será la solución técnica distinta que reemplazará los kilómetros de Segunda Calzada que no puedan ejecutarse en el Tramo correspondiente a cada unidad de peaje, detallándose las progresivas definitivas de la Segunda Calzada que serán reemplazadas con cada una de las referidas Obras Adicionales; en cuyo caso, **el incremento tarifario** a USD 2,00 en las unidades de peaje Vesique y Virú deberá estar condicionado también a la ejecución de tales Obras.

22. Sin perjuicio de lo anterior, alternativamente, teniendo presente que el Concesionario ha construido más del 85% de la Segunda Calzada, a fin de mitigar la eventual afectación al Concesionario que pudiera generarse debido al incumplimiento del Concedente en la entrega de terrenos, así como la afectación al Bienestar de los Usuarios, evitando a su vez que éstos asuman íntegramente los efectos de dicho incumplimiento; en el presente caso, podría considerarse de manera **excepcional** en el proyecto de Adenda que el incremento del Peaje a USD 2,00 pueda ser efectuado en dos momentos, en función a la Aceptación de las Obras, de acuerdo a los términos propuestos en el numeral 149 del presente Informe.

23. Considerando que el literal f) regula un supuesto **excepcional**, éste debería excluir de la condición para efectuar el incremento del Peaje a USD 2,00 en cada unidad de peaje, únicamente aquellos sectores en los que no es posible ejecutar la Segunda Calzada debido a la no disponibilidad de terrenos. Así, de acuerdo al cuadro resumen remitido por el Concedente a través de correo electrónico, únicamente deberán excluirse 11,248 km del Tramo asociado a la unidad de peaje Virú y 5,986 km del Tramo vinculado a la unidad de peaje Vesique.

24. La fórmula contemplada en el proyecto de Adenda N° 2 para determinar los Porcentajes de Retención deberá guardar concordancia con los criterios empleados para la determinación de los Porcentajes de Retención establecidos en la Adenda N° 1 suscrita por las Partes.

25. En el proyecto de Adenda debe definirse un nuevo plazo para que el Concedente cumpla con la obligación de entregar los terrenos y una nueva fecha de culminación de las Obras, o en su defecto, debe eliminarse el texto que señala que "*el CONCESIONARIO estará obligado a culminar la construcción de las obras de la Segunda Calzada en los Tramos que corresponden a las unidades de Peaje de Vesique y Virú* ***una vez recibidos el 100% de los terrenos del Área de la Concesión o Derecho de Vía***", toda vez que el Contrato de

[30] El mismo que concuerda con el principio de protección de usuarios contenido en el REGO.

Concesión en sus cláusulas 6.12 a 6.14 regula la ampliación de plazo de la ejecución de las Obras.

- **Con relación a la modificación del Literal b) de la Cláusula 9.9**

26. A fin de no afectar el principio de Bienestar de los Usuarios, el reajuste del Peaje de USD 2,00 debe mantener como fecha base el mes de aceptación de la totalidad de las Obras de la Segunda Calzada en el Tramo respectivo, con excepción de los kilómetros que dejarán de construirse para viabilizar la ejecución de la Vía de Evitamiento Chimbote, en cuyo caso la fecha base deberá considerar la ejecución de las Obras correspondientes a la Vía de Evitamiento Chimbote que reemplacen los kilómetros de la Segunda Calzada que dejen de construirse.

- **Con relación a la modificación del Literal h) del Numeral 5.4 de la Sección 1 del Anexo I (Índices de Serviciabilidad)**

27. Se considera pertinente la modificación propuesta en el proyecto de Adenda con respecto a la fórmula para determinar el porcentaje de incumplimiento por aspecto, de tal manera que la cantidad de segmentos con defectos guarde relación con el valor del Nivel de Servicio Global.

## VI. RECOMENDACIÓN

En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente informe, el cual contiene la opinión técnica no vinculante requerida por el Concedente respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N. Dicha opinión técnica se considerará favorable siempre que se subsanen las observaciones vertidas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de las Conclusiones del presente Informe. Asimismo, se formulan comentarios y recomendaciones al referido proyecto de Adenda para consideración del Concedente.

Atentamente,

**JOSÉ AGUILAR REÁTEGUI**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)

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

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

Reg. Sal. 22763-16
AQuispe/ALope /MJuárez/JAmes

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
PROVEIDO N° : 1831-2016-66
PARA :SCD
ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN ... DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 23/06/16