

Con la conformidad de este Director, para
al ST-CD para su notificación, con las
precisiones realizadas por los señores directores

INFORME N° 020-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN



Para : **Jorge Montesinos Córdova**
Gerente General

Asunto : Opinión con relación a la solicitud de modificación del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 3 (Quinta Adenda).

Fecha : 22 de junio de 2009

I. OBJETO

1. El objeto del presente informe es emitir opinión con relación a la solicitud de modificación del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 3, contenida en el Proyecto de Quinta Adenda presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – en adelante el Concedente.

II. ALCANCES

2. La opinión del OSITRAN se limita a evaluar la propuesta de Quinta Adenda presentada por las Partes. De esta manera, cualquier modificación o inclusión que se realice a la propuesta de Adenda, no podrá considerarse que cuenta con la evaluación y opinión previa del OSITRAN (en adelante el Regulador).

III. ANTECEDENTES

3. El 23 de junio de 2005, se otorgó la Buena Pro del Concurso Público de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión al sector privado del Tramo Vial del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil. Dicho concurso público entregó en concesión tres tramos de la referida infraestructura vial, siendo el Tramo N° 3 el comprendido entre Inambari - Iñapari.
4. El 04 de agosto de 2005, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación de la infraestructura de servicio público del Tramo Vial del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, Tramo 3 - Inambari - Iñapari, en adelante el Contrato de Concesión.

La Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A., en adelante la Concesionaria, se comprometió a ejecutar el Tramo 3 (Inambari -Iñapari), conforme a su Propuesta Técnica (Obras del Proyecto Referencial y Obras Alternativas) por un Pago Anual por Obras, en adelante PAO, de US\$ 40,682,000.00 (Cuarenta Millones Seiscientos Ochenta y Dos Mil con 00/100 Dólares de Estados Unidos de América.

5. El 24 de febrero de 2006, el Concedente y el Concesionario, suscribieron la Adenda N° 1 referida al inicio de los trabajos de transitabilidad.



A

6. El 16 de junio de 2006, las Partes (Concedente y Concesionario) suscribieron la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión referida a aclarar los costos de transitabilidad durante el periodo de construcción de las Obras.
7. El 26 de julio de 2006, las Partes suscribieron la Adenda N° 3 al Contrato de Concesión, relacionado con la Bancabilidad del Proyecto.
8. En agosto del 2006, mediante Carta N° 080-CIST3-OSITRAN, la empresa concesionaria señala al OSITRAN que la fecha de inicio de la construcción es el 6 de julio de 2006.
9. El 16 de julio de 2007, las Partes suscribieron la Adenda N° 4 al Contrato de Concesión, relacionado con el Mecanismo de Reconocimiento y Compensación de diferencias en Metrados del Proyecto Referencial en la Ejecución de Obras.
10. El 14 de noviembre de 2007, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 056-2007-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN, sobre la base del Informe N° 066-07-GS-GAL-OSITRAN, precisó que OSITRAN no está facultado por el Contrato de Concesión para aprobar o dar conformidad a los Gastos Generales y Utilidad presentados por el Concesionario.
11. El 18 de diciembre de 2007, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 059-2007-CD-OSITRAN, OSITRAN interpretó el alcance del procedimiento para la expedición del Certificado de Avance de Obra (CAO).
12. El 4 de noviembre de 2008, mediante Oficio N° 1141-2008-MTC/25, el Concedente en aplicación de la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, comunica que ha decidido ajustar el PAO en función a los montos de las variaciones de metrados de las Obras de la Segunda Etapa, ejecutados por el Concesionario, con recursos del PAO de la Tercera Etapa.
13. El 31 de diciembre de 2008, mediante Ley N° 29309, se declara de necesidad pública y preferente interés nacional la continuación de la ejecución del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil - IIRSA SUR.
14. El 31 de marzo de 2009, mediante Oficio N° 250-2009-MTC/01, el Concedente remite los informes que sustentan la decisión de continuar la ejecución de las Obras de los Tramos 2, 3 y 4 del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, IIRSA SUR.
15. El 28 de mayo de 2009, mediante Oficio N° 737-2009-MTC/25, el Concedente solicita la opinión técnica de OSITRAN a la propuesta de Quinta Adenda al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 3.
16. El 1 de junio de 2009, mediante Oficio N° 176-09-GG-OSITRAN, el Regulador solicita al Concedente información sustentatoria para la evaluación del Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión. En dicha fecha, mediante Oficio N° 178-09-GG-OSITRAN, el Regulador puso en conocimiento del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) la propuesta de Quinta Adenda al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 3.
17. El 8 de junio de 2009, mediante Oficio N° 781-2009-MTC/25, el Concedente remite la información requerida en el Oficio N° 178-09-GG-OSITRAN.



A

18. El 8 de junio de 2009, mediante Oficio N° 187-09-GG-OSITRAN, el Regulador requiere al Concedente información complementaria para la evaluación del Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión. El 16 de junio de 2009, mediante Oficio N° 806-2009-MTC/25, el Concedente presentó la información complementaria.

IV. MARCO LEGAL APLICABLE

19. El inciso d) del artículo 32° del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM¹, establece que el Estado podrá modificar la concesión cuando ello resulte conveniente.
20. Sobre el particular, el artículo 33° de la referida norma prevé que las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:
- a) la naturaleza de la concesión;
 - b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
 - c) el equilibrio financiero para ambas partes.
21. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual, deberá respetar, en lo posible, los parámetros antes descritos.
22. Ahora bien, el inciso f) del artículo 30° del Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 060-96-PCM², establece que son atribuciones de los sectores y/o Organismos del Estado modificar el Contrato de Concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el Concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.
23. En tal sentido, corresponde al Concedente, en cumplimiento del artículo antes citado, ejercer su atribución de modificar el Contrato de Concesión, cumpliendo con los requisitos antes descritos.
24. Cabe resaltar que, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión".
25. De otro lado, el artículo 37° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM³, prevé lo siguiente:

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

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. El referido

¹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de diciembre de 1996.

² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 28 de diciembre de 1996.

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

pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la INFRAESTRUCTURA, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN.

En ese mismo sentido el OSITRAN deberá emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para tal efecto el OSITRAN deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD PRESTADORA.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

26. Por su parte, la Sección XVII del Contrato de Concesión prevé lo siguiente:

"SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato 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 o con la conformidad de las instituciones que financien la Concesión, según corresponda, en el caso de ser aplicable, en tanto las materias objeto de modificación del Contrato tengan incidencia en el desempeño económico financiero de la Concesión. La Parte resolverá dicha 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 y el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

De conformidad con el Artículo 33 del Reglamento del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, o a solicitud expresa de los Acreedores Permitidos respetando su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

Para efectos de lo establecido en los párrafos precedentes, debe tomarse en cuenta que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el presente Contrato, requiere de la opinión previa del REGULADOR, quien se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes."

[El subrayado es nuestro]

De otro lado, el numeral 9.5 de la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la Generación de Empleo Productivo y Normas para la Agilización de los Procesos de Promoción de las Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 1012⁴, prevé que las modificaciones que se produzcan a la versión final del Contrato de Asociación Público – Privada (APP), que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas, durante la fase de implementación del proyecto

⁴ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 13 de mayo de 2008.



de inversión, requerirá la opinión del Regulador dentro del plazo de 10 días hábiles, caso contrario, se considerará favorable.

28. En ese mismo sentido, el artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 146-2008-EF⁵, establece que las opiniones a las adendas de los Contratos de Concesión deberán ser emitidas en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la recepción de la solicitud de opinión, salvo que se requiera información complementaria, en cuyo caso los plazos quedarán suspendidos.
29. Por último, mediante Ley N° 29309⁶, se declara de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente la continuación y culminación de la construcción y asfaltado de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil – IIRSA SUR, disponiéndose la ejecución de las obras adicionales que no hubieran sido cubiertas por el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), establecidos en los Contratos.

V. LA FUNCIÓN DE OSITRAN DE EMITIR OPINIÓN TÉCNICA EN CASOS DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

30. El inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917⁷, otorga al Regulador la función específica de emitir opinión técnica sobre la renegociación o revisión de los Contratos de Concesión. En este mismo sentido, el artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN prevé que el Regulador deberá emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma.

⁵ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 9 de diciembre de 2008.

⁶ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 31 de diciembre de 2008.

Artículo 1.- Declaración de necesidad pública e interés nacional

Declárese de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente la continuación y culminación de la construcción y asfaltado de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil - IIRSA SUR, disponiéndose la ejecución de las obras adicionales que no hubieran sido cubiertas por el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), establecidos en los contratos.

Artículo 2.- Determinación de modalidad de financiamiento

Dispóngase que el Ministerio de Economía y Finanzas determine la modalidad de financiamiento que resulte adecuada a las opciones de ejecución que se señalan en los artículos siguientes, a fin de garantizar la continuación y culminación de las obras de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil - IIRSA SUR en el año 2010.

Artículo 3.- Modalidad de ejecución de las obras

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dentro del plazo de noventa (90) días a partir de la promulgación de la presente Ley, evalúa y determina la modalidad bajo la cual se continuarán y culminarán las obras de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil - IIRSA SUR, luego de haberse agotado el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), según los contratos vigentes, pudiendo optar por la modalidad de licitación pública o por la continuación de las obras por el concesionario.

Artículo 4.- Autorización para la suscripción de acuerdos

A fin de asegurar la ejecución de las obras que superen el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), durante el período de evaluación a que se refiere el artículo 3, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones queda autorizado a celebrar los acuerdos con los concesionarios que sean necesarios para ese propósito, estando facultado para determinar tanto sus plazos como sus condiciones técnicas, económicas y financieras.

Artículo 5.- Autorización para modificaciones contractuales

Si, en razón de la evaluación que autoriza esta Ley, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones optase por continuar las obras con los concesionarios, estará facultado a negociar y acordar la modificación de los respectivos contratos de concesión en los aspectos que fueran necesarios para asegurar la continuidad y culminación de las obras respectivas.

⁷ Ley N° 26917.-

*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.

(...)"



31. El Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, su Reglamento General, así como el Reglamento del Decreto Legislativo 1012, Decreto Supremo N° 146-2008-EF⁸, establecen la obligación del Regulador de emitir opinión sobre la modificación de los Contratos de Concesión.
32. Como puede advertirse, el marco legal vigente establece que corresponde al Regulador, emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión, la misma que es de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre ellas, el Concesionario.
33. Ahora bien, a nivel regulatorio, los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión aprobados por el Regulador, establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión. Sobre el particular, el numeral 6.2 prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial⁹, 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.
34. En el caso específico del Contrato de Concesión materia de evaluación, debe resaltarse que éste reconoce la competencia del Regulador, estableciendo que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el Contrato, requiere de la opinión previa del Regulador, quien se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes.
35. Ahora bien, el artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, establece que las opiniones a las adheridas de los Contratos de Concesión deberán ser emitidas en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la recepción de la solicitud de opinión, salvo que se requiera información complementaria, en cuyo caso los plazos quedarán suspendidos.
36. Sobre el particular, el 01 de junio de 2009, mediante Oficio N° 176-09-GG-OSITRAN, el Regulador solicitó información al Concedente y precisiones sobre el Proyecto de Quinta Adenda. De igual modo, mediante Oficio N° 187-09-GG-OSITRAN de fecha 8 de junio de 2009, el Regulador solicitó información adicional y el sustento técnico a diversas consultas.
37. Mediante Oficios N° 781-2009-MTC/25 y N° 806-2009-MTC/25, el MTC presenta los requerimientos de información solicitados por OSITRAN.

VI. DE LA SOLICITUD

38. Según la solicitud, el Objeto de la propuesta de Quinta Adenda del Tramo 3 al Contrato de Concesión es el siguiente:

- Las Partes acuerdan que la Concesionaria continuará con la ejecución de las Obras que superen el monto del PAO Contractual. Para tal efecto, el

⁸ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 9 de diciembre de 2008

⁹ Una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos que alteran la ecuación económica del Contrato, entendiéndose como equilibrio económico, conforme a los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones Sobre Propuestas de Modificación y reconversión de Contratos de Concesión".



Concedente se obliga a pagar la contraprestación por la ejecución de obras que se hubiesen ejecutado por encima del monto del PAO Contractual.

- Establecer un mecanismo para liberar los predios afectados por la construcción.
- Determinar el presupuesto y las condiciones para mantener la transitabilidad en el Periodo Final.
- Modificar la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión sobre variaciones de metrados.
- Modificar la Cláusula 6.4.A.5 del Contrato de Concesión sobre la ejecución de subpartidas no consideradas en el Expediente Técnico.
- Modificar la Cláusula 6.39 del Contrato de Concesión sobre el monto de las Obras Adicionales asumidas por la Concesionaria por mutuo acuerdo entre las partes.
- Precisar que pudieran existir derechos a favor del Concesionario por ejecución de obras a partir del inicio de la vigencia del Contrato de Concesión y que no hubiesen sido reconocidos.
- Creación de "variaciones de metrados acumulativas" las veces que lo solicite el concesionario para los sectores inestables.
- Modificar la Cláusula 16.11, literal b), acápite ii) del Contrato de Concesión referido a la adecuación de los plazos establecidos para el procedimiento de arbitraje.

39. En líneas generales, los principales temas que se encuentran vinculados con el objeto de la propuesta de adenda, son los siguientes:

- Recalcular los Certificados de Avance de Obras (CAO) emitidos hasta la fecha, remplazando los Precios Referenciales (asociados a la Inversión Referencial) por los Precios Reales, con gastos generales (GG) 27% y utilidad (U) 10%.
- El Concedente ha tomado la decisión de no realizar ajustes al PAO.
- Calcular los avances de obra del periodo final con precios reales y con gastos generales (GG) 35.5% y utilidad (U) 10%.
- Modificar el porcentaje de las Etapas establecidas en el Contrato de Concesión.
- Modificar los plazos para el procedimiento de valorización de avance de obra del periodo final.
- Eliminar el Hito.
- Otorgar al Concesionario un pago por transitabilidad del orden de US\$ 2 500 000.00 por dos semestres.
- Validar las valorizaciones de variaciones de metrados sobre variaciones de metrados ya aprobadas.
- Incrementar el monto de las Obras Adicionales.
- Reconocer, a solicitud del Concesionario, el pago por variaciones de metrado acumulativas vinculada a sectores inestables.
- Modificar la cláusula de Arbitraje establecida en el Contrato de Concesión.
- Ampliación del periodo de ejecución de obras.
- Cambios en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión.
- Cambios en el equilibrio económico de la concesión.

40. Como puede advertirse de la propuesta de Quinta Adenda, las Partes acuerdan no realizar ajustes al PAO Contractual. Así, por un lado, proponen la modificación de los porcentajes de cada Etapa del PAO, incrementando las proporciones de la Primera y Segunda Etapa y disminuyendo la proporción de la Tercera Etapa, respecto de las establecidas en el Contrato de Concesión.



41. Por otro lado, las Partes proponen que las variaciones de metrados que se hayan registrado y reconocido a la fecha, así como aquellas variaciones de metrados que en lo sucesivo se registren hasta el límite del PAO, sean contabilizadas como metrados del Expediente Técnico. Es decir, que no sea de aplicación el procedimiento señalado en el Numeral 4 del Anexo IX, sino que sean calculados como parte del avance de Obra del Expediente Técnico, esto es, según el procedimiento establecido en el Numeral 2 del Anexo IX.
42. Con el fin de determinar los avances de Obra, y efectuar la liquidación del PAO, se propone definir el concepto de "Inversión Vinculada al PAO" o "Inversión Máxima", que sería considerado como el importe base para el cálculo de los porcentajes de avances de Obra y el recálculo de los CAO emitidos y por emitirse hasta el límite del PAO.
43. Asimismo, las Partes proponen que el Estado reconozca variaciones de metrados sobre aquellas variaciones de metrados registradas que no hayan sido reconocidos en los avances de Obra ("variaciones de variaciones de metrados"), no obstante, lo señalado en la Cláusula 6.4.A. del Contrato de Concesión. De igual manera, con la propuesta de Quinta Adenda, las Partes plantean reconocer las sucesivas "variaciones de variaciones de metrados".
44. En cuanto a las Obras pendientes por ejecutar que no pueden ser cubiertas con el PAO, las Partes proponen el establecimiento de lo que se denomina "Periodo Final"¹⁰ El presupuesto de Obra para este periodo estaría conformado por: i) los metrados y Obras alternativas pendientes de ejecutar al termino de la Inversión Máxima¹¹; ii) los precios aprobados por el Regulador y/o el Concedente, según sea el caso; y iii) gastos generales de 35.5% y utilidad de 10%.
45. Teniendo en cuenta el incremento del volumen y el presupuesto de las Obras de Construcción, la propuesta de Quinta Adenda plantea la ampliación del plazo de ejecución de Obras, estableciéndose como fecha límite el 31 de diciembre del 2010.
46. En concordancia con lo anterior, las Partes proponen el reconocimiento a favor del Concesionario de pagos adicionales por concepto de Costo de Transitabilidad por una suma ascendente a US\$ 2 500 000.00 (sin IGV).
47. Las Partes plantean que aquellas Obras ejecutadas durante el Periodo Final sean valorizadas mensualmente, dejando sin efecto el importe mínimo de capital de trabajo determinado según el concepto de Hito Constructivo de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 1.6. y el Numeral 3 del Anexo XI del Contrato de Concesión.
48. A efectos de emitir la opinión solicitada, corresponde previamente efectuar el análisis legal respecto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y el análisis técnico sobre la modificación propuesta.

¹⁰ Adenda 5 del Tramo 3:

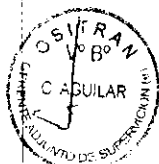
Clausula Tercera.- Definiciones

Es e periodo durante el cual el CONCESIONARIO ejecutará obras una vez ejecutadas obras por un monto equivalente a la Inversión Máxima vinculada al PAO Contractual (...).

¹¹ Adenda 5 del Tramo 3:

Clausula Tercera - Inversión Maxima

Es la Inversión Vinculada al PAO Contractual, reajustada únicamente conforme a las cláusulas 8.23 m) y 8.35 del Contrato de Concesión.



A

VII. ANÁLISIS

VII.1 Análisis de Admisibilidad

49. La Sección XVII del Contrato de Concesión prevé que toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato 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. Asimismo, la solicitud 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.
50. De igual modo, las Partes podrán modificar el Contrato de Concesión, previo acuerdo, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público.
51. En ese orden de ideas, corresponde evaluar el cumplimiento de los siguientes requisitos formales de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión:
- Sustento Legal, Técnico y Económico – Financiero
 - Causa Fundada
 - Interés Público

VII.1.1 Sustento Legal, Técnico y Económico-Financiero

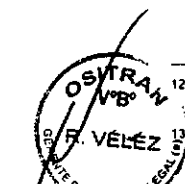
52. El Concedente ha remitido el Oficio N° 737-2009-MTC/25 adjuntando el informe N° 310-2009-MTC/25, mediante el cual evalúa y analiza el sustento técnico, financiero y legal de la adenda propuesta.
53. Mediante Oficio N° 781-2009-MTC/25, el MTC atiende el requerimiento de información solicitado en el Oficio N° 176-09-GG-OSITRAN. Así mismo, con respecto al requerimiento de información adicional formulado por este Organismo mediante Oficio N° 187-09-GG-OSITRAN, el Concedente atiende el requerimiento mediante Oficio N° 806-2009-MTC/25.
54. En atención a los informes remitidos por el Concedente, éste ha dado cumplimiento a este requisito de forma. Sin embargo, debe señalarse que la verificación del cumplimiento de este requisito, no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido. Así, la evaluación técnica del contenido de la información, la suficiencia y pertinencia del mismo será realizada en la sección Análisis de la Modificación Propuesta.

VII.1.2 Causa Fundada¹²

55. El sustento que expone el Concedente¹³ para modificar el Contrato de Concesión se basa en no interrumpir la ejecución de las Obras, cuya continuación y conclusión ha sido legalmente declarada de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente. Asimismo, agrega que es necesario precisar el mecanismo que posibilite continuar con la ejecución de las Obras del Tramo N° 3, de conformidad con los

¹² Se entiende por causa fundada a un evento previsto en el marco legal y contractual que habilite la modificación del Contrato de Concesión.

¹³ Según el Informe N° 310-2009-MTC/25, el CONCEDENTE señala: "(...) las Partes consideran pertinente la modificación del contrato de concesión, en atención a las condiciones y situación subyacente al agotamiento de la inversión vinculada al PAO contractual, a fin de viabilizar la continuación de las obras del Tramo 3 hasta diciembre de 2010, y su consecuente pago, así como recuperar el equilibrio económico financiero como consecuencia en la determinación de los CAO's, emitidos por el Regulador".



términos establecidos en la Adenda durante el Periodo Final, desde la fecha en que la inversión máxima fue ejecutada hasta la culminación de la totalidad de las obras, que han sido declaradas por Ley de Necesidad Pública e Interés Nacional¹⁴.

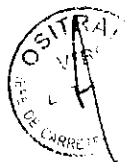
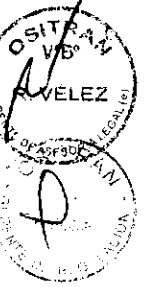
56. Al respecto, según lo señalando en el acápite "Marco Legal" precedente, a través de la Ley N° 29309, el Estado declaró de necesidad pública y de preferente interés nacional la continuación y culminación de la ejecución de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto de Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil-IIRSA SUR, que no puedan ser cubiertas por los respectivos PAO's contractuales.
57. De igual modo, el artículo 5° de la Ley N° 29309 establece que si el MTC optase por continuar las obras con las Concesionarias, estará facultado para negociar y acordar la modificación de los respectivos Contratos de Concesión en los aspectos que fueran necesarios para asegurar la continuidad y culminación
58. De acuerdo con lo establecido en la Ley N° 29309, a partir de su vigencia, no se producirían nuevos ajustes al PAO, toda vez que para financiar la continuación de las obras, de acuerdo a la norma antes citada, previamente debe agotarse el PAO. En ese sentido, existiría un vacío sobre el financiamiento que corresponderían a las variaciones de metrados que ejecute la Concesionaria, por lo que las Partes consideran pertinente abordar este vacío mediante la suscripción de la presente Adenda.
59. En atención a lo expuesto, los efectos por la aplicación inmediata de la Ley N° 29309, constituyen el argumento que viabilizaría la suscripción del Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión; por ello podemos concluir que el motivo alegado por el Concedente, para la continuación y culminación del íntegro de las obras del Tramo 3, en base a la normas antes referida, se sustenta en una causa fundada.
60. Por último, cabe resaltar que la implementación de la Ley, debiera asegurar lo actuado hasta la fecha, de modo que, en los casos que corresponda, no se alteren los actos ya cumplidos.

VII.1.3 Interés Público¹⁵

61. En la suscripción de la presente propuesta de Adenda subyace un interés público, que se manifiesta en la necesidad de la culminación de la construcción de la carretera interoceánica Sur, en este caso, el correspondiente al Tramo 3, previo al financiamiento de las obras que no se cubran con el PAO, por lo cual es necesario definir el esquema de reconocimiento de avances de Obras pendientes por ejecutar, que no hayan sido podido ser cubiertas con el PAO. Esta necesidad se justifica en el bienestar económico y social que esta carretera involucra, no sólo para su zona de influencia, sino para la economía del país en general.
62. Este interés público que subyace en la construcción y culminación de esta carretera ha sido recogida por la Ley N° 29309¹⁶, que en su artículo 1° prescribe:

¹⁴ Literal ii) del Informe N° 340-2009-MTC/25 de fecha 9 de junio de 2009

¹⁵ Se entiende por interés público al "(...) resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos". ESCOLA, Héctor Jorge. El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo. Depalma Ediciones. Buenos Aires, 1989. Pág. 249-250



"Artículo 1º.- Declárese de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente la continuación y culminación de la Construcción y Asfaltado de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil - IIRSA SUR, disponiéndose la ejecución de las obras adicionales que no hubieran sido cubiertas por el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), establecidos en los contratos."

[El subrayado es nuestro]

63. Conforme podemos advertir, el interés público en la modificación del Contrato de Concesión se encuentra plenamente acreditado, en virtud a que éste ha sido reconocido incluso en la Ley antes citada, en cuyo texto se advierte precisamente la autorización al Concedente para "negociar y acordar la modificación de los respectivos contratos de concesión" para viabilizar la culminación de las Obras.

VII.2 Análisis de la Modificación Propuesta¹⁷

VII.2.1 Marco Metodológico

64. El numeral 3.1¹⁸ de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transportes de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley N° 26917¹⁹, establece que el Regulador cautela en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.
65. Asimismo, el artículo 2º del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM²⁰, establece los límites y lineamientos a la acción de el Regulador en el desarrollo de sus funciones, previéndose que toda decisión deberá sustentarse y enmarcarse en dichos límites. Así tenemos, entre otros, el Principio de Actuación basado en el Análisis Costo - Beneficio²¹, Principio de Transparencia²², Principio de Autonomía²³ y el Principio de Eficiencia y Efectividad²⁴.
66. El Principio de Proscripción de la Arbitrariedad, vinculado a los Principios señalados en el párrafo precedente, exige que la actuación de la administración cuente con

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 31 de diciembre de 2008.

¹⁷ El análisis de la propuesta de modificación del contrato asume que cuenta con la evaluación social correspondiente, de acuerdo a la normatividad vigente.

¹⁸ 3.1 La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los Contratos de Concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 22 de enero de 1998.

²⁰ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.

²¹ Artículo 6.- Principio de Actuación basado en Análisis Costo - Beneficio.

En el ejercicio de sus funciones, el OSITRAN deberá evaluar los beneficios y costos de sus decisiones antes de su realización y sustentarlas adecuadamente bajo criterios de racionalidad y eficacia.

²² Artículo 7.- Principio de Transparencia.

Toda decisión de cualquier ORGANO DEL OSITRAN deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles. Las decisiones del OSITRAN serán debidamente motivadas y las decisiones normativas y/o regulatorias serán publicadas antes de su entrada en vigencia para recibir comentarios y sugerencias de los interesados. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que por su urgencia no pueden quedar sujetas al procedimiento de la publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados.

²³ Artículo 9.- Principio de Autonomía.

El OSITRAN no está sujeto a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado en los temas de su competencia. Su accionar se basará en las normas legales aplicables y en estudios técnicos debidamente sustentados.

²⁴ Artículo 13.- Principio de Eficiencia y Efectividad.

La actuación del OSITRAN se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.



razones justificadas. Dicho principio tiene amplio reconocimiento Constitucional y resulta exigible a todas las autoridades del Estado²⁵.

67. Ahora bien, en el caso que nos aborda, la modificación del Contrato de Concesión constituye una decisión discrecional²⁶, la cual debe ser acotada en aplicación de los Principios antes descritos, de modo que haga predecible la actuación del Regulador.
68. El Marco Legal Aplicable exige que la modificación del Contrato de Concesión respete, en lo posible, los siguientes parámetros: (i) la naturaleza de la Concesión, (ii) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y (iii) el equilibrio económico - financiero para ambas partes; sin perjuicio de verificar que la solicitud se sustente en una causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público.

VII.2.2 Naturaleza de la Concesión

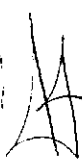
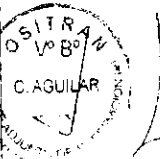
69. El 04 de agosto de 2005, el Concedente y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo Vial 3: Inambari - Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, el cual se otorga para la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación de una Obra de infraestructura pública, por un plazo de 25 años, como parte del proceso de transferencia de actividades productivas al sector privado emprendido por el Estado de la República del Perú y que tiene por objeto incrementar la infraestructura vial en el país y mejorar la calidad de los servicios que ésta ofrece.
70. La transferencia de actividades antes referida, no supone la transferencia de la titularidad de la infraestructura que forma parte del Tramo de la Concesión, la misma que en todo momento mantiene su condición pública²⁷. El Concesionario adquiere la titularidad de la Concesión durante la vigencia de la misma.
71. 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 reversión de bienes; la Construcción y Mantenimiento de la infraestructura del Tramo de la Concesión y la Conservación de la Obra y la Explotación del Servicio.
72. 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,

²⁵ Er la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 06204-2006-HC/TC se establece lo siguiente:

"En realidad, ésta es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suorema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares."

²⁶ Entendemos que la decisión del Concedente de aceptar o aprobar determinada modificación contractual constituye un ejercicio de la potestad discrecional intermedia, es decir, aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. En: Sentencia de Tribunal Constitucional, Expediente N° 5760-2006-PA/TC de fecha 19 de abril de 2007.

²⁷ Sección II: Cláusula 2.2 del Contrato de Concesión.



consiste en que en todo momento, se debe mantener el equilibrio económico - financiero de las Partes²⁸.

73. La modalidad de la Concesión es cofinanciada, de conformidad con lo señalado en el Literal c) del Artículo 14 del TUO; por lo que el financiamiento de las inversiones en la Infraestructura son realizados tanto por el Concesionario como por el Concedente.
74. En atención a lo expuesto, la propuesta de Quinta 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 misma²⁹.

VII.3 Condiciones establecidas en el Contrato de Concesión

VII.3.1 Sobre el diseño del Contrato de Concesión

75. De acuerdo al Libro Blanco del "Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramos 2, 3 y 4", los Términos de Referencia, las Bases y el propio Contrato de Concesión - Tramo 3, el Estado entregó en Concesión a la Concesionaria, la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación de la Infraestructura de Servicio Público del Tramo que se muestra en el cuadro siguiente:

TRAMO Nº 3	SUB TRAMOS	LONGITUD EN KMS.	TOTAL A CONSTRUIR (NO ASFALTADO)
	Pto. Inambari – Santa Rosa	42.5	
	Santa Rosa – Dv. Laberinto.	92.5	
INAMBARI - ÑAPARI	Dv. Laberinto – Pto. Maldonado.	44	403.2
	Pto. Maldonado – Alegria.	63.7	
	Alegria – Iberia	104.3	
	Iberia – Ñapari	56.2	

Fuente: Libro Blanco.
Elaboración: Gerencia de Asesoría legal - OSITRAN

76. Ahora bien, para ejecutar el total de la Obra a Construir, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) elaboró un Presupuesto de Inversiones del Corredor Vial Interoceánico del Sur, el cual fuera remitido a PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 1017-2005-MTC/01, y que sirvió de base para la elaboración de las propuestas de los postores. El referido Presupuesto comprendía los siguientes conceptos y valores:

²⁸ Sección II: Cláusula 2.8 del Contrato de Concesión.

²⁹ 2.3 Considerando que el Objeto del derecho de Concesión es la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación de una Obra de Infraestructura Pública por un tiempo determinado, los actos de disposición y la constitución de derechos sobre la Concesión deben ser compatibles con esta naturaleza y ser aprobados por el CONCEDENTE previa opinión del REGULADOR.



[Handwritten signature]

Presupuesto de Inversiones
(en US\$ dólares americanos)

ITEM	DESCRIPCION	PRESUPUESTO	
		%	TRAMO 3
A PRESUPUESTO DE OBRAS:			
1	Costo Directo Reajustado por el Proyectista del Estudio de Factibilidad		189,707,423.00
2	Movilización y Desmovilización		6,007,413.82
3	Estudio Definitivo de Ingeniería	3	5,691,222.69
4	Estudio de Impacto Ambiental	1.3	2,468,196.50
5	Costo Directo		203,872,256.01
6	Gastos Generales 27%	27	55,045,509.12
7	Utilidad 10%	10	20,387,225.60
8	SUBTOTAL OBRAS		279,304,990.73
9	IGV	19	53,067,948.24
10	TOTAL DE PRESUPUESTO PARA OBRAS INCLUIDO I.G.V.		332,372,938.97
B PRESUPUESTO PARA CONCESIONES			
11	Transitabilidad durante la Construcción		9,812,528.00
12	Estaciones de Peaje y Pesaje		4,576,811.96
13	SUBTOTAL		14,389,339.96
14	Gastos Generales 27%	27	3,885,121.79
15	Utilidad 10%	10	1,438,934.00
16	SUBTOTAL		19,713,395.75
17	IGV		3,745,545.19
18	TOTAL PRESUPUESTADO PARA CONCESIÓN		23,458,940.94
19	TOTAL (A+B)		355,831,879.91

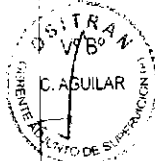
Fuente: Libro Blanco.

Elaboración: Gerencia de Asesoría legal - OSITRAN

77. De acuerdo con la estimación de los costos involucrados en el Proyecto, se llegó a un Presupuesto Referencial de US\$ 332'372,938.97 (incluido el IGV) para el Tramo 3. Para lograr esta estimación de costos, se tuvo en cuenta el trabajo a ser realizado (403.20 Km), estableciendo los precios correspondientes. A estos costos directos, ya reajustados antes del proceso de Concesión, se les adicionó los gastos generales (27%) y una utilidad (10%), que fueran aprobados por el MTC³⁰, lo que daba como resultado el Presupuesto para Obras.
78. Tal como se señala en el Libro Blanco del "Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramos 2, 3 y 4", en las primeras semanas de mayo de 2005, los postores informaron, ejerciendo un proceso de debida diligencia "due dilligence", que de acuerdo a sus cálculos, los montos de inversión para la ejecución de las obras de los Tramos 2, 3 y 4 estarían por encima del 55% de lo establecido en el estudio de factibilidad, considerando que existían riesgos, como el de tipo geológico, que no habían sido considerado en dicho estudio, que podrían hacer variar las inversiones, cuando se realice el estudio definitivo³¹.
79. En atención a lo expuesto, para garantizar la sostenibilidad financiera del proyecto se utilizó un modelo mixto que contempló la información existente (estudio de factibilidad), pero que además, advirtió la existencia de información asimétrica como resultado del due dilligence de los postores. Así, las características del concurso consideran las siguientes: (i) los metrados base válidos eran los del estudio de factibilidad, (ii) los precios base corresponden al proyecto referencial, siendo éstos a

³⁰ El Resumen Ejecutivo N° 54-2005-IOS que forma parte del Acuerdo Comité de Infraestructura 254 del 20 de junio de 2005, establece que "los gastos generales incrementados de 17% al 27%, desechando la opinión del Consorcio Vial Sur que los incrementaba al 34.97%, son también razonables teniendo en cuenta los ratios de gastos generales que históricamente se han considerado en el MTC". Agrega que "estas opiniones nos dan sustento técnico para aceptar las modificaciones en los presupuestos de inversión de los Tramos 2, 3 y 4, propuestos por el MTC, salvo el costo de gerenciamiento".

³¹ Según Resumen Ejecutivo N° 43-2005-IOS de fecha 16 de mayo de 2005.



suma alzada, (iii) los precios solamente se ajustaban para las variaciones de metrados de las partidas correspondientes³².

80. Como puede advertirse, la propuesta técnica de los postores debía, como mínimo, comprender la realización de las obras señaladas en el estudio de factibilidad, teniendo la opción de proponer las Obras Alternativas en su reemplazo, las cuales se realizaban íntegramente a suma alzada, siempre que ello no implicase que el PAO fuera mayor al PAO máximo establecido. Para este caso, los montos correspondientes al PAO y PAMO, los cuales no contemplan el Impuesto General a las Ventas, fueron los siguientes:

- PAO Tramo 3: US\$ 40 682 000,00 (Cuarenta Millones Seiscientos Ochenta y Dos Mil con 00/100 Dólares de Estados Unidos de América).
- PAMO Tramo 3: US\$ 5 959 000,00 (Cinco Millones Novecientos Cincuenta y Nueve Mil con 00/100 Dólares de Estados Unidos de América).

81. Debe mencionarse que la estrategia para la Construcción consideró la ejecución de las obras en tres etapas. Los plazos máximos se establecieron en 12, 30 y 48 meses respectivamente, contados desde el inicio de la construcción³³.

82. Ahora bien, durante la ejecución de las obras, como era previsible, en caso hubiera variaciones en metrados que reconocerse, el Contrato de Concesión había descrito el procedimiento a seguir en la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, cuyo tenor es el siguiente:

"Variaciones en metrados³⁴

6.4.A.2 Podrán existir variaciones en metrados, respecto del Expediente Técnico, identificadas para una misma Subpartida, sea por el CONCESIONARIO o por el CONCEDENTE. Estas variaciones deberán estar técnicamente sustentadas y deberán ser valorizadas por el REGULADOR en función a los precios unitarios reales determinados de acuerdo al Numeral 3 del Anexo IX.

En caso las variaciones netas representen mayores metrados a los indicados en el Expediente Técnico, el REGULADOR procederá a efectuar el ajuste al PAO, por única vez, de conformidad con el procedimiento establecido en el Numeral 4 del Anexo IX, a la culminación de cada etapa de Construcción, el mismo que en ningún caso deberá exceder el 10% del PAO correspondiente a cada etapa de Construcción, a que se refiere la Cláusula 8.23. Queda expresamente establecido que el mencionado ajuste al PAO no limitará bajo concepto alguno el derecho de los Titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en dichos certificados conforme a los términos previstos en los mismos.

En el supuesto del párrafo anterior, en caso las variaciones netas de mayores metrados supere el 10% del PAO correspondiente a cada etapa de Construcción, el CONCEDENTE tendrá la potestad de evaluar en forma integral, las Obras ejecutadas y el Proyecto de Ingeniería de Detalle respecto de las Obras pendientes de ejecución, a fin de determinar la procedencia de la ejecución de dichas Obras, así como plantear la alternativa que permita optar indistintamente por:

- (i) Autorizar la ejecución de las Obras pendientes de cada Etapa, reconociendo un incremento adicional en el PAO; o,

³² Según Oficio N° 277/2005/CPI-RV/PROINVERSION de fecha 25 de julio de 2005.

³³ Informe Final del Libro Blanco del "Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramos 2, 3 y 4", las Bases y la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión.

³⁴ La presente Cláusula incluye la modificación prevista en la Adenda N° 4 al Contrato de Concesión.



(ii) Determinar las Obras pendientes de cada Etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente, en cuyo caso el CONCESIONARIO quedará liberado de toda responsabilidad respecto de las Obras pendientes de ejecución.

La evaluación antes indicada, podrá conducir a que las partes de mutuo acuerdo, procedan a una revisión de las cláusulas del Régimen Económico del Contrato que resulten pertinentes y a la modificación del presente Contrato. Para tal efecto se requerirá la opinión del REGULADOR.

En caso las variaciones netas representen una disminución de metrados respecto a los contemplados en el Expediente Técnico: i) el CONCESIONARIO deberá ejecutar otras obras a ser identificadas por el CONCEDENTE, priorizando el criterio de la transitabilidad del Tramo en su conjunto, hasta por el monto equivalente a la valorización de la disminución de metrados antes indicados, en cuyo caso el monto el PAO no sufrirá variación alguna; o, ii) en caso de no existir obras para ejecutar, el REGULADOR efectuará una reducción en el monto del PAO, de conformidad con el procedimiento establecido en el Numeral 4 del Anexo IX."

83. Como puede advertirse, sólo los mayores metrados que varíen lo previsto en el Proyecto Referencial, corresponden ser reconocidos a la Concesionaria. Para tal efecto, a la culminación de cada etapa de construcción, en caso las variaciones netas de metrados excedan el 10% del PAO de cada Etapa, el Concedente debe autorizar la ejecución de las Obras pendientes de cada Etapa, reconociendo un incremento adicional en el PAO; o determinando las Obras pendientes de cada Etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente.

VII.3.2 Sobre el Pago Anual por Obra

84. Las Bases³⁵ definen el Pago Anual por Obras (PAO) de la siguiente manera:

"1.2.48 Pago Anual por Obras (PAO): Es la suma de dinero expresada en Dólares, que anualmente el Estado de la República del Perú asegurará al Concesionario una vez que haya recibido la obra concluida de acuerdo a su Propuesta Económica. Este pago procederá una vez que el Regulador haya dado la conformidad a las obras, dentro de un periodo de noventa (90) días calendario. Este monto constituye uno de los componentes de la Propuesta Económica solicitada al Postor, siendo parte del factor de competencia y cubre los costos de Construcción o Mejoramiento y Rehabilitación, según sea el caso, de los Tramos en los que se tenga interés de participar, especificados en el Anexo N° 9 de las presentes Bases."

85. Asimismo, de acuerdo con el numeral 7.2.1 de las Bases, el PAO ofrecido por el Concesionario en su oferta económica, constituye el aporte anual que el Estado tiene que pagar al Concesionario, una vez que hayan recibido la obra concluida, en los términos indicados en el Contrato de Concesión³⁶.

En ese orden de ideas, el PAO es el presupuesto que el Estado se encuentra obligado a pagar o destinar para la construcción de las obras en el Tramo 3 de la Carretera

³⁵ Definición consignada en el TUO de las Bases, incluidas las circulares 1 a 52, elaborado por PROINVERSIÓN al 25 de julio de 2007.

³⁶ "7.2.1 Respecto de cada Tramo de la Concesión, el Postor Precalificado deberá presentar dentro del Sobre N° 3 una Oferta Económica, que represente la ejecución del Proyecto Referencial (PAO inicial), y si decidiera presentar una o más Obras Alternativas, deberá consignar la incidencia económica en el PAO inicial de las mismas, de acuerdo al Anexo N° 6. La Oferta Económica deberá indicar:

- a Pago Anual por Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento (PAO). Oferta económica presentada por el Postor por concepto del pago al que se refiere el Numeral 1.2.48

Este monto constituye el aporte anual que el Estado pagará al Concesionario, una vez que haya recibido la obra concluida, en los términos indicados en el Contrato de Concesión.



A

Interoceánica Sur, es decir, el concepto por el cual se remunera la inversión ejecutada por la Concesionaria, en base a su Oferta Técnica cuya fuente directa es el estudio de factibilidad que incluye el proyecto referencial y las obras alternativas.

87. Al respecto, conforme a lo señalado en la cláusula 8.21 literal a) del Contrato de Concesión, y de acuerdo a lo estipulado en la oferta económica del Adjudicatario (Concesionario), el Concedente se obliga a pagar el Pago Anual por Obras (PAO), que es una cuota anual que asciende a la suma de Cuarenta Millones y Seiscientos Ochenta y Dos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 40 682 000.00), por el plazo de quince (15) años de la Concesión, correspondiente a la etapa de Construcción.
88. La obras previstas en las Bases y el Contrato de Concesión están divididas en tres Etapas, tanto financieramente como físicamente, tal como se muestra en las secciones VI (Obras de Construcción) como en la sección VIII (Régimen Económico) del Contrato de Concesión:
- 1ª etapa: 29% de la inversión³⁷.
 - 2ª etapa: 38% de la inversión.
 - 3ª etapa: 33% de la inversión.

VII.3.3 Sobre el ajuste al PAO

89. De acuerdo con el Contrato de Concesión, el PAO sólo puede ser ajustado por los siguientes conceptos:
- Variaciones de metrados (en adelante, VM).
 - Fórmula polinómica de variación de precios de insumos de la construcción.
 - Ajuste por tasa de interés.
90. Sobre el particular, la cláusula 6.4.A.1 del Contrato de Concesión, referida a las VM, precisa que "se refiere a trabajos que supongan un aumento o disminución de metrados respecto de los contemplados en el Expediente Técnico presentado por el Postor en la etapa del concurso."
91. De la cláusula la cláusula 6.4.A.2, antes citada en esta sección, podemos desprender las siguientes conclusiones:
- Cuando se presenten variaciones de metrados, conforme lo establecido en la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2007-CD-OSITRAN, el Regulador tiene la obligación de valorizarlas de acuerdo al Numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.
 - Al final de la etapa y siempre y cuando las VM netas no excedan el 10% del PAO de la misma, el Regulador efectuará el ajuste al PAO de dicha Etapa, poniendo en conocimiento al Concedente el monto final originado por las variaciones de metrados (valorización de la VM), el mismo que será calculado como un monto adicional al PAO de la Etapa (ajuste del PAO de la Etapa) y pagado en cuotas anuales por 15 años, conjuntamente con cada cuota anual correspondientes al PAO de dicha Etapa.
 - Por otro lado, siendo el compromiso del Concesionario el financiar el Hito de Avance de Obra (capital de trabajo) de acuerdo al Numeral 3 del Anexo XI del

³⁷ En función al presupuesto contemplado en el Proyecto Referencial (2.2.1 Anexo VIII del Contrato de Concesión).



Contrato, se genera el derecho a la emisión de los Certificados de Avance de Obra (CAO) de acuerdo al Numeral 2 del Anexo IX del Contrato de Concesión³⁸. Asimismo, considerando la naturaleza de las Obras de Construcción³⁹, la ejecución de las mismas hasta alcanzar un Hito, involucra que:

- a. El Concesionario ejecutará las Obras cubiertas por el PAO de la Etapa (...hasta el límite previsto en el Presupuesto del Concedente señalado en el Expediente Técnico, definición de Obras de Construcción) y,
 - b. El Concesionario ejecutará las Obras que corresponderán a las VM, las cuales serán reconocidas como ajustes adicionales al PAO de la Etapa (conforme a lo señalado en la Cláusula 6.4.A.1 i y 6.4.A.2 i., definición de Obras de Construcción).
- iv.- Tal como lo establece el Anexo XII del Contrato de Concesión, en la emisión del CAO el Regulador debe indicar: (i) el cumplimiento del Hito (compromiso de inversión del Concesionario) y (ii) el equivalente en porcentaje de avance de las obras de la Etapa (en adelante Hito),
- v.- En virtud de lo establecido por los Anexos IX, XI y XII del Contrato de Concesión el Regulador determinó el mecanismo para la emisión del CAO sobre la base de:
- a. Calcular el avance de las Obras sobre la base del Presupuesto del Expediente Técnico, y
 - b. Calcular el avance de las Obras sobre la base del monto a ser reconocido por VM, aplicando para ello la Resolución de Consejo Directivo 059-2007-CD-OSITRAN.
- vi.- Tal como se indica en los puntos precedentes, de no exceder el 10% del PAO de la Etapa, el Regulador determina el ajuste del PAO al final de dicha Etapa, comunicando al Concedente a cuánto ascendería al ajuste del PAO de la misma.
- vii.- Por otro lado, el Contrato de Concesión establece que, una vez finalizada cada Etapa, y cuando las VM netas superen el 10% del PAO, la decisión de ajustar el PAO de cada Etapa (sobre el 100% del PAO de cada una de las Etapas) corresponde al Concedente. Como lo establece el Contrato de Concesión, el Concedente tiene la potestad de evaluar en forma integral las obras ejecutadas y las obras pendientes por ejecutar, de acuerdo al Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID)⁴⁰, a fin de decidir si:
- a. Autoriza la construcción de las obras de cada etapa, reconociendo un incremento adicional al PAO (se entiende de la etapa); o,

³⁸ "Al término de cada Hito de avance de Obra (...), a solicitud del Concesionario el Regulador emitirá un Certificado de Avance de Obra (CAO) que dará derecho al Concesionario a una proporción del PAO"

³⁹ "Obras de Construcción"

Es el resultado de los trabajos de Construcción correspondientes a la Primera, Segunda y Tercera Etapa que son ejecutados en los plazos previstos en el Contrato, o es su caso, que son ejecutados hasta el límite previsto en el presupuesto del Concedente señalado en el Proyecto Referencial, conforme a lo señalado en la Cláusula 6.4.A.1 i y 6.4.A.2 i

Asimismo involucra a los bienes a ser utilizados, operados, explotados y/o mantenidos por el Concesionario para la operación y el mantenimiento de la Concesión, bajo los términos del Contrato de Concesión."

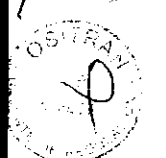
⁴⁰ Contrato de Concesión IIRSA Sur Tramo 4

"Definiciones

1.6.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Proyecto de Ingeniería de Detalle.- Son los proyectos de ingeniería definitivos que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO sobre la base del Expediente Técnico. Estos deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 6.5 del Contrato y Anexo XI según corresponda."



AA

- b. *Determinar las obras pendientes de cada etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente, en cuyo caso el CONCESIONARIO queda liberado de toda responsabilidad respecto de las Obras pendientes de ejecución.*

92. Por otro lado, el Numeral 4 del Anexo IX precisa lo siguiente:

"Procedimiento de ajuste del PAO

- a) *Las valorizaciones de los incrementos o disminuciones netos de metrados en la ejecución de la Obra generarán variaciones del PAO, equivalentes a quince (15) cuotas anuales iguales (anualidades), calculadas con una tasa de interés anual de LIBOR a seis meses más un spread de 3%.*
- b) *Las cuotas antes indicadas serán sumadas o disminuidas al PAO. Estos ajustes al PAO se realizarán al final de cada etapa de Construcción."*

93. En atención a lo expuesto, las valorizaciones de las VM no generan por sí misma un ajuste al PAO. Así, para que éste sea objeto de un ajuste, es necesario seguir el procedimiento que se menciona en la Cláusula 6.4.A.2. del Contrato de Concesión, ya que las valorizaciones tienen por finalidad establecer qué porcentaje de la obra se viene realizando, medido a través del PAO.

94. Ahora bien, debe resaltarse los efectos por la aplicación de la Ley N° 29309, publicada el 31 de diciembre de 2008, norma que declara de necesidad pública y de preferente interés nacional la continuación de la ejecución de los tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil. Al respecto, los artículos 3° y 4° de esta ley prescriben lo siguiente:

"Artículo 3.- Modalidad de ejecución de las obras

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dentro del plazo de noventa (90) días a partir de la promulgación de la presente Ley, evalúa y determina la modalidad bajo la cual se continuarán y culminarán las obras de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil - IIRSA SUR, luego de haberse agotado el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), según los contratos vigentes, pudiendo optar por la modalidad de licitación pública o por la continuación de las obras por el concesionario."

"Artículo 5°.- Autorización para modificaciones contractuales

Sí, en razón de la evaluación que autoriza esta ley, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones optase por continuar las obras con los concesionarios, estará facultado a negociar y acordar la modificación de los respectivos contratos de concesión en los aspectos que fueran necesarios para asegurar la continuidad y culminación de las obras respectivas."

[El Subrayado es nuestro]

95. Como puede advertirse de la presente norma, para su aplicación, resulta necesario que se agote el cien por ciento (100%) del PAO. En ese orden de ideas, la ejecución de las obras (construcción) se realizarán hasta el límite del PAO, es decir, hasta que éste se agote. Así, las obras no cubiertas por el PAO, tendrán un financiamiento distinto del PAO, en virtud de la Ley N° 29309. Como puede apreciarse, no se pueden realizar nuevos ajustes al PAO.

96. Cabe resaltar que la citada norma, oficializa la decisión del Estado no solo de continuar con la construcción de las obras sino de culminar la Carretera Interoceánica Sur, Tramos 2, 3 y 4, destinándose fondos nuevos, diferentes al PAO, para tal



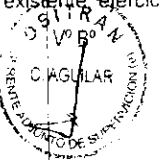
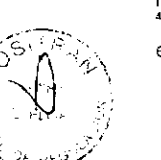
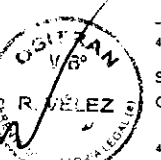
propósito⁴¹. En ese mismo sentido, el Concedente señala en la Adenda propuesta que: "(...) en aplicación de la Ley N° 29309, el PAO contractual no será ajustado por los conceptos señalados en el Numeral 4 del Anexo IX y en consideración a la Compensación entre partidas que permite liquidar el PAO contractual, entonces, todos los metrados ejecutados que se han incluido para cubrir el 100% del PAO contractual, se considerarán equivalentes (...)".

97. Ahora bien, la decisión del Concedente de no ajustar el PAO, aplicando la Ley N° 29309, debe entenderse que no tiene efecto retroactivo. En atención a lo expuesto, a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, el PAO no podrá ajustarse sin embargo, si anteriormente a la entrada en vigencia de la ley, existieron ajustes al PAO, éstos deberían de respetarse, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica.
98. En ese sentido, a fin de determinar cuál es el saldo de la inversión vinculada al PAO contractual en el tramo 3, se debe determinar si antes de la vigencia de la norma se realizaron ajustes del PAO, de acuerdo con lo establecido en el Numeral 6.4.A.2.
99. Con relación a la Primera Etapa de construcción, se ha llegado a establecer que el monto de inversión establecido en el Contrato de Concesión no ha superado el 29%, por lo tanto, no resulta posible concluir que se haya aplicado un ajuste de éste, puesto que no se ha cumplido con el requisito para que proceda el ajuste por variación de metrados.
100. Con relación a la Segunda Etapa de construcción, se llegó a establecer que existe una variación de metrados del orden de 65.589307%⁴² por encima del porcentaje del PAO destinado para dicha Etapa. En este sentido, considerando que existe una variación mayor del 10% del PAO de dicha Etapa, en aplicación de la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, corresponde exclusivamente al Concedente ejercer su potestad de incrementar el PAO o de ser el caso, determinar las obras pendientes de cada etapa con el presupuesto existente.
101. En el ejercicio de la facultad conferida en la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, el Concedente mediante Oficio N° 1141-2008-MTC/25 comunicó al OSITRAN su decisión de incrementar el PAO de la segunda etapa, para lo cual señaló que utilizaría el presupuesto de la tercera etapa, lo cual contractualmente no conlleva a reducir el presupuesto de las demás etapas para mantener inalterable el PAO.
102. Sobre esta decisión, no existe controversia alguna sobre la manifestación de voluntad del Concedente para ajustar el PAO de la segunda etapa⁴³, supuesto que se encuentra establecido en el Contrato de Concesión.
103. Con relación al PAO de la tercera etapa, actualmente sigue en ejecución y hasta el último CAO emitido, CAO N° 22, de marzo de 2009, éste llega hasta el 3.88% (ver anexo II) del PAO destinado para dicha Etapa. Siendo esto así, a la fecha, el Concedente no podría haber manifestado su voluntad, asimismo, no podría ajustarse

⁴¹ A mayor abundamiento, si la norma hubiese deseado otorgar al MTC la decisión de ajustar el PAO, ésta lo hubiese señalado expresamente. Sin embargo, este supuesto no ha sido reconocido, siendo todo lo contrario, habiéndose previsto la continuación y culminación de las obras con cargo al agotamiento del PAO.

⁴² De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión se debió haber llegado al 38% del PAO en la Segunda Etapa y se ha llegado al 62.923937%.

⁴³ En caso la intención del Concedente no hubiese sido ajustar el PAO, éste debió determinar las obras pendientes de cada etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente en el ejercicio o decisión que no adoptó



Handwritten signature

el PAO, toda vez que la Ley N° 29309 ha determinado que no existirán nuevos ajustes.

104. En tal sentido, queda claro que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29309 y de la presentación de la propuesta de Adenda N° 5, i) se ha culminado la Segunda Etapa, ii) se ha superado el 10% del PAO de la Segunda Etapa y iii) el Concedente ha manifestado su voluntad de ajustar el PAO de las Segunda Etapa mediante Oficio N° 1141-2007-MTC/25, por lo tanto, sobre el ajuste al PAO sólo se puede afirmar que ha existido un único ajuste, que fue el realizado por el MTC en la segunda etapa, que significa un aumento al presupuesto de la Segunda Etapa de 65.589307%.

VII.3.4 Sobre los precios referenciales y los precios unitarios reales

105. En lo que respecta al recálculo de los CAOs emitidos y al nuevo presupuesto contemplado en el proyecto de Adenda, se propone valorizar todos los avances de obras como metrados del Expediente Técnico; precisando que los precios que pretenden aplicarles no son los precios referenciales, sino los precios unitarios reales y precios unitarios para subpartidas nuevas.
106. Sobre el particular, la cláusula 6.11 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"6.11.- Con una anticipación de treinta (30) Días al inicio de las Obras, el CONCESIONARIO deberá presentar al REGULADOR un Programa de Ejecución de Obras que incluya tiempos de ejecución de todas las Subpartidas relativas a la Obra correspondiente para su culminación, y que deberá considerar los metrados y los costos unitarios del presupuesto del Proyecto Referencial. El Programa de Ejecución de Obras deberá respetar los plazos máximos establecidos en los Anexos I, VIII y XI, y deberá ser presentado en medios magnéticos y físicos."

Sin perjuicio de lo anterior, el CONCESIONARIO presentará al REGULADOR un Programa de Ejecución de Obras ajustado, en un plazo de hasta 30 Días a partir de que:

- (i) el CONCEDENTE haya aprobado el Proyecto de Ingeniería de Detalle correspondiente a cada una de las etapas de Construcción del Tramo, en cuyo caso deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados y precios unitarios del Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado.
- (ii) el REGULADOR haya aprobado las Soluciones Técnicas propuestas por el CONCEDENTE o el CONCESIONARIO, de acuerdo con lo establecido en el Numeral 6.4.A.3 del Contrato de Concesión, en cuyo caso deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados y precios unitarios de las Soluciones Técnicas aprobadas;
- (iii) el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Adicionales y las mismas fueren asumidas por el CONCESIONARIO por mutuo acuerdo entre las Partes según lo dispuesto en las Cláusulas 6.35 a 6.39, y siempre que el mecanismo determinado por el CONCEDENTE para el pago de dichas Obras Adicionales sea mediante el ajuste del PAO, en cuyo caso el CONCESIONARIO deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados de las Obras Adicionales y en los precios unitarios determinados de común acuerdo entre las Partes;
- (iv) el CONCEDENTE, con la opinión previa del REGULADOR, aceptara la realización de Obras Accesorias por el CONCESIONARIO de acuerdo con lo establecido en las Cláusulas 6.46 y 6.47, y siempre que el mecanismo determinado por el CONCEDENTE para el pago de dichas Obras Accesorias sea mediante el ajuste del PAO, en cuyo caso el CONCESIONARIO deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados de las Obras



AA

Accesorias y en los precios unitarios determinados de común acuerdo entre las Partes."

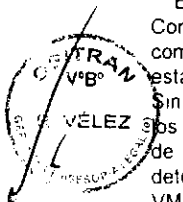
107. Como puede apreciarse de la cláusula antes citada, el Concesionario, en los primeros treinta (30) días del inicio de la ejecución de las obras, antes que se aprobara el Plan de Ingeniería de Detalle (PID), debió presentar un Plan de Ejecución de Obra (PEO) que incluya los metrados y precios del Proyecto Referencial (es decir, con precios y metrados referenciales).
108. Una vez aprobado el PID, el PEO tiene que ajustarse o adaptarse a lo establecido en dicho documento. En tal sentido, para el presente caso, de acuerdo con el literal (i) de la Cláusula 6.11, se deberá ajustar el PEO con base (sic) en los metrados y precios unitarios del PID aprobado.
109. A ese respecto, el Concedente en el punto 2.3 de su Informe N° 340-2009-MTC/25, señala que "(...) respecto al mecanismo par la expedición de los Certificados de Avance de Obra (CAO) como lo señala el Contrato, es el de realizar una primera valorización del "Hito" que respete los precios unitarios del proyecto referencial pero finalmente, una vez ajustado el Programa de Ejecución de Obra, deberá recalcularse a partir de los metrados y precios unitarios de dicho Programa de Ejecución de Obra ajustado, el mismo que a su vez, conforme a lo establecido en la cláusula 6.11 del Contrato de Concesión debe de considerar los metrados y precios unitarios del Proyecto de Ingeniería de detalle."
110. El ajuste al que se hace referencia en la cláusula analizada, no puede ser entendido en el sentido que su aplicación representa el uso de los precios unitarios reales a todos los metrados (referenciales y VM), sino que una vez que el Concedente aprueba el PID, se debe incorporar en el PEO los precios unitarios reales referidos a las variaciones de metrados, (conforme lo establece la cláusula 6.4) que incluyen: variaciones de metrados propiamente dicha, soluciones técnicas, movimiento de tierras y subpartidas nuevas. Por lo tanto, debe entenderse que los metrados referenciales deben valorizarse a precios referenciales⁴⁴. En el mismo sentido, el Concedente mediante Oficio N° 542-2007-MTC/25 concuerda con OSITRAN en este punto.
111. En este mismo sentido, el Libro Blanco del "Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramos 2, 3 y 4", registra como parte del proceso del concurso lo siguiente: (i) los metrados base válidos eran los correspondientes al estudio de factibilidad, (ii) los precios base corresponden al proyecto referencial, siendo éstos a suma alzada, (iii) los precios solamente se ajustan para las variaciones de metrados de las partidas correspondientes⁴⁵.

112. En atención a lo señalado en la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión y el Libro Blanco, cuando éste señala que el PEO debe ajustarse conforme con los precios unitarios, ésta se refiere únicamente a las VM, pero en ningún caso a los metrados referenciales, los que deben mantenerse con sus precios referenciales. En otras

⁴⁴ El tratamiento de los metrados referenciales y variaciones de metrados está claramente diferenciado en el Contrato de Concesión. La obligación del Concesionario era construir una determinada obra con el presupuesto del proyecto referencial, y como contraprestación, el Concedente se obligaba a pagar el PAO. Dicho presupuesto por el que se obligó el Concesionario está conformado por metrados referenciales y precios referenciales.

Sin embargo, al momento de elaborar el PID se verificó que la construcción de las obras representaba mayores metrados a los referenciales, mayores movimientos de tierra o nuevas subpartidas, contingencia prevista en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión. En virtud que sobre las VM el Concesionario no se había obligado, se establecieron diferentes formas de determinar los precios no previstos en el Presupuesto Referencial. De acuerdo al Contrato de Concesión, cuando se trata de VM los precios unitarios son establecidos por el Regulador, y, cuando se trata de movimiento de tierras y/o nuevas subpartidas se establecen por acuerdo entre las partes.

⁴⁵ Según Oficio N° 277/2005/CPI-RV/PROINVERSION de fecha 25 de julio de 2005



AA

palabras, el Contrato de Concesión divide la valorización dependiendo si se trata de Inversión Referencial o de Variación de Metrados, advirtiéndose precios establecidos o por establecer, de acuerdo a cada caso.

113. De conformidad con el Contrato de Concesión y lo señalado, no resulta congruente lo señalado en el Informe N° 310-2009-MTC/25 en el punto 4.2.a) en su séptimo párrafo: *"Según lo establecido en el Contrato de Concesión, inicialmente se emitirán los CAO's aplicando a los metrados ejecutados los Precios Unitarios referenciales, y la sumatoria los Gastos Generales y Utilidades Referenciales. El importe total de lo ejecutado se comparara con la Inversión Referencial Vinculada al PAO, obteniéndose un avance porcentual provisional"*. De acuerdo a los antecedentes analizados, se confirma que los Precios Referenciales no tienen naturaleza provisional o transitoria.
114. Adicionalmente, cabe indicar que el literal b.4) del Anexo IX del Contrato de Concesión precisa: *"En cumplimiento a lo señalado en la Cláusula 6.11, en la valorización de cada hito de avance de Obra, **deberá considerarse los metrados y los costos unitarios, según sea el caso, del presupuesto del Proyecto Referencial, del Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado, de las Soluciones Técnicas acordadas, de las Obras Adicionales, y/o de las Obras Accesorias**"*
115. En virtud de la cláusula anterior, el PEO se estructura programando metrados del Proyecto Referencial a Precios Unitarios Referenciales, las Obras Alternativas a valor de sumaalzada, las variaciones de metrados de las subpartidas del Proyecto Referencial a Precios Unitarios Reales, subpartidas nuevas a Precios Unitarios Nuevos.
116. Nuestra posición se ve reforzada con lo establecido en la Cláusula 6.4.A.4 del Contrato de Concesión: *"En caso el CONCESIONARIO encuentre sub-tramos en los que deban necesariamente ajustarse los metrados, debido a la identificación de materiales de corte que no corresponden al tipo de clasificación que aparece en el Expediente Técnico, el REGULADOR a través del supervisor de Obras, determinará la procedencia del reajuste, en cuyo caso se aplicará el siguiente procedimiento:*
- 1) Se valorizará el sub-tramo sujeto a variación de acuerdo a los metrados y Subpartidas presupuestales del Expediente Técnico y los precios unitarios contemplados en el Proyecto Referencial.
 - 2) Se valorizarán las diferencias de metrados y las nuevas Subpartidas presupuestales a precios unitarios reales, conforme a lo indicado en el Numeral 3 del Anexo IX del Contrato.
 - 3) El valor de estas Obras estará dado por los metrados de la parte correspondiente del Expediente Técnico señalado en el Acápito 1), al que se le deberá agregar o disminuir, según corresponda, el monto obtenido en el Acápito 2)."

117. Como se advierte, el Contrato de Concesión a diferenciado con claridad que los metrados y subpartidas del Expediente Técnico deben valorizarse con los Precios Unitarios del Proyecto Referencial; mientras que las variaciones de metrados y las subpartidas nuevas a Precios Unitarios Reales y Precios Unitarios Nuevos correspondientemente⁴⁶.

⁴⁶ Mediante Oficio N° 211-2009-SG/PROINVERSION Del 2 de abril del 2009, PROINVERSION remite el Libro Blanco Correspondiente al proceso de concesión de los tramos 2, 3 y 4 del Corredor Interoceánico Perú-Brasil [Oficio N° 277/2005/CPI-RV/PROINVERSIÓN, del 25 de julio del 2005, paginas 6 al 8 y el Oficio N° 267/2005/CPI-RV/PROINVERSIÓN, del 14 de julio del 2005, pagina 4].



A

118. En esa misma línea de razonamiento, cabe señalar que el Concedente, mediante Oficio N° 542-2007-MTC/25, de fecha 30.nov.2007, ha señalado: "... La aprobación de los Precios Unitarios Reales, considerando costos directos, Gastos Generales y Utilidad se vuelven importantes y relevantes en el costo, solo en el caso que haya variación de unidades o mayores metrados respecto al Proyecto Referencial ..."
119. Asimismo, el Concedente señala en el octavo párrafo que "(...) cuando se cuente con el Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) parcial o total, se ajustará el Programa de ejecución de Obras (PEO) con el objeto que los CAO's que se emitan se calculen con los Precios Unitarios Reales, a cuyo valor total se le compara con la Inversión Real Vinculada al PAO. Esto dará lugar a que se recalculen todos los CAO's emitidos anteriormente, a los cuales se les aplicarán los Precios Unitarios Reales." Sobre el particular, similar al caso anterior, no cabe interpretar que el recálculo de los CAOs emitidos implique la eliminación de los precios unitarios referenciales, por ser contrario al Contrato de Concesión. Si bien el inciso 2.c del Anexo IX del Contrato de Concesión permite un recálculo de los CAOs, a partir de una modificación del PEO, este hecho no habilita una modificación de los precios referenciales por los precios reales, para valorizar los metrados del Expediente Técnico.

VII.3.5 El Hito

120. De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, el Hito:

"Es el conjunto de avances de obra en las subpartidas del Programa de Ejecución de Obras cuya sumatoria resulte en un monto no menor al capital de trabajo previsto en el Numeral 3 del Anexo XI, que permitirá la emisión de un CAO"

121. En lo que respecta al capital de trabajo necesario que permita la emisión de un CAO, el Numeral 3 del Anexo XI

" (...) El CONCESIONARIO dispondrá de un capital de trabajo suficiente para el inicio de la Construcción de las Obras, el mismo que no podrá ser inferior a US\$16'000,000.00 (Diez y Seis Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América). (...)"

122. Por lo expuesto, para la emisión de cada uno de los CAOs se exigía cumplir con presentar una inversión mínima de US\$ 16 MM. En la VPF no se establece ninguna inversión mínima para efectos de valorización.

123. Adicionalmente a lo señalado, debe tenerse presente que el Hito es una obligación que se encuentra vinculada al monto de Inversión Referencial, por lo cual en caso se modifique el monto de Inversión Referencial, o sea necesaria la ampliación del presupuesto de las obras se deberá adecuar las obligaciones que se derivan, ello con la finalidad de mantener el equilibrio contractual entre las partes.

124. No obstante lo anterior, cabe reconocer que la eliminación del Hito, permite reducir los costos de transacción vinculados al procedimiento del reconocimiento de las inversiones.

VII.3.6 Las Garantías

125. Debe tenerse presente que las garantías de fiel cumplimiento (cláusulas 9.2 y 9.3 del Contrato de Concesión), son obligaciones que se encuentran vinculadas al monto de Inversión Referencial y al pago que recibe el Concesionario por la Obra realizada.



AA

126. Sobre el particular, la presente propuesta no efectúa ningún planteamiento. Dado que la propuesta de quinta Adenda constituye la continuación de las labores de Construcción de Obras por parte del Concesionario, cuyo volumen y presupuesto se han visto incrementado, se debiera adecuar dichas obligaciones de manera que se respete la condiciones económicas y el equilibrio económico-financiero, en concordancia con lo establecido en la Sección XVII del Contrato de Concesión.

VII.3.7 La Revisión de las Variaciones de Metrados Aprobadas

127. El Cuarto párrafo de la Cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, respecto al procedimiento para el pronunciamiento del Regulador y disposiciones comunes sobre variaciones de metrados y otros, el Concedente se obligó a no solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo. En efecto, el Contrato establece:

"... En los casos que el REGULADOR haya aceptado las modificaciones propuestas por el CONCESIONARIO, éste se hace completamente responsable por dichas Obras en la etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde los cambios propuestos por él fueron aceptados por el CONCEDENTE y ejecutados por el CONCESIONARIO."

[El Subrayado es nuestro]

Por tanto, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, el Concesionario asume la responsabilidad de la solución por él propuesta. En tal sentido, se *"hace completamente responsable"* de la Obra, no pudiendo, por tanto exigir un reconocimiento de obra o CAO (o una adición al mismo) sobre aquellas Obras modificadas por el CONCESIONARIO y aprobadas por el Concedente⁴⁷.

128. De acuerdo a lo señalado en el propio texto del Contrato de Concesión, cuando existió la necesidad de ejecutar variaciones de metrados, las soluciones propuestas por el Concesionario con la conformidad de OSITRAN y la respectiva aprobación del Concedente y con el correspondiente acuerdo de los costos entre las Partes, es el Concesionario quien asume la responsabilidad de la solución por él propuesta. En tal sentido, se *"hace completamente responsable"* de la Obra, no pudiendo exigir un CAO (o una adición al mismo) sobre aquellas Obras modificadas ya por el CONCESIONARIO ante su solicitud y con aprobación del Concedente, tal como se desprende indubitablemente de la cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión. En otras palabras, el Concesionario asume el riesgo de diseño y construcción por las soluciones propuestas por él mismo.
129. En ese orden de ideas, no existe vacío contractual, ni incertidumbre respecto de la obligación de la Concesionaria, ni tampoco mayor sustento para modificar el riesgo que asumió la Concesionaria por la ejecución de la obra propuesta, por lo que no cabe hacer precisiones, tal como lo proponen las Partes⁴⁸.

⁴⁷ Asimismo, sobre este aspecto, Kerf (1998)⁴⁷ señala que los errores en el diseño (estudio de ingeniería) y construcción a cargo del Concesionario son responsabilidad de éste.

⁴⁸ En el numeral 4.6 del Informe N° 310-2009-MTC/25 se señala que *"cuando las soluciones de ingeniería inicialmente proyectadas tengan que ser reconstruidas o cambiadas por otras, y aun estas no sean suficientes estaremos frente a una situación no prevista en el Contrato de Concesión.*

Para lo cual se hace necesario hacer las precisiones del caso en la Cláusula 6.4.A.5 del Contrato de Concesión".



130. El establecimiento de nuevos derechos a favor del Concesionario sobre este concepto, alteraría la asignación de riesgos del Contrato de Concesión y por ende el equilibrio económico del mismo, en la medida que el Concedente debería cubrir un costo que no se encontraba estipulado originalmente en el diseño del Proyecto.

VII.3.8 Etapas del Pago Anual por Obras

131. Tal como lo establece el Contrato de Concesión en su Cláusula 8.21, inciso a), "Régimen Económico: Aportes al CONCESIONARIO" el CONCEDENTE se comprometió a desembolsar los obras por realizar en tres etapas.

"a) Pago Anual por Obras (PAO): Cuota anual que asciende a la suma de US\$ 40 682 000,00 (Cuarenta Millones y Seiscientos Ochenta y Dos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por un plazo de quince (15) Años de la Concesión, correspondiente a la etapa de Construcción, a partir de la verificación de los plazos que se señalan en los literales e), g) e i) de la Cláusula 8.23, según ha sido presentado y aceptado por el CONCEDENTE, de acuerdo al modelo a que se refiere el Anexo 6, Sobre 3, Modelo de Carta de Presentación de Oferta Económica y al que se hace referencia en la Cláusula 7.2.1. de las Bases.

La proporción del PAO correspondiente a cada Etapa será equivalente a:"

Etapas	Porcentajes de Etapas
Primera Etapa	29 % del PAO
Segunda Etapa	38 % del PAO
Tercera Etapa	33 % del PAO"

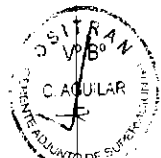
132. En ese sentido, el CONCEDENTE se obligó a aceptar los avances de obra y la Inversión Referencial en tres Etapas, de la siguiente forma: (i) Primera Etapa, a los 18 meses desde la fecha de Inicio de la Construcción de la Primera Etapa; (ii) Segunda Etapa, a los 36 meses desde la fecha de Inicio de la Construcción de la Primera Etapa; y (iii) Tercera Etapa, a los 54 meses desde la fecha de Inicio de la Construcción de la Primera Etapa, tal como lo establece la Cláusula 8.23 incisos e), g) e i) del Contrato de Concesión

133. Los Literales e), g) e i) de la Cláusula 8.23. del Contrato de Concesión establecen que las proporciones del PAO de cada Etapa se cancelarán en plazos diferenciados:

"e) Una La parte proporcional del Pago Anual por Obras (PAO) correspondiente a la Primera Etapa, de acuerdo a lo establecido en el literal a) de la Cláusula 8.21 será pagada mediante cuotas semestrales iguales y consecutivas el 30 de abril y 30 de octubre de cada año (cada una de ellas "Fecha de Pago"). La primera cuota será pagada en la primera Fecha de Pago luego de transcurridos dieciocho (18) meses desde la Fecha de Inicio de la Construcción de la Primera Etapa. En caso de emitirse un CAO correspondiente a la Primera Etapa con posterioridad al vencimiento del plazo de doce (12) meses desde la Fecha de Inicio de la Construcción de la Primera Etapa, los CRPAO que dicho CAO originen se empezarán a pagar en la Fecha de Pago más próxima a su emisión.

(...)

g) La parte proporcional del Pago Anual por Obras (PAO) correspondiente a la Segunda Etapa, de acuerdo a lo establecido en el literal a) de la Cláusula 8.21 será pagada mediante cuotas semestrales iguales y consecutivas contenidas en los CRPAO, a la Fecha de Pago. El pago correspondiente a los primeros CRPAO se efectuará en la primera Fecha de Pago luego de transcurridos: i) treinta y seis (36) meses desde la Fecha de Inicio de la Construcción de la Primera Etapa, o; ii) seis (6) meses del plazo previsto para la terminación de la Segunda Etapa, indicada por el



Handwritten signature

CONCESIONARIO con arreglo a lo señalado en el Programa de Ejecución de las Obras a que se refiere el numeral 1 del Anexo XI, lo que ocurra primero. En caso de emitirse un CAO correspondiente a la Segunda Etapa con posterioridad al vencimiento del plazo antes señalado, los CRPAO que dichos CAO originen se empezarán a pagar a partir de la Fecha de Pago más próxima a su emisión (...)

i) La parte proporcional del Pago Anual por Obras (PAO) correspondiente a la Tercera Etapa, de acuerdo a lo establecido en el literal a) de la Cláusula 8.21 será pagada mediante cuotas semestrales iguales y consecutivas contenidas en los CRPAO, a la Fecha de Pago. El pago correspondiente a los primeros CRPAO se efectuará en la primera Fecha de Pago luego de transcurridos: i) cincuenta y cuatro (54) meses desde la Fecha de Inicio de la Construcción de la Primera Etapa, o; ii) seis (6) seis meses del plazo previsto para la terminación de la Tercera Etapa, indicada por el CONCESIONARIO con arreglo a lo señalado en el Programa de Ejecución de las Obras a que se refiere el numeral 1 del Anexo XI, lo que ocurra primero. En caso de emitirse un CAO correspondiente a la Tercera Etapa con posterioridad al vencimiento del plazo antes señalado, los CRPAO que dichos CAO originen se empezarán a pagar a partir de la Fecha de Pago más próxima a su emisión." (El subrayado es nuestro).

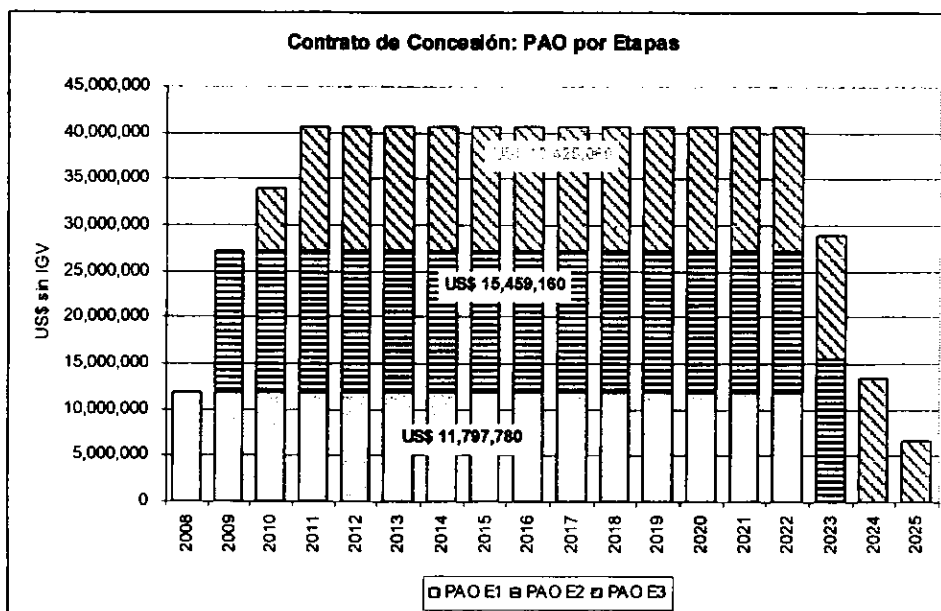
134. De acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión, las cuotas del PAO tendrían el esquema que se muestra en el Cuadro N° 1 y el Grafico N° 1.

Cuadro N° 1: Cuotas del PAO según el Contrato de Concesión

PAO	%	Anual	Semestral	Periodo
Etapa 1	29.00%	11,797,780	5,898,890	Abr 2008-Oct 2022
Etapa 2	38.00%	15,459,160	7,729,580	Abr 2009-Oct 2023
Etapa 3	33.00%	13,425,060	6,712,530	Oct 2010-Abr 2025
PAO Contrato		40,682,000		

Fuente: Contrato de Concesión
Elaboración: Contrato de Concesión

Grafico N° 1: Cuotas del PAO según el Contrato de Concesión



Fuente: Contrato de Concesión.
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.



135. En ese mismo sentido, la cláusula 6.4.A.5. establece que "En caso el CONCESIONARIO encuentre sub-tramos en los que deban ajustarse los metrados, debido a la necesidad de ejecutar Subpartidas no consideradas en el Expediente Técnico, el REGULADOR de considerarlo indispensable para la ejecución de las Obras, ordenará su ejecución. Para tal efecto, se valorizará el sub-tramo sujeto a variación, con los nuevos metrados y nuevas Subpartidas presupuestales, correspondiente al sub-tramo mencionado. (...)", por lo tanto, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, se estableció la posibilidad de la existencia de variación de metrados así como su valorización (medición de avance).
136. Por lo expuesto, las variaciones de metrados y partidas nuevas "per se", son supuestos contempladas en el Contrato de Concesión, razón por la cual su aparición y previa aprobación por parte del Concedente, no podría generar un desequilibrio económico.

VII.3.9 Procedimiento para la valorización del CAO

137. La inversión mínima requerida en el Contrato de Concesión para la valorización de un CAO es un Hito, tal como lo indica la cláusula 1.6. y el numeral 3 del Anexo XI del Contrato de Concesión, el Hito asciende a US\$ 16 MM, en tanto que el Pago Anual por Obras (PAO) representa US\$ 40 682 000.00, tal como lo establece el literal a) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión. Con respecto a la Inversión Referencial, ésta asciende a US\$ 274 575 416.12 (metrados de proyecto referencial a precios unitarios referenciales).
138. De acuerdo al procedimiento detallado en el Anexo I para la valorización del CAO, y tal como se muestra en los cuadros adjuntos, a la fecha se han valorizado 22 CAOs, con una Inversión Referencial que ha alcanzado el 68.98% del PAO Contractual, lo que representa US\$ 189 411 044.92 mientras que la Variación de Metrados ha alcanzado un avance de 25.08% correspondiente a una inversión de US\$ 94 059 505.25.
139. Asimismo, con el CAO N° 7 se ha alcanzado el total del PAO correspondiente a la Primera Etapa, sin variaciones netas de metrados, lo que equivale a una inversión de US\$ 80.9 MM. Con relación a la Segunda Etapa, al CAO N° 21 se ha alcanzando el 165.59% del PAO de la etapa, equivalente a US\$ 185.2 MM, mientras que con respecto a la tercera etapa, al CAO N° 22 se ha alcanzando el 3.88% del PAO de la etapa, equivalente a US\$ 17.4 MM, para mayor detalle ver Anexo II.

Cuadro N° 2: Inversión del Tramo N° 3

N°	Etapas	CAO N°	Fecha Avance	Inversión							Bapa PAO	Bapa PAO	% Avance
				CAO %			Amort. Antic.	Actualización	CAO	Bapa Obra			
				Referencial	Var. Met.	Anticipos							
1	1	CAO N° 01-T3	31/05/2006	3.741223%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	3.741223%	12.900769%	13.970217%	7.792586%	
2	1	CAO N° 02-T3	29/06/2006	3.020291%	1.031072%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	4.051363%	13.970217%	13.970217%	7.792586%	
3	1	CAO N° 03-T3	29/11/2006	5.105990%	0.713135%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	5.819125%	20.065948%	20.065948%	13.611711%	
4	1	CAO N° 04-T3	25/02/2007	5.437522%	0.452180%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	5.889602%	20.308972%	20.308972%	13.501313%	
5	1	CAO N° 05-T3	25/04/2007	3.245314%	2.182100%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	5.427814%	18.716600%	18.716600%	24.529127%	
6	2	CAO N° 06-T3	19/05/2007	0.000000%	0.000000%	5.985109%	0.000000%	0.000000%	5.985109%	0.000000%	15.481121%	30.814233%	
7	1	CAO N° 07-T3	25/07/2007	2.054866%	1.432880%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	3.487746%	12.026814%	12.026814%	28.416903%	
8	2	CAO N° 08-T3	25/07/2007	0.765142%	0.306335%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.871477%	2.362584%	2.362584%	25.229101%	
9	1	CAO N° 09-T3	05/12/2007	4.114180%	0.022186%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	4.136366%	14.634434%	14.634434%	15.385141%	
10	1	CAO N° 10-T3	21/02/2008	0.212034%	0.250307%	0.000000%	0.440176%	0.000000%	0.702517%	5.074726%	13.570302%	14.146718%	
11	2	CAO N° 11-T3	25/12/2007	5.317952%	1.055307%	0.000000%	0.371631%	0.000000%	6.744890%	13.058213%	13.058213%	46.255333%	
12	2	CAO N° 12-T3	28/04/2008	1.514248%	1.321581%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	2.835829%	10.268377%	10.268377%	31.162755%	
13	2	CAO N° 13-T3	25/04/2008	0.518819%	0.515415%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	1.034234%	4.039524%	4.039524%	11.861916%	
14	2	CAO N° 14-T3	11/04/2008	2.017111%	2.168161%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	4.185272%	10.443896%	10.443896%	30.564926%	
15	2	CAO N° 15-T3	25/04/2008	3.398319%	3.363381%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	6.761700%	13.813296%	13.813296%	38.177749%	
16	2	CAO N° 16-T3	25/03/2008	3.395366%	3.363381%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	6.758747%	13.813296%	13.813296%	38.177749%	
17	2	CAO N° 17-T3	25/03/2008	4.155366%	4.155366%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	8.310732%	16.626592%	16.626592%	45.035498%	
18	2	CAO N° 18-T3	25/03/2008	4.155366%	4.155366%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	8.310732%	16.626592%	16.626592%	45.035498%	
19	2	CAO N° 19-T3	25/03/2008	4.155366%	4.155366%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	8.310732%	16.626592%	16.626592%	45.035498%	
20	2	CAO N° 20-T3	25/03/2008	4.155366%	4.155366%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	8.310732%	16.626592%	16.626592%	45.035498%	
21	2	CAO N° 21-T3	08/03/2009	1.162024%	1.162024%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	2.324048%	6.340412%	6.340412%	17.050131%	
22	2	CAO N° 22-T3	28/03/2009	1.644712%	1.644712%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	3.289424%	8.748560%	8.748560%	23.145101%	
Avance Acumulado				88.982497%	25.081120%	11.283774%	10.167249%	0.000000%	95.221994%				

Fuente: Gerencia de Supervisión - OSITRAN.
Elaboración: Gerencia de Supervisión - OSITRAN.



Handwritten signature.

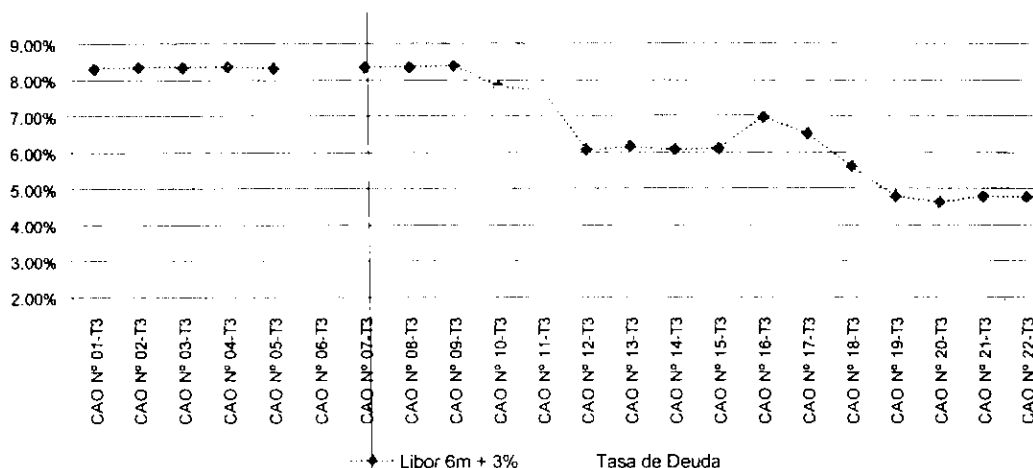
140. Con respecto a las variaciones netas de metrados, en la Primera Etapa no se han presentado variación netas de metrados con respecto al PAO de esta Etapa; en cambio, para la Segunda Etapa, hasta el CAO N° 22, la valorización incluye una variación neta de metrados de 65.59% con respecto al PAO de la etapa; en tanto que para la tercera etapa, hasta el CAO N° 23, no se han presentado variaciones netas de metrados al haber llegado al 3.88% de la etapa. Tal como se ha señalado, existe un ajuste al PAO correspondiente a la segunda Etapa del orden del 65.9% de la etapa.
141. Por lo señalado en el Contrato de Concesión y Anexo I del presente Informe, no resulta viable lo expresado por el Concedente en el párrafo décimo primero de su Informe N° 310-2009-MTC/25 en el punto 4.2.b): "(...) la valorización que se haga de la obra que no esté prevista en Expediente Técnico representará un menor valor respecto del PAO, por ello el avance del reconocimiento de éste último será más lento, por ello es necesario recuperar el equilibrio económico que se ha venido presentando y que el Concesionario y el Concedente en su oportunidad se les hizo conocer al Regulador (...)", ya que como se puede apreciar en la Sesión de Consejo Directivo N° 254-2007-CD⁴⁹, el Concedente expresó su opinión favorable sobre la forma de calcular las variaciones de metrados, en donde a la letra señala "(...) la metodología propuesta por OSITRAN busca evitar el descalce que se produciría al final de cada etapa, pues bajo la metodología actual, cuando llegue a la fecha de pago del PAO, la sumatoria de los CRPAO va a terminar siendo mucho mayor a lo que establecido en el numeral 4 del Anexo 9 del Contrato de Concesión."
142. En ese sentido, es preciso señalar, que cuando el Concedente indica que aquellas valorizaciones que no se encuentren en el Expediente Técnico representan un menor valor respecto del PAO, ello ocurre en virtud de que el Contrato de Concesión (Numeral 4 del Anexo IX) señala que las Variaciones de Metrados deben valorizarse a una tasa de Libor + 3 puntos, mientras que el Expediente Técnico se encuentra valorizado a una tasa de 7.7226%. Por lo tanto, dependiendo del movimiento de la Libor, será más favorable una valorización u otra, tal como se muestra en el Grafico N° 2.
143. Por lo anterior, y tal como se observa en el grafico adjunto, las valorizaciones de Variaciones de Metrados (Libor + 3) eran favorables al Concesionario hasta el CAO N° 10-T3 (Ver Grafico N° 2), ya que la tasa (Libor + 3%) era mayor a la que se valoriza la del Expediente Técnico; caso contrario, ocurre desde el CAO N°11-T3 hasta el CAO N°22-T3 (Ver Grafico N° 2), escenario donde la tasa de valorización del Expediente Técnico es superior a las Variaciones de Metrados.



⁴⁹ www.ositran.gob.pe



Grafico N° 2: Libor a 6 meses + 3 pts. & Tasa de Endeudamiento Máximo



Fuente: BBA, Contrato de Concesión
Elaboración: Gerencia de Regulación - OSITRAN

144. Es claro que el Contrato de Concesión asignó el riesgo de Variaciones de Metrados a las Partes, en el sentido que, ante la aparición de variaciones de metrados presentada por el Concesionario y aprobadas por el Concedente se hacía contractual su valorización a una tasa de *Libor a 6 meses + 3%*, tasa que fue acordada por las partes a la hora de firmar el Contrato de Concesión. Tal como se ha señalado, el OSITRAN ha venido valorizando los CAO's tal como el Contrato de Concesión lo exige, y con los riesgos que cada una de las partes ha asumido, por lo tanto, dada la asignación de riesgos del Contrato de Concesión, no es posible deducir lo señalado por el Concedente con relación a las valorizaciones de Variaciones de Metrados como parte del Expediente Técnico para supuestamente "recuperar el equilibrio económico", ya que no es posible que exista ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión como lo señala el Concedente.
145. Por consiguiente, la afirmación del Concedente acerca de que se "*es necesario recuperar el equilibrio económico que se ha venido presentando*" no tiene sustento en la asignación de riesgos del Contrato de Concesión, debido a que los reconocimientos de avances de Obra se efectúan conforme lo estrictamente estipulado en el Contrato de Concesión. Más bien, lo contrario, puede constituir una alteración del equilibrio económico-financiero a favor del Concesionario en las circunstancias propuestas. Asimismo, en el supuesto que se hubiese producido una ruptura del equilibrio económico, no se ha determinado el monto asociado a dicha ruptura.
146. Finalmente, este Organismo no ha recibido ninguna solicitud mediante el cual se solicite el restablecimiento del equilibrio económico por las causales señaladas en el Oficio N° 310-2009-MTC/25.

VII.3.10 La Transitabilidad

147. Tal como lo establece el Contrato de Concesión en su Cláusula 8.21, inciso a), "Régimen Económico: Aportes al CONCESIONARIO", el CONCEDENTE se obligó a pagar al CONCESIONARIO el Pago Anual por Obras (PAO), que corresponden a tres etapas⁵⁰ y el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO).

⁵⁰ "Régimen Económico: Aportes al CONCESIONARIO

8.21.- De acuerdo a lo estipulado en la oferta económica del Adjudicatario, el CONCEDENTE se obliga a pagar al CONCESIONARIO, en Dólares de los Estados Unidos de América, los siguientes conceptos señalados en los Acápites a) y b) por la Concesión que toma a su cargo.



148. Asimismo, el inciso c) de la Cláusula 8.21 del Contrato de Concesión detalla cómo se compensarán los costos derivados para mantener la Transitabilidad durante el período de construcción de las Obras:

"c) Costo de Transitabilidad durante el período de Construcción de las Obras: El CONCESIONARIO deberá mantener la transitabilidad en todo el Tramo, desde el inicio de esta actividad y hasta la fecha de culminación de la etapa de Construcción de Obras. Para tal efecto, se entenderá que existe transitabilidad, cuando todo tipo de vehículo pueda desplazarse por todo el tramo sin restricción alguna y a los 12 meses alcance como niveles de servicio las velocidades medias durante toda la etapa de Construcción, conforme está establecido en el Plan de Transitabilidad.

EL CONCEDENTE reconocerá a favor del CONCESIONARIO, un monto no mayor de US\$ 12 458 780,00 (Doce Millones Cuatrocientos Cincuenta y Ocho Mil Setecientos Ochenta y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de trabajos destinados a mantener la transitabilidad de los sectores del Tramo en los cuales no se ejecuten Obras durante el período de Construcción. Los montos antes señalados no incluyen el Impuesto General a las Ventas (...)."

[El Subrayado es nuestro]

149. De acuerdo al Contrato de Concesión, debemos entender a la transitabilidad como los trabajos realizados por el Concesionario destinados a que todo tipo de vehículo pueda desplazarse por todo el tramo concesionado en los cuales no se ejecutan obras durante el periodo de construcción.
150. A efectos de precisar el alcance de la Transitabilidad, resulta conveniente señalar las definiciones de "Obras de Construcción" y de "Inicio de las Construcción o Fecha de Inicio de la Construcción" que se desarrollan en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión:

"Inicio de la Construcción o Fecha de Inicio de la Construcción"

Es la fecha en la cual se inician las Obras correspondientes a cada una de las etapas de Construcción del Contrato, una vez verificados los supuestos establecidos en la Cláusula 6.13.

(...)

Obras de Construcción

Es el resultado de los trabajos de Construcción correspondientes a la Primera, Segunda y Tercera Etapa que son ejecutados en los plazos previstos en el Contrato, o en su caso, que son ejecutados hasta el límite previsto en el presupuesto del CONCEDENTE señalado en el Proyecto Referencial⁵¹, conforme a lo señalado en la Cláusula 6.4.A.1.i y 6.4.A.2.i

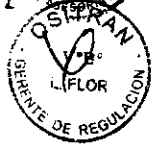
a) Pago Anual por Obras (PAO): Cuota anual que asciende a la suma de US\$ 40 682 000,00 (Cuarenta Millones y Seiscientos Ochenta y Dos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por un plazo de quince (15) Años de la Concesión, correspondiente a la etapa de Construcción, a partir de la verificación de los plazos que se señalan en los literales e), g) e i) de la Cláusula 8.23, según ha sido presentado y aceptado por el CONCEDENTE, de acuerdo al modelo a que se refiere el Anexo 6. Sobre 3, Modelo de Carta de Presentación de Oferta Económica y al que se hace referencia en la Cláusula 7.2.1. de las Bases.

La proporción del PAO correspondiente a cada Etapa será equivalente a:

Primera Etapa	29% del PAO
Segunda Etapa	38% del PAO
Tercera Etapa	33% del PAO

(...)

⁵¹ Debe indicarse que con la Adenda N° 4 suscrita por las Partes con fecha 16 de julio de 2007, se determinó que las variaciones de metrados que serán objeto de reconocimiento y compensación por parte del Concedente se determinarán en base a lo establecido en el Expediente Técnico y no respecto al Proyecto Referencial. Por tanto, para entender el alcance de la definición de "Obras de Construcción" se debe considerar las modificaciones realizadas con la Adenda N° 4.



AA

Asimismo involucra a los bienes a ser utilizados, operados, explotados y/o mantenidos por el CONCESIONARIO para la operación y el mantenimiento de la Concesión, bajo los términos del Contrato de Concesión."
[El Subrayado es nuestro]

151. A su vez, el Contrato de Concesión describe las Obras de la siguiente manera:

"6.1.- El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras de Construcción, correspondientes a la Concesión del Tramo, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII. Las Obras de Construcción, serán ejecutadas en tres etapas, conforme a lo que se señala en el Anexo VIII y en el Anexo XI.

Sin perjuicio de lo señalado en el Anexo VIII, las Obras correspondientes a cada una de las etapas de Construcción se ejecutarán en los siguientes plazos:

- Primera Etapa: La entrega de las Obras según los hitos señalados en el Anexo XI, se realizarán a más tardar a los doce (12) meses desde el Inicio de la Construcción, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.
- Segunda Etapa: A más tardar a los Treinta (30) meses desde el Inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.
- Tercera Etapa: A más tardar a los Cuarenta y ocho (48) meses desde el Inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.

Lo establecido en la presente cláusula prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe de lo señalado en la misma.

[El Subrayado es nuestro]

152. El numeral 2 de la Adenda N°1, suscrita con fecha 4 de febrero del 2006, se establece lo siguiente:

"2.2 Reconocer, como consecuencia de haber acordado anticipar la exigibilidad de la obligación de mantener la transitabilidad del Tramo, que la obligación que tiene el Concedente de pagar el Costo de Transitabilidad a que se refiere la Cláusula 8.21 c) del Contrato es exigible a partir del 8 de setiembre de 2005. Por tanto, el pago de la primera cuota semestral se devengará a los seis meses de esa fecha

2.3 Reconocer al Concesionario, como consecuencia de haber accedido anticipar el inicio de las Actividades con anterioridad a la Fecha de Vigencia de las Obligaciones, el derecho a ser indemnizado por los costos incurridos en dichas labores, en el supuesto de que el Contrato termine por la causal prevista en el literal d) de la cláusula 14.6 del Contrato⁵², con anterioridad al inicio de la Construcción de Obras.

(...)

2.5 Declarar que los derechos y obligaciones de las Partes respecto de cada una de la Actividades que se realice con anterioridad a la Fecha de Vigencia de las Obligaciones se regirán por lo dispuesto en el Contrato. Sin perjuicio de ello, nada de lo acordado en la

⁵² El literal d) de la Cláusula 14.6 del Contrato de Concesión señala que habrá incumplimiento grave de las obligaciones del Concedente, y por tanto la potestad del Concesionario de poner término anticipado del Contrato, cuando aquél incumpla lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 3.3 con relación al instrumento financiero señalado en la Sección XVIII (Línea de Crédito o de Enlace).



presente Addenda supone ni puede interpretarse de manera tal que permita anticipar la exigibilidad para las Partes de las demás obligaciones contenidas en las Secciones VI, VII, VIII, XI y en los Anexos I y XI del Contrato, las cuales permanecen inexigibles para las Partes hasta que se cumplan con todas y cada una de las condiciones previstas en el Contrato para que se configura la Fecha de Vigencia de las Obligaciones."

153. Mediante Carta N° 080-CIST3-OSITRAN de fecha 31 de agosto del 2006, la empresa concesionaria señala al Regulador "(...) que la Fecha de Inicio de la Construcción es el 6 de julio de 2006", por lo tanto y de acuerdo a lo indicado en las Cláusulas 1.6 y 6.1 del Contrato de Concesión, las etapas de construcción (Primera, Segunda y Tercera Etapa) se iniciaron el 6 de julio de 2006, y concluyen el 06 de julio de 2010.
154. En atención a lo expuesto, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, y la Adenda N°1, el Costo de Transitabilidad debe ser asumido por el Concesionario durante el periodo de Construcción de las Obras, por un monto no mayor de US\$ 12 458 780,00, por un periodo de cuatro (4) años, el cual será compensado por el Concedente de acuerdo al cronograma establecido en el literal c) de la Cláusula 8.21 del Contrato de Concesión. Cabe mencionar que el riesgo de construcción depende exclusivamente del Concesionario, por lo que cualquier demora no implica "per se" un reconocimiento adicional por concepto de transitabilidad.
155. Cabe agregar que, sobre lo señalado previamente, mediante Oficio N° 339/2005/CPI- IOS/PROINVERSIÓN de fecha 12 de setiembre de 2005 dirigido al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dicho Organismo establece indubitablemente que el monto de transitabilidad constituye un presupuesto máximo⁵³.
156. En virtud de la Adenda N°1 y lo señalado en el Contrato de Concesión, el reconocimiento de la transitabilidad es exigible al Concesionario desde el 8 de setiembre del 2005, hasta cuatro (4) años después de dicha fecha (8 de setiembre del 2009), para periodos posteriores a dicha fecha las partes deberán ponerse de acuerdo sobre la indemnización que deberá recibir el Concesionario, ello en virtud que la Etapa de Construcción tiene como plazo de termino el 06 de julio del 2010.

VII.3.11 Ampliación de Plazo de la Ejecución de las Obras

157. La cláusula 6.1 del Contrato de Concesión establece:

"6.1.- El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras de Construcción, correspondientes a la Concesión del Tramo, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII. Las Obras de Construcción, serán ejecutadas en tres etapas, conforme a lo que se señala en el Anexo VIII y en el Anexo XI.

Sin perjuicio de lo señalado en el Anexo VIII, las Obras correspondientes a cada una de las etapas de Construcción se ejecutarán en los siguientes plazos:

- Primera Etapa: La entrega de las Obras según los hitos señalados en el Anexo XI, se realizarán a más tardar a los doce (12) meses desde el Inicio de la Construcción, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.

El numeral 1 del Informe remitido por el Coordinador Técnico Sectorial del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, establece que "(...) se considera un monto global máximo que el Concedente reconocerá a favor del Concesionario, por concepto de trabajos destinados a mantener la transitabilidad en los sectores que no se estén ejecutando obras, (...)".



- Segunda Etapa: A más tardar a los Treinta (30) meses desde el Inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.
- Tercera Etapa: A más tardar a los Cuarenta y ocho (48) meses desde el Inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.

Lo establecido en la presente cláusula prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe de lo señalado en la misma.

[El Subrayado es nuestro]

158. Respecto al procedimiento a seguir para la ampliación del plazo de la concesión, la Cláusula 4.4 regula actividades específicas que no requieran una ampliación del plazo de la Concesión de la siguiente forma:

"4.4.- Las solicitudes de ampliación de plazo del calendario de ejecución de Obras para la ejecución de actividades específicas o para cumplir prestaciones individuales que no impliquen necesariamente una ampliación del plazo de la Concesión, serán presentadas al REGULADOR, el que deberá pronunciarse en el término de treinta (30) Días sobre la procedencia de la ampliación solicitada. El silencio debe interpretarse como una denegatoria del pedido de ampliación."

159. Asimismo, es conveniente tener presente los supuestos específicos que permite el Contrato de Concesión para acceder a una ampliación en la ejecución del plazo máximo de ejecución de las Obras:

"5.7.- En caso que no se produzca la entrega de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión dentro de los plazos señalados en la Cláusula 5.6, y que tal atraso no permita al CONCESIONARIO iniciar o continuar con las Obras y presentarlas para su aceptación en el plazo máximo de ejecución previsto en el Anexo VIII, el REGULADOR podrá otorgar una ampliación de plazo en las condiciones fijadas en las Cláusulas 6.14 y 6.15.

Se excluyen del cumplimiento de estos plazos, los terrenos requeridos para ejecutar las Obras correspondientes a unidades de peaje, pasarelas peatonales y pasos interprediales. La entrega de dichos terrenos será, a más tardar a los ciento ochenta (180) Días Calendario, del Inicio de las Obras de cada etapa.

(...)

6.14.- El CONCESIONARIO podrá solicitar al REGULADOR la ampliación o prórroga de los plazos parciales contenidos en el Programa de Ejecución de Obras. Cuando las ampliaciones sean concedidas por causas justificadas o no imputables al CONCESIONARIO, impedirán la aplicación de penalidades y de las demás medidas previstas para sancionar el incumplimiento contractual por causa de demora en la ejecución de la Obra correspondiente. Cuando las modificaciones del plazo de ejecución de la Obra sean concedidas debido a causas imputables al CONCESIONARIO, según opinión debidamente fundamentada del REGULADOR a través del supervisor de Obras, no exceptuarán de la aplicación de las penalidades devengadas desde la fecha en que se produjo el incumplimiento hasta la fecha a partir de la cual se computa la ampliación. En caso que el incumplimiento por causa del CONCESIONARIO se produzca por más de cinco (5) veces durante el período de Construcción, el CONCEDENTE, además de la aplicación de las penalidades correspondientes, podrá proceder a la resolución del Contrato, salvo opinión contraria del REGULADOR, quien podrá establecer los nuevos parámetros.



AA

6.15.- Las solicitudes de ampliación de los plazos a los que se refiere la cláusula anterior, se sujetarán a lo establecido en la Cláusula 4.4.

6.16.- Si la ampliación de plazo ocurre por causa de la imposibilidad del CONCEDENTE para efectuar la entrega de la totalidad de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión, de acuerdo con los plazos indicados en la Cláusula 5.6, se aplicará lo dispuesto en la Cláusula 5.7.

6.17.- Las ampliaciones de plazo que se aprueben producirán la reformulación del Programa de Ejecución de Obras y, en dicho caso, la prórroga del plazo de ejecución de las Obras correspondientes.

En el caso que el Inicio de las Obras se retrase por un hecho imputable al CONCEDENTE, el CONCESIONARIO tendrá derecho a que el plazo de la Concesión se amplíe proporcionalmente a dicha demora."

160. En atención a las Cláusulas antes citadas, el Contrato de Concesión establece los supuestos para una ampliación del plazo de ejecución de Obra. Según el Contrato, se requiere que tanto el Concedente como el Regulador analicen las razones por las cuales resulta necesaria la ampliación del plazo de ejecución de las Obras que se indica en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión.

161. Por ello, si bien no existe impedimento para que las Partes puedan acordar la ampliación del plazo mediante la suscripción de una adenda, se deben tomar en cuenta las consideraciones antes expuestas.

VII.4 Condiciones Económicas y Técnicas

162. La literatura económica⁵⁴ aborda la renegociación y/o modificación de los contratos de concesión, desde dos perspectivas: i) como un instrumento positivo para resolver las contingencias no previstas en el contrato (contrato incompleto) y ii) como un medio para alterar la asignación de riesgos entre las partes, cuando se toman posiciones oportunistas post-contractuales. En algunos casos, las ofertas no sostenibles de los postores buscan una solución mediante una renegociación de contratos, asimismo existe el llamado oportunismo del Estado que puede afectar los derechos del Operador de una infraestructura cuando las inversiones están asociadas a altos costos hundidos.

163. Se entiende por un contrato incompleto a la limitación de implementar las contingencias previstas y no previstas en el referido contrato, así como enfrentar la asimetría de información entre las partes contratantes. De esta manera, se justifica que ante la presencia de contingencias se produzca una renegociación que lleve a encontrar el equilibrio entre las partes.

164. Guasch sostiene que las partes no son completamente racionales durante la negociación del contrato, en virtud de ello, los agentes no pueden identificar todas las opciones que les permitan establecer un mecanismo de solución en cada caso. Los agentes a menudo cometen errores y necesitan un periodo de aprendizaje para acercarse a una solución óptima. Así, la renegociación suele ser vista también como una manera de corregir errores.

165. De otro lado, los contratos son fuente para comportamientos oportunistas de cualquiera de las partes. Por ejemplo, en un contexto de debilidad institucional los operadores tienen incentivos para solicitar modificaciones de contrato con la finalidad

⁵⁴ Guasch, José Luis (2005), "Concesiones en Infraestructura", Antonio Estache, "Privatización y Regulación de Infraestructura de Transporte"; Valeria Serafinoff, "La renegociación de los Contratos de la privatización: La Regla de la Incertidumbre El Caso de las Concesiones Viales"; Colomé Rinaldo, Valquez Carlos, "Empresas de Servicios Públicos. Renegociación de Contratos y Credibilidad".



de obtener mayores beneficios, los que pueden ser cedidos por el Estado. Asimismo, se pueden presentar comportamientos oportunisticos por parte del Estado cuando existen inversiones con altos costos hundidos, los que constituyen una barrera a la salida para el operador.

165. Uno de los elementos claves en el diseño de las concesiones es la identificación de los riesgos y su adecuada asignación. Este último tiene un importante impacto en el costo de capital y la bancabilidad de la concesión. Dado que en el diseño de la concesión se busca establecer el equilibrio financiero del Concesionario, dada una asignación de riesgos. En otras palabras, la reasignación de riesgos podría provocar una modificación del valor de la concesión, desfavoreciendo a una de las partes.

167. El OSITRAN cuenta con "LINEAMIENTOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y EMISIÓN DE OPINIONES SOBRE PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN Y RECONVERSIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN" los cuales fueron aprobados por Acuerdo de Consejo N° 557-154-04-CD-OSITRAN. Dichos lineamientos tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión, así como en la preparación de opiniones técnicas de OSITRAN con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de contratos de concesión suscritos por el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de órgano CONCEDENTE y las empresas concesionarias.

168. Dichos lineamientos establecer principios de aplicación los cuáles rigen el actuar de OSITRAN, Los principios generales aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para las modificaciones y reconversiones de contratos son los siguientes:

- Equilibrio⁵⁶
- No discriminación⁵⁶
- Beneficio – Costo⁵⁷
- Transparencia⁵⁸
- Bienestar de los Usuarios.

⁵⁶ 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.

(...)

⁵⁶ 5.2 No Discriminación

Las interpretaciones, renegotiaciones o reconversiones del contrato no deben afectar el principio de No Discriminación entre los postores, que conlleva el derecho de éstos de no recibir injustificadamente un trato diferente frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que no se coloque a uno en ventaja competitiva e injustificada frente a otros, lo que no impide que el contrato pueda sufrir modificaciones por causas de interés público o razones ajenas a la responsabilidad del Concesionario.

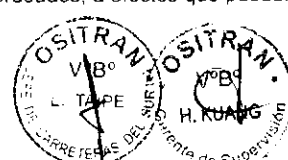
(...)

⁵⁷ 5.3 Beneficio-Costo

La decisión de modificar sustancialmente un contrato mediante la modificación o reconversión pasa por una evaluación (cualitativa o cuantitativa) beneficio – costo. En este sentido, los beneficios y costos que se tendrán en consideración, cuando sea pertinente, son aquellos relacionados a la eficiencia del mercado de explotación de infraestructura, así como los efectos que la modificación pueda tener sobre los usuarios y el público en general. Se objetará cualquier eventual modificación de contrato que no genere una relación beneficio – costos positiva para las partes.

⁵⁸ 5.4 Transparencia

Las solicitudes de interpretación, modificación o reconversión de los contratos deberán ser difundidas a los legítimamente interesados, a efectos que puedan opinar respecto de las mismas. (...)



169. Por lo tanto, se analizarán las modificaciones que propone la Propuesta de Quinta Adenda, verificando si las mismas alteran la asignación de riesgos inicialmente establecidos en el Contrato de Concesión, y por ende, si producen cambios en el equilibrio económico financiero de la Concesión.

VII.4.1 Análisis de riesgos

170. En el marco del proceso de participación privada los riesgos se pueden agrupar en: diseño, riesgos de gestión, construcción, operación, mantenimiento y explotación, político, regulatorio, entre otros.

171. Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de los contratos y de la economía de la información⁵⁹ es que en un contexto de incertidumbre, el riesgo en una relación contractual es asumido por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlo. La capacidad de asumir mayores niveles de riesgo responde no sólo al grado de aversión al riesgo que enfrente cada una de las partes sino también de quien esté en mejor posición de evitar la ocurrencia de determinados eventos, así como de administrar, evaluar o mitigar su impacto, entre otros aspectos⁶⁰.

172. Pereira (2008)⁶¹ sostiene que la asignación del riesgo al más capacitado obedece a la estrecha relación que existe entre riesgos e incentivos; en la medida que un cierto agente está sometido a un cierto riesgo, tendrá seguramente el incentivo a manejarlo de la mejor manera posible en función de su propio interés. De esta manera, es normal que al CONCESIONARIO se le asignen riesgos como el riesgo construcción pues implica establecer un adecuado incentivo a la eficiencia en la construcción.

173. Los riesgos asociados a la empresa concesionaria fueron asignados a través del Contrato de Concesión y las Bases del Concurso a las partes (Concedente y Concesionario), considerando la capacidad de gestión y control de cada uno de ellos⁶². De este modo, el Contrato asignó los riesgos a aquella parte con mayor capacidad para reducirlo o controlarlo a menor costo.⁶³

174. Conforme a lo anterior, el riesgo de diseño vinculado a: las fallas o errores en los estudios de ingeniería de detalle realizados por el Concesionario y en la construcción de la obra han sido asignados por el Contrato de Concesión al Concesionario, en razón a que es la parte que mejor puede controlarlos (Kerf, 1998)⁶⁴.

175. De igual forma, corresponde que el CONCESIONARIO (o postor ganador) asumir el riesgo de la ejecución de las Obras Alternativas ofertadas a suma alzada, por las cuales el CONCESIONARIO aceptó el PAO contractual en la etapa de licitación⁶⁵. De

⁵⁹ Ver por ejemplo, Macho-Stadler, I. y Perez -Castrillo, D. (1997) "An introduction to the Economics of Information. Incentives and contracts", Oxford University Press

⁶⁰ Para mayor detalle ver Aspectos Económicos y Conceptuales Relativos al Diseño de Contratos de Concesión Viales, OSITRAN, 2005. <http://www.ositran.gob.pe/documentos/DISE%C3%91O-CONTRATO-CONCESION-VIAL.pdf>

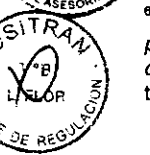
⁶¹ Pereira Andrés, 2008. Asignación de riesgos en concesiones viales: Evaluación de la aplicación de mecanismos de mitigación de Riesgos en contratos de concesión en Uruguay.

⁶² Privatización y regulación de infraestructuras de transporte, una guía para reguladores. Banco Mundial – Alfaomega, 2003, páginas 23-25.

⁶³ Kerf, Michel, et. al., (1998). Concessions for infrastructure: A Guide to the Design and award. Technical Paper N° 389. World Bank.

⁶⁴ Asimismo, el riesgo asociado a los estudios de prefactibilidad corresponden al Concedente.

⁶⁵ Página 24. (...) En la fase de diseño y desarrollo del proyecto de infraestructura pueden existir fallos en el diseño de los pliegos de condiciones, en cuyo caso el sector público debería soportar el riesgo, o fallos en la oferta del licitador que sería el que pagaría los costos derivados de errores en la oferta presentada. Privatización y regulación de infraestructuras de transporte, una guía para reguladores. Banco Mundial – Alfaomega, 2003,



igual forma, el riesgo de incumplimiento del Hito, ha sido asignado al CONCESIONARIO.

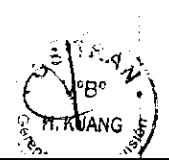
176. Una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión, podría implicar una alteración del equilibrio económico; para evaluar una eventual modificación en el equilibrio económico de la Concesión, en primer lugar, se deben identificar los riesgos que están asociados a los cambios propuestos en la presente Quinta Adenda para compararlos con la estructura o matriz de riesgos del Contrato de Concesión (sin Quinta Adenda)⁶⁶.
177. Por lo tanto, se analizarán de ser el caso, las modificaciones propuestas para verificar si las mismas alteran los riesgos inicialmente en el Contrato de Concesión.

VII.4.2 Análisis a las Modificaciones Propuestas

VII.4.2.01 CLÁUSULA CUARTA: LIQUIDACIÓN DEL PAO CONTRACTUAL Y DETERMINACION DE LA INVERSION VINCULADA AL PAO CONTRACTUAL.

178. En el segundo párrafo de la cláusula 4.1 de la Adenda se indica: "El concedente declara que no ajustará el PAO contractual por los conceptos a que se refiere el numeral 4 del Anexo IX".
179. Sin embargo, el Concedente mediante Oficio N° 1141-2008-MTC/25 manifiesta su voluntad de ajustar el PAO de la segunda etapa, supuesto que se encuentra dentro de las opciones que le concede el Contrato de Concesión.
180. Por lo tanto, el Concedente ha ajustado el PAO de las Segunda Etapa en 65.59%, tal como se establece en la cláusula 6.4.A.5 "En caso que la diferencia sea positiva, se procederá a efectuar el ajuste al PAO, de acuerdo al procedimiento establecido en el Numeral 4 del Anexo IX del Contrato.", la decisión del Concedente de ajustar la Segunda Etapa fue hecha antes de su decisión de no realizar más ajustes de la misma mediante Ley N° 29309.
181. Sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo a lo señalado en la presente Adenda, las partes acordaron no considerar nuevos ajustes al PAO, a fin de enmarcarse en lo dispuesto por la Ley N° 29309.
182. En el último párrafo de la cláusula 4.1 de la Adenda se indica: "A fin de liquidar el PAO contractual deberá utilizarse un presupuesto que se elaborará sobre la información del PEO vigente de modo que el valor total de las obras contenidas en el Expediente Técnico será el resultante de la multiplicación de los metrados del Expediente Técnico por los Precios Unitarios Reales reflejados en los PID aprobados. A esta suma (costo directo), las partes acuerdan aplicarle un 27% por concepto de gastos generales y un 10% por concepto de utilidad. A este resultado se le agregará el importe de todas y cada una de las Obras Alternativas que a su vez, ya contienen gastos generales y utilidad. Este total asciende a US\$294'016,191.71 (Doscientos Noventa y Cuatro Millones, Dieciséis Mil Ciento y Uno y 71/100 Dólares de los Estados Unidos de América) al que se le añade el IGV, según se detalla en el Anexo N° 1 de a presente Adenda y representa la inversión vinculada al PAO contractual!"

⁶⁶ El contrato de concesión establece una estructura de riesgos que se puede desprender de las cláusulas y anexos.



AA

183. Entonces, las partes proponen que en relación a los avances de Obra emitidos por OSITRAN hasta el CAO N° 22-T3, la Propuesta de Quinta Adenda plantea reformular dichos avances de Obra considerando lo siguiente:

- a) Consideración de los metrados del Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID);
- b) Aplicación de precios unitarios reales para todos los metrados presentados.
- c) Aplicación de gastos generales de 27% y utilidad de 10%;
- d) Para las Obras Alternativas se emplean los valores señalados en el Anexo I de la propuesta de Adenda N° 5;
- e) No se valoriza la variación de acuerdo al inciso cuarto del Anexo IX del Contrato de Concesión.

184. Tal como se ha señalado, el Contrato de Concesión establece que la Obra está conformada por el expediente técnico, las variaciones de metrados y las partidas nuevas, a su vez el expediente técnico está conformado por la inversión referencial y las obras alternativas, y se valoriza la inversión referencial a precios referenciales, las variaciones de metrados a precios reales y las partidas nuevas a precios nuevos.

185. Las diferencias entre lo establecido en el Contrato de Concesión y lo acordado por las partes en la Adenda se muestra en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 3: Valorización de la Inversión realizada por el Concesionario

Contrato de Concesión Cláusula 6.4.A.4	Quinta Adenda Cláusula Octava
Metrados del Proyecto Referencial X Precios Referenciales	Metrados totales* X Precios Reales
Metrados de Variación de Metrados X Precios Reales	

* Metrados totales = metrados del proyecto referencial + metrados de variación de metrados.

Fuente: BBA, Contrato de Concesión.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

186. En ese sentido, la modificación propuesta con relación a los precios aplicables, generaría un incremento en el presupuesto de Obra referencial pasando de US\$ 274 575 416.12 a U\$ 294 016 191.71. En otros términos, se produciría una afectación en el equilibrio económico en contra del Concedente por US\$ 541 715, tal como se detalla en el numeral 189 del presente Informe.

187. Asimismo, el riesgo financiero asociado a la tasa variable Libor, que era compartido por las partes, se reasigna íntegramente al Concedente, al remunerarse mediante valorizaciones asociadas al Expediente Técnico. En efecto con la modificación propuesta, libera, sin compensación alguna, al Concesionario del riesgo de la fluctuación de la Libor. (Ver Cuadro N° 4)



Cuadro N° 4: Matriz de Riesgos

CONCEPTO	ASIGNACION DE RIESGOS						OBSERVACIONES
	CONTRATO DE CONCESION		PROPUESTA CONCEDENTE		OPINION OSITRAN		
	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	
Determinación del CAO	X	XX		XXX	X	XX	Mayor reconocimiento de inversiones.

Fuente: Informe N° 1A-2005/OPE/PROINVERSION, Contrato de Concesión, Quinta Adenda, Informe N° 310-2009-MTC/25.ACM.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

188. Tal como el Contrato de Concesión lo establece en su cláusula segunda, inciso 8, “ (...) una de las características principales del mismo consiste en que en todo momento se debe mantener el equilibrio económico-financiero de las Partes. El equilibrio económico-financiero de la Concesión se define en términos de un flujo de caja libre, que comprende los ingresos y egresos de efectivo (costos operativos, de mantenimiento e inversiones) de la concesión, descontados a la tasa de 10%⁶⁷ anual (tasa que ha sido aplicada en otras decisiones regulatorias). La tasa de descuento incorpora el riesgo asociado a la deuda y al patrimonio. Si representan cambios, por ejemplo, una reducción en el riesgo asignado al Concesionario, se genera un incremento en el valor presente de los flujos de la concesión, por tanto el valor de la concesión aumenta, lo cual genera un mayor retorno esperado a favor del Concesionario.
189. El Cuadro N° 5 muestra el desequilibrio a favor del Concesionario producto de la modificación propuesta, el mismo que en valor presente (a la fecha de la firma del Contrato de Concesión) asciende a US\$ 541 715. Dicho monto surge del diferencial entre el 95.22% y 97.15%⁶⁸ del PAO al que ha llegado al CAO N° 22.

Cuadro N° 5: Evaluación del Equilibrio Económico

	Tasa de descuento	Adenda N° 5	Contrato de Concesión	Diferencia	Efecto (VPN)
Modificación del Presupuesto	10.00%	\$39,524,251	\$38,737,400	\$786,850	\$541,715

Fuente: Contrato de Concesión.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

190. Cabe precisar que con la modificación del presupuesto, no existe diferencia en el avance físico de la obra, y de acuerdo a la información reportada por el Supervisor de Obras en el Informe Mensual N° 37⁶⁹ se habrían asfaltado 273.78 km.
191. Respecto a lo señalado en la Cláusula 4.3 del Proyecto de Adenda: “4.3 Las partes declaran que la liquidación del 100% del PAO contractual que se efectuara en virtud de la presente Adenda, no supone la renuncia del CONCESIONARIO a aquellos derechos que pudiesen corresponderle en virtud del Contrato de Concesión por la ejecución de las Obras de Construcción a partir del inicio de la vigencia del mismo y que aun no hubiesen sido reconocidos en los CAOs emitidos hasta alcanzar la Inversión Máxima.”
192. En este extremo, y sin perjuicio del privilegio de los controles posteriores que exige la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Proyecto de Adenda no establece con claridad un procedimiento a seguir en los casos que el Regulador identifique errores y/u omisiones en los CAOs emitidos. Por ello, en virtud de lo mencionado, este

⁶⁷ Informe 011-2007-GRE-GAL-OSITRAN.

⁶⁸ La división entre la inversión alcanzada AL CAO N° 22 y El presupuesto referencial (US\$ 285 648 926.33 / US\$ 294 016 191.71)

⁶⁹ Carta TP.061900.1177.09.JS.



Organismo recomienda incluir una cláusula en la cual se establezca que la liquidación del 100% del PAO contractual no limitará al Regulador, en ningún extremo, a que pueda efectuar en las Valorizaciones del Periodo Final (VPF) los ajustes por errores y/u omisiones que se detecten en los montos reconocidos en los CAOs y/o VPF, de manera que se pueda mantener un equilibrio entre los derechos de las partes.

VII.4.2.02 CLÁUSULA QUINTA: DETERMINACION DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN VINCULADAS AL PAO CONTRACTUAL.

- 193. En la presente cláusula, las partes acuerdan el procedimiento a seguir para recalculer los 22 CAOs valorizados por el OSITRAN a la fecha, y la forma propuesta de valorización es la señalada en el punto VII.4.2.01 del presente Informe.
- 194. El análisis para la presente cláusula es el mismo que el señalado en la cláusula precedente.

VII.4.2.03 CLÁUSULA SEXTA: ETAPAS Y EMISIÓN DEL ÚLTIMO CAO VINCULADO AL PAO CONTRACTUAL.

- 195. La Cláusula Sexta de la propuesta de Quinta Adenda al Contrato de Concesión plantea modificar las proporciones de las Etapas del PAO según el siguiente esquema:

Primera Etapa	31.75%	del PAO
Segunda Etapa	58.90%	del PAO
Tercera Etapa	9.35%	del PAO
Total	100.00%	del PAO

- 196. Según esta estructura de proporciones del PAO, las cuotas del PAO tendrían el esquema que se muestra en el Cuadro siguiente:

Cuadro N° 6: Cuotas del PAO según el Contrato de Concesión

PAO	%	Anual	Semestral	Periodo
Etapa 1	31.75%	12,916,535	6,458,268	Abr 2008-Oct 2022
Etapa 2	58.90%	23,961,698	11,980,849	Abr 2009-Oct 2023
Etapa 3	9.35%	3,803,767	1,901,884	Oct 2010-Abr 2025
PAO Contrato		40,682,000		

- 197. De acuerdo a lo señalado, al hacer equivalente las variaciones de metrados a los metrados del Expediente Técnico, se está reconociendo los mismos costos financieros de las variaciones de metrados y del Expediente Técnico. Es decir, al plantear la Quinta Adenda que los metrados ejecutados y por ejecutarse por concepto de variación de metrados sean equivalentes a los metrados del Expediente Técnico, los costos de los recursos financieros para su ejecución son similares.

- 198. Sin embargo, la aparición de variaciones de metrados y partidas nuevas "per se", son supuestos contempladas en el Contrato de Concesión, razón por la cual su aparición y previa aprobación por parte del Concedente, no podría generar un desequilibrio.

- 199. En ese sentido, se puede apreciar que, con la propuesta de Quinta Adenda, las cuotas del PAO de la Primera y Tercera Etapa se incrementan, mientras que la de la



AA

Segunda Etapa disminuye, en comparación con aquellas cuotas del PAO que se generaron en aplicación del Contrato de Concesión. Sobre dicho punto este Organismo ya expresó su posición por la fórmula de recálculo de los CAOs.

200. No obstante, se debe tener en cuenta que las Fechas de Pago de las proporciones del PAO de cada Etapa son distintas. Así, como se muestra en las Tablas 1 y 2, la Fecha de Pago del PAO de la Primera Etapa es de 30 cuotas semestrales entre el 30 de abril de 2008 y el 30 de octubre de 2022. La Fecha de Pago del PAO de la Segunda Etapa es de 30 cuotas semestrales entre el 30 de abril de 2009 y el 30 de octubre de 2023; y, la Fecha de Pago del PAO de la Tercera Etapa es de 30 cuotas semestrales entre el 30 de octubre de 2010 y el 30 de abril de 2025. En ese sentido, este Organismo ha reportado como avances de obra para cada una de las etapas las siguientes proporciones:

Cuadro N° 7: Avances de Obra presentados al Concedente
Por el OSITRAN al CAO 22

Primera Etapa	28.42%	del PAO
Segunda Etapa	62.92%	del PAO
Tercera Etapa	3.88%	del PAO

201. Tal como se puede apreciar, cuando el Concesionario modifica las proporciones del PAO de la Primera, Segunda y Tercera Etapa, se observa un beneficio para el Concesionario, beneficio que a valor presente neto resulta de US\$ 541 715. Dicho monto es producto del diferencial entre el 95.22% (del PAO) al que se ha llegado al CAO N° 22 de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, mientras que con la modificación que proponen las partes, al CAO N° 22 se habría alcanzado el 97.15%⁷⁰ del PAO.
202. Por lo expuesto, se estaría generando un beneficio financiero a favor del Concesionario. Ello debido a que con la propuesta de Quinta Adenda, se incrementarían las proporciones de avance de obra, y con ello el valor presente de los flujos del PAO.
203. No obstante, conforme lo establecido en el Numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión y la Resolución 059-2007-CD-OSITRAN, las variaciones de metrados son reconocidas mediante el cálculo de 15 cuotas anuales a una tasa de interés equivalente a Libor a 6 meses más un spread de 3%. Es decir, el riesgo financiero de las variaciones de metrados estaba compartido entre las Partes..
204. Sin embargo, con la propuesta de Quinta Adenda, dicho riesgo ha sido eliminado y sustituido por la Tasa Máxima de Retribución equivalente a 7.7226%, de acuerdo al procedimiento establecido en la Cláusula 8.35. del Contrato de Concesión, lo que implica un menor avance de obra o un mayor pago para el mismo avance de obra.

⁷⁰ La división entre la inversión alcanzada AL CAO N° 22 y El presupuesto referencial (US\$ 285 648 926.33 / US\$ 294 016 191.71)

Cuadro N° 8: Matriz de riesgo de Libor + 3%

CONCEPTO	ASIGNACION DE RIESGOS						OBSERVACIONES
	CONTRATO DE CONCESION		PROPUESTA CONCEDENTE		OPINION OSITRAN		
	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	
Libor + 3	X	X		XX	X	X	Se estaria reconociendo un incremento en el riesgo del Concedente.

205. Por lo analizado, este Organismo encuentra que la propuesta de las partes generaría un incremento en el valor de la concesión lo que es equivalente a un mayor retorno esperado a favor del Concesionario.

VII.4.2.04 CLÁUSULA SÉTIMA: REGLAS APLICABLES A LAS OBRAS EJECUTADAS DURANTE EL PERIODO FINAL.

VII.4.2.04.1 7.1 Alcances de las obras.

206. En el inciso 1 de la cláusula 7 de la Adenda se plantea que: "Las obras a ejecutar en el Periodo Final son aquellas que han sido aprobadas en los Proyectos de Ingeniería de Detalle y los expedientes de variaciones de metrados aprobados por el CONCEDENTE, que quedaron pendientes de ejecutar al término de la Inversión Máxima, incluyendo las Obras Alternativas. Se incluyen también las Obras Adicionales y Accesorias que han surgido y puedan surgir desarrollo de las obras, las que serán tratadas conforme las Cláusulas 6.36 al 6.39 y 6.46 al 6.50 del Contrato de Concesión y cuyo presupuesto no está incluido en el Presupuesto de las obras indicado en la Cláusula 7.5. de la presente Adenda.

Los metrados y Obras Alternativas pendientes de ejecutar al término del alcance de la Inversión Máxima, incluidos en los PID's y los expedientes de variaciones de metrados aprobados serán determinados por el Regulador. No obstante, a título explicativo e ilustrativo se incluye como Anexo 6 al presente, debiendo ser confirmados por el Regulador".

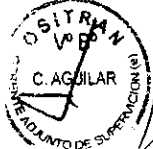
207. La presente cláusula precisa el alcance de las obras hacer ejecutadas durante el periodo final, en ese sentido, este Organismo no encuentra observaciones a la citada cláusula. Cabe agregar, que respecto a los tópicos de Inversión Máxima y al Plazo de Ejecución Obras son evaluadas y en la cláusula cuarta y séptima del presente Informe, respectivamente.

VII.4.2.04.2 7.2 Validez del Proyecto de Ingeniería de Detalle del Estudio de Impacto Ambiental.

208. En el inciso 2 de la cláusula 7 de la Adenda propuesta se plantea que: "Considerando que la ejecución de las obras en el Periodo Final no supone un cambio sustancial del trazo del Tramo en Construcción, y sin perjuicio de lo señalado en la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, considérese que el Proyecto de Ingeniería de Detalle de las Obras de la Primera, Segunda y Tercera Etapa aprobado es válido para todas las Obras de Construcción.

Del mismo modo, las Partes reconocen y acuerdan que el Estudio de Impacto Ambiental presentado y aprobado mediante Resolución Directoral N° 032-2007-MTC/16 de la Dirección General de Asuntos Socio - Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones es válido y resulta aplicable para todas las obras ejecutadas, sin resultar relevante el periodo o etapa de su ejecución."

209. La presente cláusula debiera precisar, tal como señala la cláusula 11.6 del Contrato de Concesión, que las obras adicionales y/o accesorias (del proyecto) que sean ejecutadas durante el periodo final, deberán contar, en lo pertinente, con los correspondientes Estudios de Impacto Ambiental, aprobados por la autoridad ambiental competente.



Handwritten signature

210. Por lo analizado, este Organismo recomienda la incorporación de las precisiones antes señaladas.

VII.4.2.04.3 7.3 Plazo de Ejecución.

211. La Cláusula 7.3 de la Adenda plantea que: "El plazo para ejecutar las obras pendientes al término de la Inversión Máxima es el correspondiente al Periodo Final, el cual culminará el 31 de diciembre del 2010."
212. Sobre el particular, el Informe N° 340-2009-MTC/25 indica que la Cláusula Séptima del proyecto de Adenda no representa una modificación al Contrato, puesto que lo contenido en dicha cláusula no se encuentra previsto en el Contrato original, al tratarse de reglas a aplicarse a las Obras ejecutadas durante el denominado "Periodo Final".
213. Al respecto, la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión⁷¹ establece unos plazos de ejecución de obras correspondiente a cada una de las Etapas de Construcción, Cláusula que "prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe en la misma". Cabe indicar que, conforme a lo señalado en el literal VII.3.1 "Sobre el Diseño del Contrato de Concesión" del presente Informe, el riesgo por la ejecución de las obras en los plazos antes citados, corresponden exclusivamente al Concesionario.
214. De otro lado, la Cláusula 8.10 del Contrato de Concesión⁷² fija el momento de Inicio de la Explotación de la infraestructura vial, computándose luego de transcurrido doce (12) meses, contados a partir de la fecha de culminación de la totalidad de las obras de construcción.
215. Sobre la incidencia que generaría la modificación del plazo de la ejecución de las Obras en la fecha de inicio de explotación de la concesión, con el Informe N° 361-2009-MTC/25, el Concedente señala que la misma se encuentra regulada dentro de los alcances de la Cláusula 8.10 del Contrato de Concesión al permitir que pueda

⁷¹ 6.1 El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras de Construcción correspondientes a la Concesión del Tramo, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII Las Obras de Construcción, serán ejecutadas en tres etapas, conforme a lo que se señala en el Anexo VIII y en el Anexo XI.

Sin perjuicio de lo señalado en el Anexo VIII, las Obras correspondientes a cada una de las etapas de Construcción se ejecutarán en los siguientes plazos:

- Primera Etapa: La entrega de las Obras según los hitos señalados en el Anexo XI, se realizarán a más tardar a los doce (12) meses desde el Inicio de la Construcción, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.
- Segunda Etapa: A más tardar a los Treinta (30) meses desde el Inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.
- Tercera Etapa: A más tardar a los Cuarenta y Ocho (48) meses desde el Inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.

Lo establecido en la presente Cláusula prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe de los señalado en la misma.

[El subrayado es nuestro]

⁷² 8.10 La fecha de inicio de la Explotación [de] las Obras de la Primera, Segunda y Tercera Etapa que hacen referencia en el Anexo VIII, se computará luego de transcurridos doce (12) meses, contados a partir desde la fecha de culminación de la totalidad de las Obras de Construcción.

Lo establecido en la presente Cláusula prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe de los señalado en la misma

[El subrayado es nuestro]

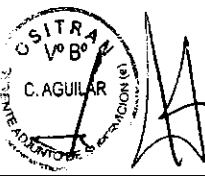
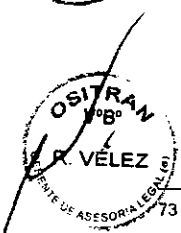


anticiparse o postergarse la Fecha de Inicio de la Explotación en función a la fecha real en la que se culminen la totalidad de la Obras.

216. Sin embargo, debe mencionarse que el Inicio de la Explotación establecido en la Cláusula 8.10 se encuentra relacionado con los plazos máximos de ejecución de las Obras que se desarrollan en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión y por tanto el Concedente debía analizar y advertir las consecuencias que se producen en razón a dicha ampliación del plazo de ejecución de las Obras.
217. Por ello, si se modifica el plazo de ejecución de obras, este hecho varía el plazo de doce (12) meses previos al Inicio de Explotación, e incluso, el Inicio de Explotación propiamente dicho.
218. En ese orden de ideas, puede advertirse que sí existe una modificación del Contrato de Concesión, y por ende, resulta relevante su evaluación, así como los riesgos involucrados y los efectos de dicha decisión, aspectos que debieron ser desarrollados por el Concedente en sus Informes N° 340-2009-MTC/25 y N° 361-2009-MTC/25.
219. Sin embargo, se observa que lo establecido en la Cláusula 7.3 de la propuesta de Adenda representa una modificación a los plazos de ejecución de Obras determinado en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, situación que no ha sido advertida ni analizada por el Concedente en los diversos informes técnico legales remitidos a este organismo.
220. De otro lado, respecto al sustento técnico que justifica la ampliación del plazo de ejecución de Obras, con el Informe N° 361-2009-MTC/25, el Concedente indica que *"se ha efectuado una evaluación de la Ejecución de las Obras al concluirse la inversión vinculada al PAO contractual, por ello se ha tenido en consideración en el cálculo de las duraciones (...) los rendimientos reales considerados a partir de la proyección de metrados reconocidos en el CAO 22 y una estimación de las obras hasta mayo del presente año"*.
221. Para la evaluación de ampliaciones de plazo se requiere de un programa o calendario de Obra, debidamente formalizado y con la información técnica para estos casos (diagrama PERT-CPM, Gantt, determinación de la ruta crítica, entre otros) que sirva de base para la mencionada evaluación, sobre la cual se efectúen las actualizaciones conforme se vayan produciendo las variaciones de metrados. El Concedente no ha presentado este detalle necesario de información, únicamente un diagrama Gantt que utiliza rendimientos reales, sujetos a una significativa variabilidad y sin mayor sustento.
222. Respecto a los plazos, en el Contrato de Concesión se tiene:

- | | |
|--|--|
| • Plazo de la Concesión: | 25 años (cláusula 4.1 del Contrato de Concesión) |
| • Fecha de Firma del Contrato: | 04.ago.2005 |
| • Fecha de término de la Concesión: | 06.jul.2031 ⁷³ |
| • Construcción de la Infraestructura Vial: | 48 meses (Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión) |
| • Explotación del Servicio: | Se empieza a computar a partir de los doce (12) meses, contados a partir desde la fecha de culminación de la totalidad de las Obras de Construcción. |

Cláusula 6.13 del Contrato de Concesión, mediante Carta N° 080-CIST3-OSITRAN, del 31 de agosto de 2006,



223. Con la información remitida por el Concedente, la ampliación de plazo de la Construcción de la infraestructura hasta el 31 de diciembre del 2010, como lo plantean las partes, no permite determinar el impacto de dicha ampliación respecto de:

1. El plazo de los doce (12) meses antes de la explotación del servicio y/o;
2. Explotación del servicio propiamente y/o;
3. El plazo de la Concesión (25 años). Asimismo, el efecto que tendrá sobre el Número de PAMOs que reconocerá el Concedente y/o;
4. La reducción del beneficio del usuario.

224. Aunque pueda ser sujeto de evaluación la pertinencia de una ampliación de plazo, tal como se ha señalado, las partes no han sustentado adecuadamente dicha ampliación, ni han analizado los efectos que genera en el Contrato de Concesión la modificación del plazo de la ejecución de las Obras, este Organismo no encuentra los sustentos que le permitan emitir una opinión fundamentada sobre la presente Cláusula de la Adenda propuesta.

VII.4.2.04.4 7.4 Programa de ejecución de Obras del Periodo Final (PEOF).

225. En el inciso 4 de la cláusula 7 de la Adenda se indica: *"Este programa será elaborado en base a los metrados del PID y los expedientes de variaciones de metrados aprobados, y Obras Alternativas pendientes de ejecutar y estará orientado a cerrar frentes continuos de carretera asfaltada. Este programa será presentado al Regulador y al CONCEDENTE en versión de PERT / CPM y Diagrama GANTT valorizado mensual en los primeros cinco (05) Días del periodo final, y será de aplicación automática. No obstante este programa deberá ser aprobado por el CONCEDENTE previa opinión del Regulador en los siguientes quince (15) días calendario. En caso que hubiera observaciones, éstas serán subsanadas por el Concesionario dentro de (02) Días siguientes.*

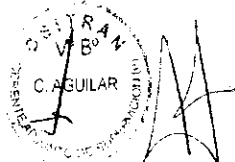
En caso que subsista las observaciones estas serán solucionadas de común acuerdo entre las Partes.

Las actualizaciones del PEOF se efectuarán de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión para el PEO."

225. La nueva metodología propuesta del PERT-CPM constituye una programación detallada de las actividades que el Concesionario ejecutaria para la culminación de las obras de construcción. En tal sentido, la revisión de dicho programa y sus actualizaciones requiere de la verificación de los siguientes aspectos:

- Cumplimiento de las metas del proyecto en forma secuencial (procesos constructivos)
- Verificación de los rendimientos (asignación de recursos)
- Verificación y seguimiento de la ruta crítica
- Control de plazos de ejecución de obras concordantes con los indicados en el Contrato de Obra.

227. En virtud de lo mencionado, este Organismo reitera su solicitud de indicar que los plazos establecidos para todos los procedimientos en el Periodo Final, incluyéndose el presente, son insuficientes, poniendo en riesgo la calidad de la evaluación que efectúa el Regulador, recomendándose la aprobación de un plazo no menor de 30 días hábiles.



VII.4.2.04.5 7.5 Presupuesto de las obras.

228. En el inciso 5 de la cláusula 7 de la Adenda se indica: "El presupuesto de las Obras pendientes a ejecutar (...) será determinado por el Regulador en base a (i) los metrados y Obras Alternativas pendientes de ejecutar al termino de la inversión Máxima (...), y (ii) a los Precios Unitarios aprobados (...). Al costo directo resultante de multiplicar los metrados por los precios unitarios se le aplicaran 35.5% de Gastos Generales y 10% de Utilidades (...)".
229. Como se ha venido señalando, el Contrato de Concesión, cuenta con precios referenciales para la Expediente Técnico y gastos generales de 27% y utilidad de 10%, mientras que para las variaciones de metrados se cuenta con precios unitarios reales y gastos generales de 35.5% y utilidad de 10%, como se indica anteriormente.
230. Dado el cambio que propone la adenda en el tratamiento de los gastos generales y utilidad para el periodo final, las partes deberán contar con la información de sustento, que no ha sido de conocimiento del Regulador. Cabe indicar que esta información es necesario para el proceso de supervisión para el periodo final.

VII.4.2.04.6 7.6 Monto máximo del Periodo Final.

231. En el inciso 6 de la cláusula 7 de la Adenda se indica que "(...) el REGULADOR procederá a hacer un único reajuste equivalente hasta un monto máximo de 10% del Presupuesto de las obras referido en la Cláusula 7.5 de la presente Adenda (...)".
232. Sobre este extremo, en el estudio realizado por Flyvbjerg, Skamris y Buhl⁷⁴, consistente en comparar los costos presupuestados y los reales en 258 grandes proyectos de infraestructura (ferrocarril, puentes, túneles y carreteras) en veinte países diferentes durante setenta años, concluyeron que 9 de cada 10 proyectos presentaban costos mayores que los presupuestados (desviación media: +28%), en el caso para las carreteras, la desviación media presentada fue de +20%.
233. Por lo señalado, este Organismo encuentra razonable emitir su opinión favorable a la presente cláusula.

VII.4.2.04.7 7.7 Supervisión de las Obras.

234. En el inciso 7 de la cláusula 7 de la Adenda propuesta se indica que " a) De conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, el CONCEDENTE asumirá los gastos de la supervisión de las obras durante el Período Final, en concordancia a lo dispuesto en la Ley N° 29309, el Contrato de Préstamo entre el Estado Peruano y la Corporación Andina de Fomento (CAF) y el Decreto de Urgencia N° 025-2009. b) El REGULADOR por intermedio del Consultor contratado supervisará la ejecución de las Obras de Construcción contenidas en el PEOF, garantizando que las obras no sufran interrupciones por falta de supervisión, y aprobará los avances de ejecución de obras con una periodicidad mensual".
235. La presente cláusula contiene una previsión para el financiamiento de los gastos de la supervisión. Conviene precisar en la cláusula, que por gastos de supervisión se entiende todos aquellos gastos atribuibles a la función supervisora de OSITRAN. En

⁷⁴ Flyvbjerg, B. Skamris, M.K. y Buhl, S.L. (2003): "What Causes Cost Overrun in Transport Infrastructure Projects?", *Transport Reviews* 24 (1): 3-18.

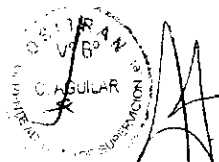


AA

ese sentido, este Organismo encuentra razonable emitir su opinión favorable a la presente cláusula.

VII.4.2.04.8 7.8 Liquidación técnica y Certificado de Correcta Ejecución.

236. En el inciso 8 de la cláusula 7 de la Adenda propuesta se indica que "Al término de las obras, el CONCESIONARIO deberá presentar al REGULADOR un Expediente que contendrá los Metrados y Planos Post-Construcción, debidamente suscritos por el Representante Legal, luego de lo cual podrá obtener el Certificado de Correcta Ejecución establecido en la Cláusula 6.27 del Contrato de Concesión."
237. Sobre tal disposición se debe tener en cuenta que no puede considerarse una liquidación del Periodo Final, dado que no se ha ejecutado una Liquidación de Obras hasta la fecha (ni de las Obras vinculadas al PAO ni menos aún del Periodo Transitorio). Lo que plantea la Adenda N° 5 es una Liquidación Financiera de PAO de acuerdo a avances de metrados, la misma que se calcula de acuerdo al procedimiento establecido en la mencionada Adenda, pero que de ninguna manera puede considerarse como una liquidación de Obra.
238. Sobre este punto, conviene recordar que la Liquidación de Obra recién será efectuada por la Supervisión, al final de la Obra, como corresponde. A la fecha, existe continuidad en la supervisión de la ejecución de las obras, con metrados acumulados desde el principio de la Obra, cuyos metrados finales recién se conocerán a la conclusión de las obras.
239. Adicionalmente, debe tenerse presente, que no es posible efectuar una Liquidación de una Obra que supera los US\$ 380 MM (aprox.) en cinco (5) días. Por lo tanto, se deja constancia que existe imposibilidad técnica para que este Organismo pueda efectuar dicha liquidación. Ello ocurre debido a que en la Liquidación Final de la Obra, como es usual en obras de esta envergadura, se verifican de manera definitiva los volúmenes de obra ejecutados, y se efectúan los ajustes necesarios de todos los metrados ejecutados que permitan garantizar que la Obra ha sido ejecutada y se ha pagado con el valor correspondiente de acuerdo al compromiso contractual. También en esta fase se emiten los planos post construcción debidamente revisados por la Supervisión.
240. Cabe recordar que ningún CAO emitido tuvo la calidad de Liquidación, y todos ellos son avances de obra susceptibles de revisión, como es de uso común en cualquier obra a metrados y precios unitarios, por lo que ésta no puede exceptuarse de ello.
241. Por consiguiente, es necesario que la Adenda N° 5, precise que la liquidación del PAO contractual debe entenderse como una liquidación financiera; y que también, se añada una cláusula o disposición que establezca un plazo no menor de seis (6) meses para la Liquidación de las Obras de todo el Tramo, que no genera demora alguna en la ejecución de las Obras; por el contrario permite el adecuado cierre de la etapa de Construcción de la Concesión.
242. Como ejemplo podemos citar las siguientes Resoluciones Directorales emitidas por Provías Nacional para la liquidación de las siguientes obras:



Cuadro N° 9: Resoluciones de Provias Nacional

Nro.	Dispositivo	Obra	Long. (Km.)	Propuesta Económica (S/.)	Plazo de ejecución (Días)	Fecha Fin Obra	Fecha de Liquidación
1	R.D. N° 391-2009-MTC/20	Rehabilitación y mejoramiento de la Carretera Tarapoto-Juanjui, tramo: Km. 34+000-Km. 59+000	25	76,801,415.19 (inc. IGV)	360	09.Nov.08	08.Abr.09
2	R.D. N° 299-2009-MTC/20	Emergencia para la Transitabilidad y Seguridad Vial a la Carretera Ingenio-Chachapoyas		3,241,319.93 (inc. IGV)	30	29.Ene.09	16.Mar.09

Como se puede apreciar, en el primer caso, para liquidar la ejecución de la rehabilitación y mejoramiento de una carretera de 25 Km. y un monto de S/. 76,8 MM le tomó al MTC un plazo de casi 5 meses. En el segundo caso, la liquidación de trabajos de emergencia y seguridad vial que contó con un plazo de 30 días, la liquidación tomó un plazo de casi el doble del plazo de ejecución establecido en el contrato. En nuestro caso, tenemos un proyecto de concesión cuya fase de ejecución de obras contempla la construcción a nivel de asfaltado de 403.2 Km. de carretera con una inversión aproximada de US\$380MM.

243. Por lo analizado, este Organismo recomienda incorporar un plazo razonable y el procedimiento a seguir para la liquidación de obras.

VII.4.2.04.9 7.9 Valorización de las obras Ejecutadas en el Periodo Final.

244. La Cláusula 7.9, literal b) de la Adenda plantea que "(...) Desde la fecha de presentación de la valorización respectiva, el REGULADOR tendrá un plazo máximo de 10 días calendario para enviar la VPF aprobada al CONCEDENTE, excepto en caso de que el REGULADOR tenga observaciones a la ejecución del avance de obra, se regirá por el procedimiento previsto en el presente documento (...)"

245. La presente cláusula define un plazo de 10 días calendario con los que contaría el Regulador para el trámite de aprobación del VPF lo cual resulta insuficiente.

246. A modo referencial se muestra un cuadro con las actividades generales que se deben llevar a cabo, como mínimo, para que el Regulador tramite el Certificado de Avance de Obra (CAO) de manera diligente:

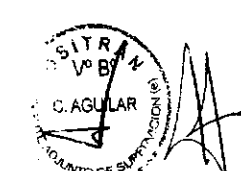
Cuadro N° 10: Plazos para la Aprobación de un CAO

N°	Actividad	De	A	Días Hábiles	Días Hábiles Acumulados
1	Presentación del CAO por el Concesionario	Concesionario	Regulador y Supervisor	0	0
2	Revisión de metrados (En Obra)	N.A.	N.A.	2	2
3	Conciliación de metrados y cálculo del porcentaje de avance del CAO (En Obra)	N.A.	N.A.	3	5
4	Elaboración de Informe del Supervisor de Obras (En Obra)	N.A.	N.A.	2	7
5	Remisión de Informe de Opinión del Supervisor de Obras	Supervisor	Regulador	1	8
6	Revisión del Informe del Supervisor por el Regulador (En OSITRAN)	N.A.	N.A.	4	12
7	Conformidad al Avance de Obra (CAO) por OSITRAN	N.A.	N.A.	2	14
8	Remisión del Avance de Obra (CAO) al Concedente	Regulador	Concedente	1	15

Nota: N.A. = No Aplica.

Fuente: Contrato de Concesión

Elaboración: Gerencia de Supervisión – OSITRAN



247. Cabe señalar que para la emisión del VPF, se seguirá un procedimiento similar a la emisión del CAO, el cual consiste en revisar la abundante información, de los avances de obra, llevándose un control de lo ejecutado en el Expediente Técnico y en la variación de metrados que pudieran aparecer, de conformidad con el Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado por el Concedente.
248. Así también, se debe efectuar la conciliación de los metrados para poder calcular la valorización de la obra, lo cual implica la realización de trabajos de verificación en campo y de verificación de gabinete por cada especialidad.
249. Por las razones expuestas, en los numerales precedentes, es absolutamente necesario que el plazo no sea menor a quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de presentación del VPF por parte del Concesionario. Este plazo no incluye las observaciones que pueda efectuar el Regulador al VPF presentado; en cuyo caso, el plazo queda suspendido.
250. Como se advierte, de no extenderse el plazo previsto en el proyecto de adenda, se pondría en alto riesgo la calidad de la evaluación que efectúa el Regulador, pudiendo verse afectado el cálculo de la valorización, ante ello este Organismo no esta en la posibilidad de emitir opinión favorable sobre este punto.
251. En el último párrafo del inciso 9 de la cláusula 7 de la Adenda se indica: *"El presente acuerdo no utiliza el concepto de hito como elemento para generar los pagos de los VPF, en consecuencia, lo establecido en el numeral 2 del Anexo IX del Contrato de Concesión no será de aplicación para las Obras que se ejecutan durante el Periodo Final"*.
252. Las partes proponen eliminar el capital de trabajo mínimo que debe de invertir el Concesionario para hacerse de liquidez (el Hito), realizando únicamente valorizaciones mensuales. El Contrato de Concesión establece que el Concesionario debe de invertir por lo menos US\$ 16 MM. Según la ejecución de obra durante los 22 CAO's se registra que un Hito se ha alcanzado en promedio cada dos meses. Por tanto, se desprendería que el nuevo Hito o VPF sería de alrededor US\$ 8 MM⁷⁵.

VII.4.2.04.10 7.10 Procedimiento de valorización de las obras del Periodo Final

253. En la presente cláusula las partes, detallan el procedimiento para calcular los Avances de Obra, el cual incluye la aplicación de la fórmula polinómica.
254. El procedimiento que se contempla en la presente cláusula, es el mismo que se encuentra regulado en el Contrato de Concesión, así mismo la fórmula polinómica contiene las mismas variables que las establecidas en el Contrato de Concesión.
255. La continuación del uso de la fórmula polinómica radica en que la fecha base de los precios unitarios utilizados para las valorizaciones, se encuentran a setiembre del 2004. Cabe agregar, que si por algún motivo, se trabajara con precios a la fecha de valoración no correspondería la utilización de la fórmula polinómica.
256. Entonces, al ser los procedimientos⁷⁶ similares a los establecidos en el Contrato de Concesión, este Organismo no presenta objeción sobre los mismos.

Suponiendo que, en promedio, el Concesionario continuará con el ritmo de inversión. La opinión sobre esta cláusula recae sobre el procedimiento explicado en la Adenda propuesta, y no sobre los precios utilizados para el cálculo de los mismos, en virtud que nuestra opinión sobre los mismos ha sido detallada en párrafos precedentes.



VII.4.2.05 CLÁUSULA OCTAVA: LIBERACIÓN DE ÁREAS AFECTADAS POR LA CONSTRUCCIÓN.

257. Con la Cláusula Octava del proyecto de Adenda, las Partes solicitan la incorporación de la Cláusula 5.44 al Contrato de Concesión, mediante la cual se establece la autorización que otorga el Concedente al Concesionario para que éste efectúe, a nombre y cuenta del Concedente, la elaboración e implementación del Plan de Compensación, Reasentamiento Involuntario y Adquisición de Predios para la liberación del Área de la Concesión y/o Derecho de Vía (PCRA), determinando para ello un procedimiento que permita la realización del Plan de Trabajo así como la liberación de los predios necesarios para la ejecución de las Obras.
258. El Concedente, mediante el Informe N° 310-2009-MTC/25 sustenta la incorporación de la Cláusula 5.44 debido a las dificultades que ha tenido para liberar las áreas de terreno afectadas a la construcción dentro de los plazos establecidos en las Cláusulas 5.5, 5.6 y 5.7 del Contrato de Concesión⁷⁷.
259. Si bien el Concedente advierte que la obligación de liberar las áreas de terreno necesarias para la construcción se encuentra a su cargo, considera que los términos en los cuales se ha suscrito el Contrato de Préstamo entre la Corporación Andina de Fomento – CAF y el Estado Peruano permiten la posibilidad de autorizar al Concesionario para que se haga cargo de dichas labores.
260. Asimismo, en el punto 4.3 del Informe N° 310-2009-MTC/25, el Concedente señala que no forma parte de la autorización acordada en la Cláusula Octava del proyecto de Adenda las liberaciones de áreas que ha venido efectuando el Concesionario previamente a la solicitud de suscripción del proyecto la Adenda, indicando que se debe estudiar alguna solución de manera paralela, la misma que no será parte del texto final del documento que modificará el Contrato de Concesión, el cual sólo regirá para el Período Final de la Obra.
261. Sobre este aspecto, resulta pertinente mencionar que, conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión⁷⁸ y a las normas de organización y funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁷⁹, corresponde a dicha entidad el realizar la

⁷⁷ "Entrega de las Áreas de Terreno Comprendidas en el Área de la Concesión

5.5.- Como regla general se aplicará lo siguiente:

- (a) Las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión le serán entregadas al CONCESIONARIO por el CONCEDENTE de manera inmediata a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato; y,
(b) El Área de la Concesión deberá entregarse libre de personas u otros ocupantes, y en general libre de cualquier otro tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las Obras o las actividades de Conservación (cargas y gravámenes).

5.6.- No obstante lo anterior, si fuera el caso, las áreas de terreno correspondientes al Área de la Concesión podrán ser entregadas por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, en uno o más bloques, a más tardar a los ciento veinte (120) Días Calendario, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato, salvo el caso indicado en el Anexo XI.

Las Obras de Construcción referidas en la Cláusula 6.1 y en el Anexo XI no podrán iniciarse en la medida que el CONCEDENTE no hubiera cumplido con entregar las áreas de terreno necesarias.

5.7.- En caso que no se produzca la entrega de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión dentro de los plazos señalados en la Cláusula 5.6, y que tal atraso no permita al CONCESIONARIO iniciar o continuar con las Obras y presentarlas para su aceptación en el plazo máximo de ejecución previsto en el Anexo VIII, el REGULADOR podrá otorgar una ampliación de plazo en las condiciones fijadas en las Cláusulas 6.14 y 6.15.

Se excluyen del cumplimiento de estos plazos, los terrenos requeridos para ejecutar las Obras correspondientes a unidades de peaje, pasarelas peatonales y pasos interprediales. La entrega de dichos terrenos será, a más tardar a los ciento ochenta (180) Días Calendario, del Inicio de las Obras de cada etapa." (El subrayado es nuestro)

⁷⁸ "5.2.- El CONCEDENTE está obligado a poner a disposición del CONCESIONARIO, las áreas de terreno que correspondan al Área de la Concesión, en los plazos a los que se refieren las Cláusulas 5.5 y 5.6." (El subrayado es nuestro)

⁷⁹ Sobre el particular, de acuerdo a lo señalado en los Artículos 74° y 77° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-MTC, la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales y su Dirección de Gestión Social tienen las siguientes funciones:



adquisición y liberación de los predios necesarios para la Construcción, Conservación y Explotación de la Concesión, por lo que excede a las competencias de este organismo manifestarse sobre el particular, siendo únicamente el Concedente quien decida sobre la conveniencia o no respecto a la autorización desarrollada en la Cláusula Octava del proyecto de Adenda.

262. Sin perjuicio de lo mencionado, se realizan las siguientes recomendaciones y observaciones a efectos de permitir un mejor desarrollo de la citada cláusula:

- Se recomienda delimitar los alcances la autorización otorgada al Concesionario, toda vez que, en el supuesto que el Concesionario no logre la adquisición del predio que resulte necesario para la Construcción vía negociación directa, resulta claro que dicha adquisición debe realizarse conforme se indica en la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, acción que sólo puede ser realizada por el Estado⁸⁰.
- En el procedimiento establecido en la Cláusula Octava del proyecto de Adenda no se desarrolla la responsabilidad del Concesionario en caso no cumpla debidamente con la autorización otorgada. Por ello, considerando que la posibilidad de autorizar al Concesionario de realizar la adquisición de los predios debe facilitar la liberación de áreas necesarias para la ejecución de las Obras, es conveniente desarrollar mecanismos de control y/o sanción que permitan que dicha acción sea cumplida a cabalidad, evitando con ello que se retrase la Construcción.
- Se recomienda adecuar la redacción de la Cláusula Octava conforme a las definiciones "Área de la Concesión" y "Derecho de Vía" que se indican en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión⁸¹, a efectos de evitar cualquier tipo de divergencia en la interpretación del citado instrumento.

"Artículo 74.- La Dirección General de Asuntos Socio- Ambientales tiene las funciones específicas siguientes:

(...)

f) Participar en los procesos de expropiación de predios y reasentamientos necesarios para el desarrollo de las obras del Subsector, en lo concerniente a aspectos socio-ambientales.

(...)

Artículo 77.- La Dirección de Gestión Social es la unidad orgánica encargada de velar por el entorno social de las obras de infraestructura de transportes, supervisa el cumplimiento de planes de manejo social, participa en procesos de expropiación y reasentamiento. Tiene las funciones específicas siguientes:

(...)

f) Participar en las diferentes etapas de los procesos de expropiación y reasentamientos realizados por el Subsector.

(...)"

Además, conforme a lo establecido en los Artículo 6° y 15° del Manual de Operaciones de PROVIAS NACIONAL, aprobado por Resolución Ministerial N° 011-2008-MTC/02 señala lo siguiente:

"Artículo 6.- PROVIAS NACIONAL tiene las siguientes funciones generales:

(...)

i) Diseñar e implementar los Planes de Compensación y Reasentamiento Involuntario - PACRI y la liberación de las áreas que serán afectadas por el derecho de vía en la ejecución de proyectos de infraestructura relacionada con la Red Vial Nacional

(...)

Artículo 15.- La Oficina Técnica de Concesiones tiene las siguientes funciones:

(...)

e) Entregar las áreas de terreno comprendidas en las Áreas de Concesión a los concesionarios, así como coordinar los inventarios y la entrega de los bienes muebles e inmuebles de acuerdo a las condiciones del contrato de concesión en coordinación con las Unidades Gerenciales de Operaciones y de Conservación.

(...)"

⁸⁰El Artículo 10° de la Ley General de Expropiaciones señala lo siguiente:

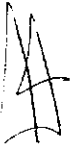
"Artículo 10.- Del sujeto activo de la expropiación

10.1 Se considera como sujeto activo de la expropiación a la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

10.2 Es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado

10.3 Es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de derecho privado. Dicha nulidad se declara sin perjuicio de las acciones civiles y penales que en defensa de su derecho tiene expedito de ejercer el afectado." (El subrayado es nuestro)

⁸¹ En la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, se desarrollan las siguientes definiciones



- Considerando que con el Informe N° 310-2009-MTC/25 se indica que la autorización al Concesionario para efectuar la elaboración e implementación del PCRA y la consiguiente liberación de las áreas de terreno necesarias para la Construcción únicamente alcanza a las adquisiciones que se realizarán en el Periodo Final, se recomienda incorporar un párrafo en el cual se indique esta delimitación, dejando en claro que la autorización realizada no alcanza a las liberaciones de áreas que a la fecha ha efectuado el Concesionario.

VII.4.2.06 CLÁUSULA NOVENA: TRANSITABILIDAD DURANTE EL PERIODO FINAL.

263. El primer párrafo de la Cláusula Novena de la Adenda señala lo siguiente: "Dado que la Cláusula 8.21 c) del Contrato de Concesión establece el Presupuesto y los alcances de la Transitabilidad durante el período de construcción, cuya vigencia ha concluido el siete (07) de marzo de los corrientes, y existiendo además la necesidad de ampliar el tiempo y el presupuesto para el Mantenimiento de la Transitabilidad debido al adelanto de dicha actividad formalizado en la Adenda N° 1, y el mayor plazo que se requiere para concluir las obras del Período Final, las Partes acuerdan establecer dos (02) semestres adicionales contados a partir del ocho de marzo del presente año, bajo las mismas condiciones establecidas en el Plan de Transitabilidad aprobado"
264. Sobre el particular, las Partes solicitan que para los semestres del 08.03.09 al 07.09.09 y del 08.09.09 al 07.03.10 se reconozcan pagos a favor del Concesionario por concepto de transitabilidad por un monto ascendente a US\$ 2'500,000.00.
265. Sin embargo, de acuerdo a lo señalado, el Concedente solicitó al Concesionario que adelante los trabajos de transitabilidad al 8 de setiembre del año 2005 y no desde el inicio de las Obras de Construcción, como se establecía en el Contrato de Concesión. Dicho acuerdo quedó firme con la suscripción de la Adenda N°1, descrita con anterioridad, cabe señalar que los costos de transitabilidad mencionados en el Contrato de Concesión están presupuestados para un periodo de cuatro (4) años y son a suma alzada.
266. En ese sentido y de acuerdo a lo señalado en la Adenda N°1: "la obligación que tiene el Concedente de pagar el Costo de Transitabilidad a que se refiere la Cláusula 8.21 c) del Contrato es exigible a partir del 8 de setiembre de 2005", es por ello que a partir de esa fecha se iniciaron los reconocimientos por concepto de transitabilidad. Asimismo, siendo de cuatro (4) años el presupuesto por transitabilidad establecido en el Contrato de Concesión dicho presupuesto se termina el 8 setiembre del 2009, tal como se observa en la grafica adjunta.

*Área de la Concesión

Es la franja ubicada dentro del Derecho de Vía que a la fecha de Toma de Posesión no se encuentra ocupada o invadida, que será entregada al CONCESIONARIO para la Construcción de la infraestructura vial y la Explotación del Servicio para efectos de la Concesión. El Área de la Concesión se irá incrementando proporcional y progresivamente luego de concluidos los procedimientos de adquisición y expropiación de predios, según corresponda. Dentro de esta franja se encuentra la carretera, sus accesos y Obras Complementarias de la misma, tales como obras de arte, drenaje, muros de contención, señalización, veredas, puentes, los servicios y zonas de seguridad, así como las áreas destinadas para la habilitación de los Servicios Obligatorios.

(...)

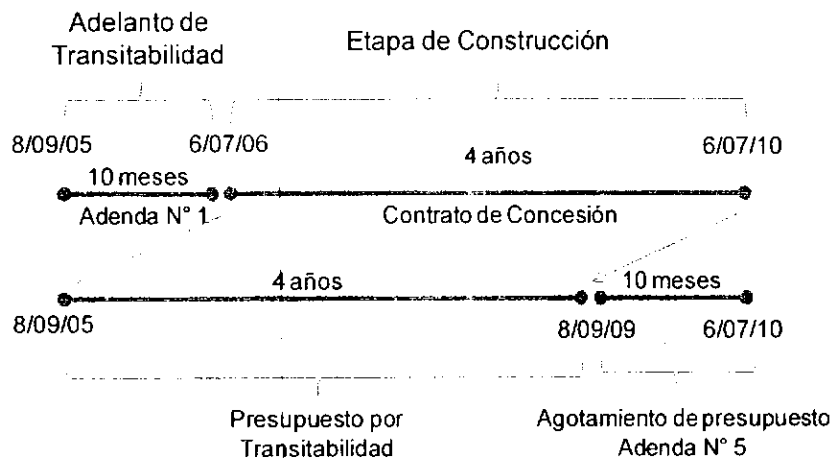
Derecho de Vía

Es la franja de territorio de dominio público del Estado o en proceso de adquisición por parte de éste, dentro del cual se encuentra la carretera, sus accesos o servicios complementarios, tales como unidades de peaje, estaciones de pesaje, obras de arte, drenaje, muros de contención, obras de acceso a la vía, señalización, veredas, puentes, los servicios y zonas de seguridad y las provisiones para futuras obras de ensanche. El Derecho de Vía se entrega en el estado que se encuentra a la fecha de Toma de Posesión. El detalle y dimensiones del Derecho de Vía se encuentra definido en las normas legales vigentes." (El subrayado es nuestro)



267. Por lo expuesto, entre el 8 de setiembre de 2009 y el 6 de julio de 2010, fecha de término del periodo de construcción, según lo establecido en el Contrato de Concesión, existe un periodo de aproximadamente de 10 meses que no se encuentra presupuestado, en virtud de la solicitud del Concedente del adelanto de los trabajos por transitabilidad.

Grafico N° 3: Etapas de Transitabilidad



Fuente: Contrato de Concesión, Adenda N°1, Adenda N°5.
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

268. En ese sentido, entre el 8 de setiembre de 2009 y el 6 de julio de 2010, correspondería una contraprestación por parte del Concedente al Concesionario a suma alzada por concepto de transitabilidad, Sin embargo, respecto al monto propuesto en la Adenda presentada, el Concedente no ha remitido el sustento del monto a retribuir al Concesionario, ni tampoco ha precisado lo referido al adelanto de los trabajos y a la ampliación de plazo. En tal sentido, no es posible emitir una opinión sobre este extremo.

269 Por lo antes expuesto, este Organismo encuentra técnicamente razonable la posición de las partes de retribuir al Concesionario por transitabilidad entre el 8 de setiembre de 2009 y el 6 de julio de 2010 (fecha de término de la etapa de construcción y de la obligación del concesionario para mantener la transitabilidad), empero, no es posible emitir una opinión sobre el monto considerado, ya que el Concedente no ha remitido el sustento.

VII.4.2.07 CLÁUSULA DÉCIMA: MODIFICAR LA CLAUSULA 6.4.A.2. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (variaciones de metrados acumulativas).

270. En el segundo párrafo de la cláusula 6.4.A.2. de la Adenda se indica que: "Para los casos relacionados con los sectores inestables cuya estabilización requiera de soluciones de ingeniería temporales y/o graduales, las variaciones de metrados resultantes de la implementación de dichas soluciones ejecutadas y/o por ejecutar desde el inicio de la ejecución de las obras, que no debe entenderse como modificación al Expediente Técnico ni al PID aprobado, serán acumulativas y reconocidas por el Regulador las veces que lo solicite el Concesionario, hasta lograr un nivel mínimo de estabilización que brinde seguridad a la infraestructura vial y a los usuarios".



Handwritten signature.

271. La cláusula antes señalada establece nuevos derechos a favor del Concesionario para solicitar, por ejemplo, el reconocimiento de "variación de metrados sobre variación de metrados" que no están permitidas en el Contrato de Concesión.

272. Tal como lo establece el Contrato de Concesión en su Cláusula 6.4.A. "... En los casos que el REGULADOR haya aceptado las modificaciones propuestas por el CONCESIONARIO, éste se hace completamente responsable por dichas Obras en la etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde los cambios propuestos por él fueron aceptados por el CONCEDENTE y ejecutados por el CONCESIONARIO", los riesgos vinculados a la elaboración de los estudios de ingeniería de detalle, así como los de construcción han sido asignados al Concesionario⁸². En efecto, este último tiene la responsabilidad de elaborar el Proyecto de Ingeniería de Detalle, identificar las Soluciones Técnicas y presentar sus expedientes de variación de metrados de las partidas de movimiento de tierras, asumiendo completamente la responsabilidad de las Obras, tanto en la etapa de ejecución y explotación, tal como se muestra en el cuadro adjunto.

Cuadro N° 11 : Matriz de Riesgos

CONCEPTO	ASIGNACION DE RIESGOS						OBSERVACIONES
	CONTRATO DE CONCESION		PROPUESTA CONCEDENTE		OPINION OSITRAM		
	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	
Variación de Metrados (Ingeniería)	X			X	X		Se estaría trasladando el riesgo de Ingeniería en las variaciones de metrados.

Fuente: Informe N°1A-2005/OPE/PROINVERSION, Contrato de Concesión, Quinta Adenda, Informe N°310-2009-MTC/25.ACM.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAM

273. Sobre este punto, conviene advertir que el Concedente en el Informe 310-2009-MTC/25 deja ver claramente, de acuerdo a lo señalado, que tiene la intención de trasladar el riesgo de ingeniería hacia su representada, mientras que en su Informe 340-2009-MTC/25 señala claramente en el punto 2.4 que "El concesionario continua siendo el responsable por el diseño de Ingeniería y asume los sobre costos por la elaboración de todos los rediseños necesarios".

274. La cláusula propuesta por las partes, establecería derechos en contra del Concedente que no fueron originalmente establecidos en el Contrato de Concesión, ya que no solo se traslada el riesgo de ingeniería al Concedente, si no que incrementa el riesgo de pagos a favor del Concesionario sobre las variaciones de metrados que se establecían originalmente en el Contrato de Concesión, por cuanto el Concedente únicamente debía reconocer las variaciones de metrados por una vez, y no por repetidas veces como se propone. Los riesgos se muestran en el cuadro adjunto:

⁸² World Bank, Technical Paper no 399, Concession for infrastructure: A guide to their design and award, Michel Kerf (1998) sostiene que:

What is the risk?	How does it arise?	How should it be allocated?
Design/development risk		
Design defect	Design fault in tender specifications Contractor design fault	Public sector to bear risk Liquidated damages to be paid by contractor; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns
Construction risk		
Cost overrun	Within construction consortium's control: inefficient construction practices, wastages, and so on Outside construction consortium's control: changes in the overall legal framework (changes of laws, increased taxes, and so on) Outside construction consortium's control: actions of government that specifically affect the project (delays in obtaining approvals, permits, and so on)	Contractor to bear risk through fixed-price construction contract plus liquidated damages; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns Insurer risk if insurance is available; once insurance proceeds are exhausted, erosion of project company's returns Public sector to bear risk



Handwritten signature.

Cuadro N° 12: Matriz de Riesgos

CONCEPTO	ASIGNACIÓN DE RIESGOS						OBSERVACIONES
	CONTRATO DE CONCESION		PROPUESTA CONCEDENTE		OPINION OSITRAN		
	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	
Varación de Metrados		XX		XXX		XX	Se estaria reconociendo incremento del reconocimiento de variaciones sobre variaciones

Nota: Riesgo XXX>XX>X.

Fuente: Informe N° 1A-2005/OPE/PROINVERSION, Contrato de Concesión, Quinta Adenda, Informe N° 310-2009-MTC/25.ACM.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

275. Por lo tanto, al incluir este nuevo derecho a favor del CONCESIONARIO para solicitar el reconocimiento de "variación de metrados sobre variación de metrados" que no están permitidas en el Contrato de Concesión, no solo alteraría los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión, como se ha señalado, sino que además causaría un desequilibrio en la medida que el Concedente debería cubrir un costo que no se encontraba estipulado originalmente en el Contrato, por lo cual también se estaría alterando la subasta que dio como ganador al Concesionario del Tramo 3.

276. Al reconocérsele al Concesionario más obras adicionales, sobre obras ya aprobadas, traería consigo trasladar recursos de nuevos avances de obra hacia nuevas variaciones de metrados que presentaría el Concesionario, por lo que con el PAO contractual se estaría reconociendo menos obras de las actualmente reconocidas, por lo expuesto, este Organismo no encuentra razones técnicas para dar su opinión favorable a la presente cláusula de la Adenda propuesta.

VII.4.2.08 CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: MODIFICAR LA CLAUSULA 6.4.A.5. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

277. En la presente cláusula de la Adenda propuesta, las partes proponen modificar la cláusula 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, en donde dicha modificación trae consigo que se aprueben avances de obra, de variaciones de metrados sobre variaciones ya aprobadas por el Concedente.

278. En ese sentido, el análisis para la presente cláusula es el mismo que el señalado en el punto VII.4.2.07 del presente Informe.

VII.4.2.09 CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: MODIFICAR LA DEFINICIÓN DE OBRAS ADICIONALES Y LA CLAUSULA 6.39 DEL CONTRATO DE CONCESION.

VII.4.2.09.1 12.1

279. En la Cláusula 12.1 de la Adenda se propone modificar la definición de "Obras Adicionales" conforme se indica a continuación:

"Obras Adicionales"

Son aquellas Obras que no se encuentran contempladas en el Expediente Técnico, que presenta el CONCESIONARIO, pero cuya ejecución puede ser decidida por el CONCEDENTE, con opinión del REGULADOS por considerarlas convenientes para el cumplimiento del objeto de la Concesión. Entre las Obras de este tipo se puede considerar como: intercambios Viales, **incluyendo el empalme de la carretera con el Puente Acre**, acceso viales a municipios, accesos viales a municipios o **vías de evitamiento, vías urbanas, puentes, unidades de peaje y estaciones de pesaje,**



entre otros, **siempre que estas obras estén vinculadas a la Concesión según acuerdo entre las Partes**.

(El resaltado es nuestro)

280. Sobre el particular, en el punto 4.7 del Informe N° 310-2009-MTC/25, el Concedente manifiesta que la modificación a realizarse en la definición "Obras Adicionales" se sustenta en el hecho que existen limitaciones para ejecutar otras obras relacionadas con la concesión, como el Cruce de la Ciudad de Puerto Maldonado, la Terminación del Montaje del Puente Billinghamurst o el Empalme entre la Carretera Interoceánica y el Puente Acre, por lo que se hace necesario e imprescindible modificar la citada definición.
281. Al respecto, el Anexo VIII del Contrato de Concesión, al describir el Tramo 3, indica lo siguiente:



TRAMO 3 : PUENTE INAMBARÍ - IÑAPARÍ

Situación actual

Este tramo se inicia en el Km 298 de la Ruta 026B, o el punto de intersección de la Ruta 026B (Km 298) y la Ruta 030C (Km 358), margen derecha del Río Inambari; a partir del Puente Inambari avanza hacia el noreste por la Ruta 026B, hasta empalmar con la Cámara de Anclaje Derecha del Puente Billinghamurst en la ciudad de Puerto Maldonado; continúa a partir del Estribo Izquierdo del Puente Billinghamurst en la margen izquierda del Río Madre de Dios, hasta empalmar con el Estribo Derecho del Puente sobre el Río Acre, en la ciudad de Iñapari en la frontera con Brasil. En su recorrido pasa por las localidades de: Masuco, Santa Rosa, Puerto Maldonado, Mavila, Alerta e Iberia.

[Handwritten mark]



282. En el mismo Anexo VIII del Contrato de Concesión se describe lo siguiente:

"En la ciudad de Puerto Maldonado, el MTC ejecutará la construcción del Puente Billinghamurst sobre el Río Madre de Dios, a cuyo término le será entregado al CONCESIONARIO para su operación y mantenimiento. Hasta ese entonces la intervención del CONCESIONARIO será desde el Puente Inambari hasta empalmar con la Cámara de Anclaje Derecha del puente, y desde el Estribo Izquierdo del Puente Billinghamurst hasta el Estribo Derecho del Puente sobre el Río Acre en Iñapari." (el subrayado es nuestro).

283. Como se observa, el citada Anexo establece que la intervención del Concesionario en el Tramo⁸³ comprende, entre otros, el tramo vial que se inicia "(...) a partir del Estribo Izquierdo del Puente Billinghamurst en la margen izquierda del Río Madre de Dios, hasta empalmar con el Estribo Derecho del Puente sobre el Río Acre (...)", con lo cual se puede concluir que el referido empalme forma parte de la Concesión y por tanto es objeto de las labores de Construcción, Mantenimiento, Conservación y Explotación que se desarrollan en el Contrato de Concesión.



284. De la revisión del Libro Blanco del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú - Brasil (Tramos 2, 3 y 4), de la Propuesta Técnica del Adjudicatario del Tramo 3: Inambari - Iñapari, así como del Contrato de Concesión del Tramo 3, en su Anexo VIII (páginas 221 y 222) se señala que el Tramo N° 3 está conformado "hasta empalmar con el estribo derecho del Puente sobre el Río Acre"⁸⁴.



⁸³ La Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión define "Tramo de la Concesión - Tramo" como aquel que se señala en el Anexo N° 9 de las Bases. Cabe mencionar que dicho anexo se encuentra recogido en el Anexo VIII del Contrato de Concesión. Textualmente el folio 0002 de la Propuesta Técnica señala lo siguiente: "Este tramo se inicia en el Km 298 de la Ruta 026B, o el punto de intersección de la Ruta 026B (Km 298) y la Ruta 030C (Km 358), margen derecha del Río Inambari; a partir del Puente Inambari avanza hacia el noreste por la Ruta 026B, hasta empalmar con la Cámara de Anclaje Derecha del Puente Billinghamurst en la ciudad de Puerto Maldonado; continúa a partir del Estribo Izquierdo del Puente Billinghamurst en la



[Handwritten signature]

235. De acuerdo a lo señalado en el libro Blanco, en la Propuesta Técnica del Adjudicatario y en el Contrato de Concesión, el Concesionario presentó el empalme de la carretera con el Puente Acre como parte de su Expediente Técnico⁸⁵, por lo tanto, ésta forma parte de su Propuesta Técnica. Asimismo, cabe señalar que lo determinado en el Expediente Técnico tiene efectos vinculantes para las Partes respecto a la ejecución de las Obras y sobre la base de dicha propuesta que se elaboró el PID.
236. En relación a ello, mediante los Oficios N° 1160-2006-MTC/02 y 988-2007-MTC/20 que adjunta el Informe N° 088-2007-MTC-20.12.2.JYM, el Concedente le cuestiona al Concesionario que el empalme en cuestión no forme parte de la obra concesionada. En tal sentido, la propuesta de adenda no es congruente con la posición del Concedente manifestada en dichos documentos. Por consiguiente, el reconocimiento del empalme como una obra adicional por parte del Concedente implicaría un doble pago a favor del Concesionario.
287. En virtud de lo señalado en la Adenda propuesta, las partes pretenden considerar al empalme de la carretera con el Puente Acre como una Obra Adicional, en tanto que el Contrato de Concesión define como Obra Adicional " (...) aquellas Obras que no se encuentran contempladas en el Expediente Técnico, que presentó el Concesionario (...)" sin embargo como se ha señalado, las evidencias muestran que el empalme de la carretera con el Puente Acre fue presentado por el Concesionario como parte de su Expediente Técnico, por lo tanto no es posible considerar el empalme de la carretera con el Puente Acre como una Obra Adicional.
288. Un ejercicio financiero, asociado a 0.304 km. de longitud, y considerando que la empresa concesionaria ha valorizado dicha longitud en US\$ 260 180.48 (sin IGV), existiría un efecto financiero a favor del Concesionario, cuyo valor presente sería de US\$ 179 124 (sin IGV).

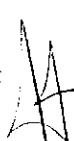
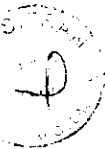
Cuadro N° 13: Efecto Financiero del Puente Acre

	Tasa de descuento	Valorización	Efecto (VPN)
Empalme de Puente Acre	10.00%	\$260,180	\$179,124

289. Por lo señalado, y de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, Bases de Licitación (PROINVERSION) y Propuesta Técnica del Adjudicatario, se colige que dentro de la infraestructura comprendida para el Tramo 3: Inambari – Iñapari, está comprendido el empalme de la Carretera con el Puente Acre (estribo derecho), por lo que la propuesta planteada por las partes, modifica el Contrato de Concesión vigente

margin izquierda del Rio Madre de Dios, hasta empalmar con el Estribo Derecho del Puente sobre el Rio Acre, en la ciudad de Iñapari en la frontera con Brasil. En su recorrido pasa por las localidades de: Masuco, Santa Rosa, Puerto Maldonado, Mavila, Alerta e Iberia. También en el mismo folio 0002 indica textualmente lo siguiente: "En la ciudad de Puerto Maldonado, el MTC ejecutará la construcción del Puente Billinghamst sobre el Rio Madre de Dios, a cuyo término le será entregado al CONCESIONARIO para su operación y mantenimiento. Hasta ese entonces la intervención del CONCESIONARIO será desde el Puente Inambari hasta empalmar con la Cámara de Anclaje Derecha del puente, y desde el Estribo Izquierdo del Puente Billinghamst hasta el Estribo Derecho del Puente sobre el Rio Acre en Iñapari." (el subrayado es nuestro)".

⁸⁵ De acuerdo a lo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, se entiende por Expediente Técnico a "(...) la Propuesta Técnica que presentó el Postor que resultó favorecido con la buena pro del Concurso, aprobada por PROINVERSION, que tiene efectos vinculantes para las Partes, respecto de la ejecución de las Obras y la prestación de los Servicios derivados del presente Contrato, y sobre el cual se elaborará el Proyecto de Ingeniería de Detalle." Asimismo, el segundo párrafo de la Cláusula 6.4.A del Contrato de Concesión, incorporada con la Adenda N° 4 detalla que "el Expediente Técnico está compuesto por los metrados de las Sub-partidas del Proyecto Referencial menos los metrados de las Sub-partidas sustituidas por las Obras Alternativas, más las Obras Alternativas cuyos metrados son a suma alzada"



y por lo tanto, esté Organismo no encuentra razones técnicas suficientes que justifiquen su incorporación en la presente cláusula.

290. De otro lado, respecto a las otras precisiones de las obras que deben ser consideradas como Obras Adicionales que se proponen con la modificación incluida en la Cláusula 12.1 del proyecto de Adenda, es importante resaltar que la actual redacción de las Obras Complementarias señala que "Son aquellas Obras indicadas en el presente Contrato de Concesión, cuya ejecución es obligatoria para el CONCESIONARIO a su costo, por tratarse de Obras inherentes a la Explotación de la Concesión. Comprende, entre otras: (...) (c) edificaciones (unidades de peaje, estaciones de pesaje, oficinas, instalaciones de apoyo para Servicios Obligatorios y Opcionales, etc.); o (d) la instalación de equipos o sistemas mecánicos, eléctricos o electrónicos." Por lo expuesto, queda claro por la definición anterior que las unidades de peaje, estaciones de pesaje, oficinas, instalaciones de apoyo para Servicios Obligatorios y Opcionales son obras complementarias.
291. En ese sentido, lo que las partes estarían planteando es modificar una obra definida por el Contrato de Concesión como Obra Complementaria, a una Obra Adicional, y por consiguiente se modificaría la obligación de asumir su costo. Asimismo, se advierte la existencia de contradicciones entre las cláusulas contractuales: 1.6 (definiciones), 8.14, 8.32 y el Anexo VIII (Términos de Referencia). Dicha contradicción deberá ser resuelta por las partes con el debido sustento.

VII.4.2.09.2 12.2

292. En la cláusula 12.2 de la Adenda se propone modificar la cláusula 6.39 del Contrato de Concesión indicándose que: "El monto de inversión agregado de todas las Obras Adicionales que se acuerden en virtud de las cláusulas anteriores, no podrá superar un monto de Treinta millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 30 000 000,00) sin incluir el IGV para cada etapa."
293. El Contrato de Concesión establecía en la cláusula 6.39 que el monto de inversión agregado de todas las Obras Adicionales que se acuerden no podrían superar los US\$ 10 MM para cada una de las Etapas.
294. A la fecha, no se han realizado inversiones por parte del Concedente con cargo a la cláusula 6.39 del Contrato de Concesión; por lo tanto, el monto de US\$ 30 MM por Obras Adicionales durante las Tres Etapas de construcción no ha sido ejecutado.

295. De acuerdo a lo señalado en la presente cláusula por las partes proponen establecer la posibilidad de realizar inversiones en Obras Adicionales, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, por un monto que no debe de exceder de los US\$ 30 MM.

296. No existen riesgos que hayan sido trasladados entre las partes ante la modificación de la presente cláusula, ni equilibrio financiero que haya sido quebrantado, en virtud que el monto que se está estableciendo como posible monto a invertir por Obras Adicionales no ha sido modificado.

297. Por lo tanto, la propuesta planteada por las partes, no modifica los riesgos ni altera el equilibrio económico del Contrato de Concesión.



AA

VII.4.2.09.3 12.3

298. En el inciso 3 de la cláusula 12 de la Adenda plantea que:

"TRAMO 3: PUENTE INAMBARI – IÑAPARI

Situación actual

Este tramo se inicia en el Km. 298^(*) de la Ruta **030C**, o el punto de intersección de la Ruta **030C**, Km. 298^(*) y la Ruta **034B**, Km. 358^(*), margen derecha del Río Inambari; a partir del Puente Inambari avanza hacia el noreste por la Ruta **030C**, hasta empalmar con la Cámara de Anclaje Derecha del Puente Billinghamst en la ciudad de Puerto Maldonado, continúa a partir del Estribo Izquierdo del Puente Billinghamst en la margen izquierda del Río Madre de Dios, hasta empalmar con el Estribo Derecho del Puente sobre el Río Acre, en la ciudad de Iñapari en la frontera con Brasil. En su recorrido pasa por las localidades de: Masuco, Santa Rosa, Puerto Maldonado, Mavila, Alerta e Iberia."

(*): Progresiva que se ubica en el Estribo Derecho del Puente Inambari

299. De acuerdo al Decreto Supremo N° 044-2008-MTC del 29 de noviembre del 2008, se aprobó el Clasificador de rutas del Sistema Nacional de Carreteras, donde incluía la nueva denominación de las rutas descritas para las partes para la presente adenda.

300. En atención a lo expuesto, este Organismo encuentra razonable para emitir su opinión favorable sobre la presente Cláusula.

VII.4.2.09.4 12.4

301. En el inciso 4 de la cláusula 12 de la Adenda se plantea que: "Modificar el décimo primer párrafo de de la descripción de la situación actual del tramo que consta en el Anexo VIII del Contrato de Concesión en los términos que se señalan a continuación:

*"En la ciudad de Puerto Maldonado, el MTC ejecutará la construcción del Puente Billinghamst sobre el Río Madre de Dios, a cuyo término le será entregado al CONCESIONARIO para su operación y mantenimiento. Hasta ese entonces la intervención del CONCESIONARIO será desde el Puente Inambari hasta empalmar con la Cámara de Anclaje Derecha del puente, y desde el Estribo Izquierdo del Puente Billinghamst hasta el Estribo Derecho del Puente sobre el Río Acre en Iñapari. **Sin perjuicio de lo anterior, el CONCEDENTE podrá solicitar que el CONCESIONARIO ejecute las obras del Puente Billinghamst, como Obra Adicional, en cuyo caso, se seguirá el procedimiento correspondiente bajo el Contrato de Concesión.**"*

302. Al respecto, la Ley 29309 autoriza al concedente "a negociar y acordar la modificación de los respectivos contratos de concesión en los aspectos que fueran necesarios para asegurar la continuidad la culminación de las obras", en ese sentido, la posible inclusión del puente Billinghamst como una obra adicional se encontraría sustentada.

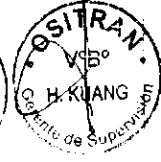
303. Por lo tanto, y en virtud de la Ley 29309, este Organismo emite su opinión favorable a la presente cláusula.

VII.4.2.10 CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: ARBITRAJE.

304. Al respecto, los incisos 1 y 3 del Artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1071, a través del cual se norma el Arbitraje, prescribe lo siguiente:

"Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable,



el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso

(...)

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral."

305. Como se desprende de lo citado, en una relación contractual, incluidas las que derivan de los contratos de concesión, es una facultad de las partes establecer de común acuerdo las reglas a las que se tendría que someter el Tribunal Arbitral en sus actuaciones. En su defecto, se aplicaría el reglamento arbitral aplicable, y de no existir éste, las reglas que el tribunal considere adecuadas considerando las circunstancias del caso⁸⁶.

Asimismo, en el supuesto que no existiesen disposiciones aprobadas por las partes o por el Tribunal Arbitral, se aplica supletoriamente el Decreto Legislativo 1071, y en defecto de norma aplicable, el Tribunal Arbitral puede recurrir a los principios arbitrales y a los usos y costumbres en materia arbitral.

306. Ahora bien, conforme con el Acápito ii) del Literal b) de la Cláusula 16.11 de la Sección XVI del Contrato de Concesión, que se constituye como el acuerdo que regula el arbitraje respecto de las Controversias No –Técnicas, existen dos reglas establecidas por las partes:

- Las Controversias No-Técnicas en las que el monto sea igual o menor a Cinco Millones y 00/100 dólares (US\$ 5 000 000.00) serán resueltas mediante Arbitraje a través del procedimiento establecido en los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje; y,
- El laudo arbitral deberá emitirse antes de los sesenta (60) días hábiles posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral.

307. Los dos supuestos de hechos mencionados se contraponen, en virtud que, si bien en el primero se deja claramente establecido que el procedimiento arbitral respecto de una Controversia No – Técnica cuyo monto sea igual o menor a Cinco Millones y 00/100 dólares (US\$ 5 000 000.00) se guiará conforme con los Reglamentos del Centro de Arbitraje; en el segundo se establece un plazo máximo de sesenta (60) días desde instalado el Tribunal para que el laudo arbitral se emita. Lo cual significa, considerando que con el laudo se resuelve definitivamente la controversia, que dicho plazo es el máximo que debe durar este procedimiento.



⁸⁶ La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (derogada por la Única Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1071) establecían una regulación similar a la descrita. Así, el Artículo 33° de dicha Ley prescribía lo siguiente:

**Artículo 33°.- Libertad de regulación del proceso.- Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización.*

A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes. La decisión será notificada a las partes.

Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos."

Incluso en el Artículo 34° de la misma norma derogada se estableció un procedimiento supletorio, que regía cuando no existía disposición distinta de las partes o de los árbitros.



308. Al respecto, resulta contradictorio la regulación de la solución de las controversias no técnicas establecida en estos dos supuestos recogidos en la cláusula arbitral; puesto que, por un lado se reconoce de manera amplia que se aplicarán los procedimientos regulados en los Reglamentos del Centro de Arbitraje; y por otro, en el segundo supuesto, se pone límite a la aplicación de este Reglamento en lo que respecta al plazo de duración del procedimiento arbitral, puesto que pone un máximo de sesenta (60) días desde que se instala el Tribunal Arbitral, lo cual resulta innecesario, y entorpece la aplicación del mecanismo de solución de conflictos que las partes han convenido.

309. En ese sentido, cabe resaltar que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima es un ente de derecho privado con autonomía para fijar o modificar los plazos y procedimientos de las controversias a su cargo, presumiéndose que cuando las partes de alguna controversia voluntariamente se someten a su jurisdicción arbitral, aceptan las reglas y normas procedimentales establecidas por esta entidad.

310. En tal sentido, el límite temporal impuesto en el Contrato de Concesión, puede significar que el Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje se niegue a conocer las controversias No – Técnicas cuyo monto sea igual o menor a Cinco Millones y 00/100 dólares (US\$ 5 000 000.00) que surjan entre la Empresa Concesionaria y el MTC, puesto que si el órgano arbitral acepta conocer dicha materia, involucraría aplicar el plazo establecido en el Acápito ii) del Literal b) de la Cláusula 16.11 de la Sección XVI del Contrato de Concesión en desmedro de los plazos de su reglamento, es decir, tendría que someterse al plazo de sesenta (60) días desde la instalación del Tribunal Arbitral, lo cual puede ser una condición que difícilmente sea aceptada por el Centro de Arbitraje, puesto que, como veremos más adelante, el plazo que dura un procedimiento arbitral en esta institución supera ampliamente el consignado en el Contrato de Concesión, cuyos reglamentos, por cierto, no establecen excepción alguna sobre el tema.

311. Además, una vez iniciado algún procedimiento arbitral, las partes tampoco podrían autorizar se varíe el plazo de sesenta (60) días puesto que ello, en el fondo, implicaría una modificación del Contrato de Concesión que sería inválida por no haber seguido el procedimiento prescrito para ello.

312. Los artículos 38° y 55° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima regulan expresamente los siguientes plazos:

- Una vez instalado, el Tribunal Arbitral otorgará al demandante un plazo de diez (10) días para que cumpla con presentar su demanda.
- Recibida la demanda, el Tribunal Arbitral notificará al demandado para que la conteste y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción dentro de los diez (10) días de notificado.
- En caso el demandado formule reconvencción, el Tribunal Arbitral notificará al demandante para que la conteste dentro de los diez (10) días de notificado. Las partes pueden pactar que no exista reconvencción por lo que este plazo de ser así no sería aplicable.



- Dispuesto el cierre de la instrucción⁸⁷ el Tribunal Arbitral procederá a resolver la controversia en un plazo no mayor de treinta (30) días, prorrogable, por una única vez, por decisión del Tribunal Arbitral, por quince (15) días adicionales. Sin embargo, En casos excepcionales, y de no mediar acuerdo entre las partes, el Consejo Superior de Arbitraje podrá autorizar al Tribunal Arbitral a fijar un plazo para emitir el laudo mayor al establecido en este Reglamento, o a establecer un plazo de prórroga mayor a aquél.

313. Como puede advertirse de lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y asumiendo un escenario conservador en el que no se formule reconvencción y no se amplíe el plazo para laudar, el tiempo para formular la demanda (10 días), contestar demanda (10 días) y emitir el laudo (30 días) hacen un total de cincuenta días (50) días hábiles. Sin embargo, la reconvencción es un derecho que no puede ser limitado, más aún en este tipo de controversias que son complejas; en ese sentido, si el demandado reconviene, la parte demandante tiene diez (10) días para absolver la reconvencción, llegando el plazo total a los sesenta (60) días, con lo cual se llegaría al límite del plazo que impone la cláusula arbitral del Contrato de Concesión. Sin considerar que el Tribunal puede ampliar el último plazo (emisión de laudo) por quince (15) días más, pues de hacerlo, el plazo aumentaría a setenta y cinco (75) días hábiles, y se estaría vulnerando el Contrato de Concesión.

314. Ahora bien, de lo descrito en el párrafo anterior, respecto de los plazos regulados en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- Sin reconvencción y sin ampliación de plazo para laudar: **cincuenta (50) días.**
- Con reconvencción y sin ampliación de plazo para laudar: **sesenta (60) días**, llegando al límite impuesto por el Contrato de Concesión.
- Con reconvencción y ampliación de plazo para laudar: **setenta y cinco (75) días**, superando el límite impuesto por el Contrato de Concesión.

315. Cabe resaltar que en los plazos descritos no se ha contabilizado los necesarios para la realización de las audiencias (de fijación de puntos controvertidos, de admisión de medios probatorios y actuación de medios probatorios, las mismas que pueden realizarse en varios días⁸⁸) una vez contestada la demanda o la reconvencción, debido a que estos no se encuentran regulados dentro del mencionado Reglamento. Tampoco se establecen los plazos para la realización de las audiencias (de fijación de puntos controvertidos, de admisión de medios probatorios y actuación de medios probatorios, las mismas que pueden realizarse en varios días) una vez contestada la demanda o la reconvencción.

⁸⁷ **Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima**

"Cierre de la instrucción

Artículo 47°.-

El Tribunal Arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Después de esta fecha, no podrán presentar ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del Tribunal Arbitral."

⁸⁸ **Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima**

"Determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral

Artículo 42°.-

Presentadas las posiciones de las partes, conforme al artículo 38°, el Tribunal Arbitral podrá citarlas a audiencia con el siguiente propósito:

- a. Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral.
- b. Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes, sin perjuicio de las facultades contenidas en el artículo 43°.
- c. Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral. En estas audiencias, podrá llevarse a cabo la actuación de los medios probatorios que el Tribunal Arbitral determine."



AA

316. Al respecto, como respuesta a la información solicitada por la Gerencia de Regulación mediante Oficio N° 149-08-GRE-OSITRAN, para el caso en donde INTERSUR S.A. (empresa Concesionaria del Tramo 4 de la Carretera Interoceánica Sur) solicita una modificación a su Contrato de Concesión sobre los mismos temas planteados por la presente empresa concesionaria, el Centro de Arbitraje, mediante Carta N° 0249-2008/CA-CCL-SGE estableció el plazo aproximado de un procedimiento arbitral incluyendo la realización de audiencias y notificaciones, señalando que desde la instalación del Tribunal arbitral hasta la notificación del laudo transcurrirían ciento treinta y cinco (135) días hábiles, precisando que *"habiendo sido calculados los términos en un escenario conservador (...) un arbitraje que demande mayor complejidad podría necesitar términos mayores."*
317. Como es evidente, del trámite a seguir por el Reglamento Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, los plazos descritos sobrepasan en exceso el plazo de sesenta (60) días previsto en el Contrato de Concesión para la emisión del laudo arbitral, por lo cual consideramos que existe una inconsistencia respecto de esta cláusula arbitral del contrato en mención, entre el sometimiento de las partes al procedimiento arbitral establecido en el reglamento de la Cámara, y el plazo convenido para la emisión del laudo arbitral.
318. En ese orden de ideas, resulta claro que la aplicación del Reglamento no será viable en la medida en que el plazo de sesenta (60) días para laudar, impediría la realización de los actos procesales en la oportunidad y plazos contemplados en el procedimiento; en ese sentido, es justificado y necesario modificar el Segundo Párrafo del Acápito ii) del Literal b) de la Cláusula 16.11 de la Sección XVI del Contrato de Concesión, a fin de viabilizar el arbitraje como medio de solución de controversias, y que éstas puedan someterse al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, respetando los plazos reglamentados por dicha institución.

VII.4.2.11 CLAUSULA DECIMO CUARTA A DECIMO OCTAVA:

319. En lo que respecta a las cláusulas en mención, no corresponde emitir opinión, en virtud que su tratamiento no trae consigo una modificación al Contrato de Concesión, sino que las mismas representan reglas generales de aplicación, ello sin perjuicio de lo señalado en el presente Informe.

VIII. CONCLUSIONES

320. La modificación del Contrato de Concesión, requiere la opinión previa del Regulador, quien se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las partes, verificando el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad; y respetando en lo posible: (i) la naturaleza de la Concesión, (ii) las Condiciones Económicas y Técnicas Contractualmente convenidas y (iii) el equilibrio financiero para ambas partes.
321. La propuesta de Quinta Aderida cumple con los requisitos de admisibilidad: Sustento Legal, Técnico y Económico – Financiero, Causa Fundada e Interés Público
322. La propuesta de Quinta Aderida al Contrato de Concesión cumple con la Naturaleza de la Concesión señalada en la cláusula 2.1, 2.2 y 2.3 de la sección II del referido Contrato.
323. Con relación a las condiciones económicas y técnicas, de la información presentada, y el análisis efectuado, se desprende esencialmente lo siguiente:



- Existen propuestas que no modificarían la matriz de riesgos, y que por tanto no afectarían el equilibrio económico del Contrato de Concesión (Modificación de las Etapas del PAO, el monto de inversión de las obras adicionales, el periodo de transitabilidad durante el periodo de construcción, entre otros).
- Algunas propuestas modificarían la matriz de riesgos del Contrato de Concesión, y con ello el equilibrio económico (sustitución de precios referenciales por precios reales en la valorización de obras, variación de metrados acumulativos vinculados a sectores inestables, entre otros).
- Es necesario contar con un mayor sustento técnico con relación a los cambios en la matriz de riesgo que justifiquen las modificaciones contractuales propuestas. De no ser así, deberá procurar obtener las compensaciones, con la finalidad de mantener el equilibrio económico de la concesión, a efecto de cumplir con lo establecido en el marco legal aplicable y el Contrato de Concesión.
- El Regulador propone perfeccionar algunas cláusulas del proyecto de Adenda, entre otras, aquellas referidas a los plazos que se le otorga al Regulador para la revisión de los Avances de Obra y la liquidación correspondiente.

324. Las modificaciones propuestas al Contrato de Concesión regulan la asignación de recursos para la continuación y culminación de las obras, lo cual amerita que el Concedente realice la correspondiente evaluación social.

325. La opinión técnica contenida en el presente informe tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo N° 171.2 de la Ley N° 27444, que establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.



AA

IX. RECOMENDACIONES

326. Poner en conocimiento del Consejo Directivo de OSITRAN el presente Informe para su aprobación.

Atentamente,



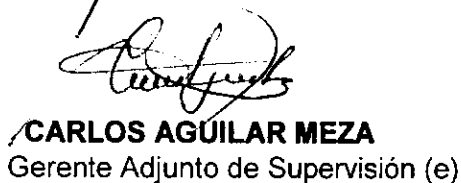
LINCOLN FLOR ROJAS
Gerente de Regulación



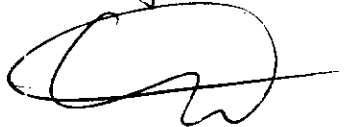
ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal (e)



HECTOR KUANG SALAS
Gerente de Supervisión



CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente Adjunto de Supervisión (e)



CARLOS FIERRO GARCÉS
Analista de Regulación



LUIS TAIRE SILVA
Jefe de Carreteras del Sur



VÍCTOR MIRANDA MENDOZA
Asistente Legal

CFG /Jb
REG-SAL-GRE- 11483-09

ANEXOS

ANEXO I: Procedimiento para la valorización de un CAO.

ANEXO II: Estimación del CAO (CAON° 1- CAO N° 22).

ANEXO I: Procedimiento para la valorización de un CAO

El procedimiento de valorización comprende: identificación de la etapa, número de CAO, fecha de término de las obras a valorizar, la inversión efectuada por el Concesionario dentro del Proyecto Referencial⁸⁹, la inversión efectuada por el Concesionario por concepto de Variación de Metrados⁹⁰, las amortizaciones⁹¹ según correspondan, así como los adelantos⁹².

En el caso de variación de metrados, de acuerdo a lo establecido en el punto 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión " a) Las valorizaciones de los incrementos o disminuciones netas de metrados en la ejecución de la Obra generarán variaciones al PAO, equivalentes a quince (15) cuotas anuales iguales (anualidades), calculadas con una tasa de interés anual de LIBOR a seis meses más un spread de 3%..."

Para dichos casos corresponde aplicar las fechas de inicio de pagos de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 8.23 e), g) e i) para la Etapas 1, Etapa 2 y Etapa 3 respectivamente, hasta quince (15) años posteriores.

Cabe precisar que ante variaciones de metrados, el Supervisor de Obras confirma que la Variación consignada por el Concesionario es la reportada, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión. Dicho expediente de variación de metrados es remitido al Concedente para su aprobación. Una vez sea aprobado por el Concedente, la Variación de Metrados es ingresada al PEO, para de esa forma valorizarla tal como lo establece el Contrato de Concesión.

Por otro lado, el Contrato de Concesión define al CAO como el Certificado de Avance de Obra, en donde " ... A través del CAO el REGULADOR otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el CONCESIONARIO materia de certificación ...".

Como se ha señalado, el CAO es el instrumento mediante el cual se mide el porcentaje de la obra que el Concesionario ha alcanzado en cada Hito. Dichos porcentajes son medidos de dos formas, i) de acuerdo al avance de obra que el Concesionario realiza sobre la Inversión Referencial⁹³ y ii) de acuerdo al avance de obra que el Concesionario realiza sobre la inversión en variación de metrados (obras adicionales), existiendo también, por estipulaciones establecidas en el Contrato de Concesión, CAO por adelantos y CAO por amortizaciones, previstos en el Anexo XI del Contrato de Concesión y finalmente existe también un CAO por actualizaciones.

⁸⁹ De acuerdo a lo señalado en el anexo XI del Contrato de Concesión.

⁹⁰ De acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión en las cláusulas 6.4.A.2 a la 6.4.A.6, en donde se establece el mecanismo de reconocimiento y composición de diferencias de metrados del Proyecto Referencial en la Ejecución de Obras (Mecanismo de Reajuste de Metrados). De acuerdo a lo señalado en el anexo XI del Contrato de Concesión.

⁹¹ Las que representan la retribución por parte del Concesionario a los Adelantos aceptados por el Concedente, los cuales se encuentran inmersos en el punto 2 del anexo XI, "... La Fianza presentada podrá ser reducida de forma proporcional conforme al Avance de las Obras a la fecha de emisión de los siguientes CAO ..."

⁹² Contempla los adelantos que se hallan otorgado al Concesionario por parte del Concedente, los cuales se encuentran inmersos en el punto 1.2 del Anexo XI, el que a la letra indica " El Concesionario podrá solicitar autorización al Concedente ... en la compra anticipada de materiales ... así como para la ejecución de las Actividades Preparatorias señaladas en este Anexo, contra carta de garantía y avance de Obra parcialmente ejecutadas. En estos supuestos, el Concedente previa opinión del Regulador, podrá aceptar incluir dichos gastos como parte del Programa de Ejecución de Obras ... incorporando dichos gastos al Certificado de Avance de Obra ..."

⁹³ Es la inversión realizada en cada Hito, dicha inversión debe estar inmersa dentro de lo que el Concesionario se comprometió a construir al inicio del Contrato de Concesión, siendo la Inversión Total la Inversión Referencial a la que se comprometió el Concesionario a realizar, para este caso asciende a US\$ 180.373.562.92 (precios del proyecto referencial por metrados del proyecto referencial).



Finalmente, y tal como se ha descrito, la emisión del CAO está compuesto por el avance de obra del proyecto referencial, el avance de obra sobre la variación de metrados, las amortizaciones desembolsadas, los adelantos concedidos al Concesionario por parte del Concedente, y finalmente las actualizaciones a realizar.

De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión en su Anexo IX, Numeral 1 acápite b.4 y en el Numeral 2 acápite b, los avances de obra referenciales se valorizan con metrados referenciales a precios referenciales, los avances de obra de variación de metrados se valorizan con metrados de variación de metrados a precios reales y se le adiciona los metrados de partidas nuevas a precios nuevos, con respecto a los gastos generales (GG) y la utilidad (U). A la fecha se ha valorizado toda la inversión con GG de 27% y U de 10% en virtud que las partes no han remitido acuerdo alguno sobre el monto que debe imputarse a los GG y la U para las variaciones de metrados; ello en virtud de lo establecido en la cláusula 6.4.A.2 y en el Numeral 3 del Anexo IX del Contrato de Concesión así como en la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2007-CD-OSITRAN.

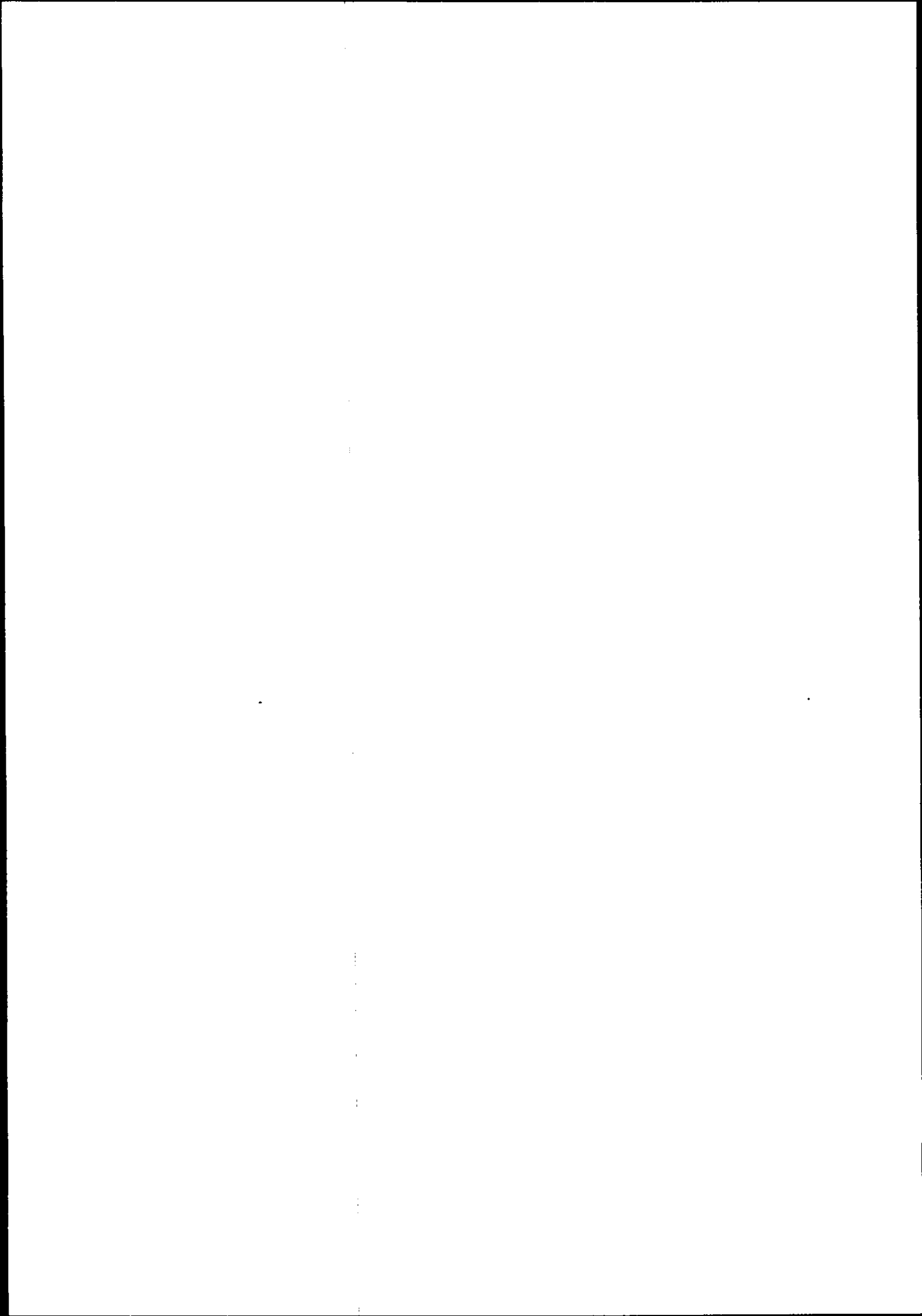
Con respecto a las actualizaciones al PAO, la cláusula 8.23 m), indica que se deben realizar las actualizaciones al PAO en el periodo de ajuste "i" medido al final de cada Hito, por cada avance de obras equivalente al 25% de las obras correspondientes a cada Etapa, y teniendo en cuenta que en el Contrato de Concesión "n" es igual a 4, entonces corresponde aplicar ajustes por polinómica cada 25% hasta por 4 veces en cada etapa constructiva (25%, 50%, 75% y finalmente 100%).

En el Contrato de Concesión se define PAO CAO como:

"El monto resultante de aplicar el porcentaje en el CAO al monto del PAO correspondiente a cada etapa, reajustado conforme al literal m) de la cláusula 8.23 y la cláusula 8.35 del presente Contrato, dividido entre dos. El PAO CAO se encuentra representado en los CRPAOs y será pagado en las fechas establecidas en dicho documento".

Tal como se ha señalado, el PAO CAO representa la titularización del avance de obra presentado por el Concesionario, y en virtud que el PAO es el compromiso del Estado Peruano de retribuir al Concesionario por los avances de obra, el Concesionario ha obtenido el derecho de hacerse de un porcentaje del compromiso de pago del Estado Peruano.





ANEXO II: Estimación del CAO (CAON° 1- CAO N° 22).

IRSA SUR TRAMO 3
CALCULO DE CAO

PAO	US\$ s/igv
Etapas 29.00%	11,797,780.00
Etapas 38.00%	15,459,166.00
Etapas 13.00%	13,475,080.00
PAO Contrato	40,882,000.00

Inversión (PEO)		US\$ s/igv
Etapas 1	29.00%	78,826,876.67
Etapas 2	38.00%	104,338,458.12
Etapas 3	33.00%	90,809,887.32
Inversión		274,575,416.12
CAO Mínimo		16,960,000.00

Ajuste por Tasa Interés		%
Etapas 1		3.93%
Etapas 2		4.34%
Etapas 3		4.89%
Total Ajuste por TI		4.40%

Fecha de Consolidación VM	
Etapas 1	30/10/2007
Etapas 2	30/10/2008
Etapas 3	30/10/2009

80,900,438.40

N°	Etapas	CAO N°	Fecha Avance	Inversión							% Avance	CAO US\$					Inversión (US\$)							
				Referencial	Var. Met.	Anticipos	Amort. Antic.	Actualización	CAO	Etapas Obra		Etapas PAO	Referencial	Var. Met.	Anticipos	Amort. Antic.		Inv. Ejecutada						
1	1	CAO N° 01-T3	31/05/2006	3.741223%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	3.741223%	12.900769%	12.900769%	3.741223%	12.900769%	12.900769%	10,272,479.55	0.00				10,272,479.55	274,575,416.12		
2	1	CAO N° 02-T3	25/09/2006	3.020291%	1.031072%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	4.051363%	13.970217%	13.970217%	7.762588%	26.870886%	26.870886%	8,292,075.33	3,215,384.56				11,508,339.89	274,575,416.12		
3	1	CAO N° 03-T3	25/11/2006	5.105990%	0.713135%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	5.819125%	20.065948%	20.065948%	13.611711%	48.936834%	48.936834%	14,019,791.94	2,253,638.83				16,273,430.77	274,575,416.12		
4	1	CAO N° 04-T3	25/02/2007	5.437522%	0.452080%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	5.889602%	20.308972%	20.308972%	18.501313%	67.245906%	67.245906%	14,930,098.81	1,454,369.67				16,384,468.48	274,575,416.12		
5	1	CAO N° 05-T3	25/04/2007	3.245314%	2.182500%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	5.427184%	18.716800%	18.716800%	24.829127%	85.962506%	85.962506%	8,910,835.26	7,135,411.26				16,046,246.51	274,575,416.12		
6	2	CAO N° 06-T3	10/08/2007	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%						0.00	274,575,416.12		
7	1	CAO N° 07-T3	25/07/2007	2.054898%	1.432880%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	3.487776%	12.026814%	12.026814%	28.416903%	97.989320%	97.989320%	5,642,239.23	4,773,230.97				10,415,470.20	274,575,416.12		
8	2	CAO N° 08-T3	25/07/2007	0.789143%	0.083055%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.872198%	2.295258%	2.295258%	29.789101%	2.295258%	17.782379%	2,168,792.43	255,732.45				2,424,524.88	274,575,416.12		
9	2	CAO N° 09-T3	25/08/2007	4.714290%	0.923186%	0.000000%	-0.558871%	0.000000%	0.000000%	5.077605%	14.835463%	13.362118%	34.366708%	17.130721%	31.144497%	12,944,281.17	2,852,283.97				-1,537,268.23	15,769,565.14	274,575,416.12	
10	2	CAO N° 10-T3	25/10/2007	6.072034%	-0.250282%	0.000000%	-0.448778%	0.000000%	0.000000%	5.371978%	15.320400%	14.136779%	39.738882%	32.451121%	45.281276%	16,872,312.52	-815,548.34				-1,234,874.71	15,856,784.18	274,575,416.12	
11	2	CAO N° 11-T3	25/12/2007	5.017852%	1.065307%	0.000000%	-0.371687%	0.000000%	0.000000%	5.711052%	16.008913%	15.030683%	45.450334%	48.458934%	60.311936%	13,778,081.68	8,543,089.31				-1,020,587.75	17,321,151.17	274,575,416.12	
12	2	CAO N° 12-T3	25/04/2008	2.574248%	1.327768%	2.387658%	-0.556649%	0.000000%	0.000000%	5.742861%	10.268537%	15.112230%	51.102895%	58.726471%	75.424178%	7,089,283.09	5,060,886.21	5,583,100.59				-2,809,308.32	16,113,347.72	274,575,416.12
13	2	CAO N° 13-T3	25/06/2008	4.328959%	0.675461%	0.884331%	-0.899457%	0.000000%	0.000000%	5.742861%	13.188737%	12.802616%	56.881978%	71.897208%	86.026784%	11,885,434.25	2,583,882.02	1,879,005.02				-2,469,687.32	14,469,296.27	274,575,416.12
14	2	CAO N° 14-T3	10/08/2008	2.823744%	2.198077%	0.000000%	-1.013512%	0.000000%	0.000000%	3.976307%	13.131103%	10.463866%	58.068286%	85.028311%	98.490780%	7,753,306.89	8,384,040.83				-2,782,854.82	16,147,347.72	274,575,416.12	
15	2	CAO N° 15-T3	25/08/2008	2.355291%	2.498818%	0.000000%	-1.023146%	0.000000%	0.000000%	3.818963%	12.742392%	10.049003%	63.777249%	87.770703%	108.540663%	6,467,091.28	9,646,652.45				-2,809,308.32	16,113,347.72	274,575,416.12	
16	2	CAO N° 16-T3	25/09/2008	3.866378%	2.067758%	0.000000%	-1.023146%	0.000000%	0.000000%	4.410489%	14.29937%	11.606547%	68.187707%	112.080740%	120.147210%	9,243,241.51	7,620,208.04				-2,809,308.32	16,113,347.72	274,575,416.12	
17	2	CAO N° 17-T3	25/10/2008	4.915855%	1.788418%	0.000000%	-1.023146%	0.000000%	0.000000%	4.120989%	13.536958%	10.844488%	72.308635%	126.068688%	130.991678%	9,213,611.22	6,822,947.07				-2,809,308.32	16,113,347.72	274,575,416.12	
18	2	CAO N° 18-T3	25/11/2008	3.350929%	1.788418%	0.000000%	-1.023146%	0.000000%	0.000000%	7.987149%	17.840818%	21.045121%	80.305781%	143.247518%	152.806798%	13,496,633.79	7,272,887.91	6,361,311.48				-2,809,308.32	20,798,521.87	274,575,416.12
19	2	CAO N° 19-T3	05/01/2009	2.180777%	0.873860%	0.000000%	-0.821858%	0.000000%	0.000000%	2.570779%	6.398834%	6.783892%	82.870606%	151.647350%	158.000691%	6,364,889.41	3,774,885.72				-1,708,618.89	20,798,521.87	274,575,416.12	
20	3	CAO N° 20-T3	25/01/2009	5.583579%	0.508951%	0.000000%	-0.403073%	0.000000%	0.000000%	1.689273%	6.340442%	5.119009%	84.585333%	6.340442%	5.119009%	4,347,614.43	2,120,017.00				-1,106,738.61	6,476,631.43	274,575,416.12	
21	2	CAO N° 21-T3	05/01/2009	0.000000%	2.578674%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	0.000000%	2.578674%	6.788616%	6.788616%	87.145007%	158.435869%	165.589207%	0.00	0.00				0.00	11,142,878.09	274,575,416.12	
22	3	CAO N° 22-T3	25/03/2009	2.64127%	1.185926%	0.000000%	-1.158172%	0.000000%	0.000000%	2.161881%	10.151676%	6.642004%	89.338888%	16.482118%	11.781073%	5,942,159.88	4,943,806.24				-3,150,956.29	10,895,868.22	274,575,416.12	
Avance Acumulado				68.893249%	25.981720%	11.293774%	-16.126749%	0.000000%	0.000000%	95.221894%			189,411,944.92	84,059,505.25	30,862,476.38	-87,805,565.38	293,470,556.17							

N°	Etapas	CAO N°	Fecha Avance	Ajuste Fórmula Polinómica			
				PAOCAO + Cuota VM	Indice Reajuste	Importe Form. Polin.	Ajuste Form. Polin.
1	1	CAO N° 01-T3	31/05/2006	1,522,004.34	1.095802	130,591.02	0.00
2	1	CAO N° 02-T3	25/09/2006	1,649,175.50	1.102406	188,783.06	289,374.08
3	1	CAO N° 03-T3	25/11/2006	2,367,336.43	1.100579	238,104.33	0.00
4	1	CAO N° 04-T3	25/02/2007	2,396,007.89	1.107174	256,789.75	494,894.06
5	1	CAO N° 05-T3	25/04/2007	2,208,143.29	1.118503	281,871.60	281,871.60
6	2	CAO N° 06-T3	10/08/2007	0.00	0.000000	0.00	0.00
7	1	CAO N° 07-T3	25/07/2007	1,418,897.03	1.145471	206,408.37	0.00
8	2	CAO N° 08-T3	25/07/2007	354,827.59	1.145471	51,617.12	0.00
9	2	CAO N° 09-T3	25/08/2007	2,293,437.99	1.153794	362,717.00	0.00
10	2	CAO N° 10-T3	25/10/2007	2,368,405.15	1.186081	440,715.20	845,049.32
11	2	CAO N° 11-T3	25/12/2007	2,474,828.04	1.206876	434,363.58	945,851.14
12	2	CAO N° 12-T3	25/04/2008	1,587,429.54	1.273627	511,487.56	0.00
13	2	CAO N° 13-T3	25/06/2008	2,035,778.10	1.289493	583,235.80	0.00
14	2	CAO N° 14-T3	10/08/2008	2,029,358.17	1.380480	731,759.32	1,314,994.92
15	2	CAO N° 15-T3	25/08/2008	1,969,868.78	1.338278	666,362.60	0.00
16	2	CAO N° 16-T3	25/09/2008	2,210,510.88	1.331378	732,518.92	1,398,879.52
17	2	CAO N° 17-T3	25/10/2008	2,092,699.98	1.272253	569,743.85	569,743.85
18	2	CAO N° 18-T3	25/11/2008	2,727,122.35	1.256702	687,330.64	0.00
19	2	CAO N° 19-T3	05/01/2009	1,298,543.81	1.194444	252,494.05	949,824.09
20	3	CAO N° 20-T3	25/01/2009	851,208.20	1.190101	181,815.53	0.00
21	2	CAO N° 21-T3	05/01/2009	1,049,482.98	0.000000	-1,049,482.98	0.00
22	3	CAO N° 22-T3	25/03/2009	1,362,888.58	0.000000	-1,362,888.58	0.00
Avance Acumulado				38,287,518.89	5,636,175.54	7,086,283.28	

PAOCAO Sin Ajuste	Ajuste Tasa de Interés		Importe Tasa Interés
	% Ajuste	%	
1,522,004.34	3.93%		59,814.77
1,228,714.78	3.93%		48,288.48
2,077,218.85	3.93%		81,834.78
2,312,062.70	3.93%		96,936.24
1,320,256.64	3.93%		51,888.16
0.00	0.00%		0.00
835,972.78	3.93%		32,883.73
321,039.16	4.34%		13,933.10
1,917,867.46	4.34%		83,238.45
2,470,224.87	4.34%		107,707.76
2,041,403.23	4.34%		88,596.90
1,047,285.57	4.34%		45,460.89
1,760,985.05	4.34%		76,429.75
1,14			

