

INFORME N° 023-09-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 - Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, Tramo 4 (Adenda N° 6).

Fecha : 14 de julio 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 - Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, Tramo 4, contenida en el Proyecto de Sexta 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 Sexta Adenda presentada por las Partes. Así, 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 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 4 - Inambari - Azángaro, en adelante el Contrato de Concesión.

La Concesionaria Intersur Concesiones S.A., en adelante el Concesionario, se comprometió a ejecutar el Tramo 4 (Inambari - Azángaro), conforme al Proyecto Referencial (Obras del Proyecto referencial y Obras Alternativas) por un Pago Anual por Obras, en adelante PAO, de US\$ 25,449,000.00.

4. El 01 de marzo de 2006, el Concedente y el Concesionario, suscribieron la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión referido al inicio de los trabajos de transitabilidad.
5. El 16 de marzo de 2006, las Partes (Concedente y Concesionario) suscribieron la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión referido a aclarar los costos de transitabilidad durante el periodo de construcción de las Obras.
6. El 26 de julio de 2006, las Partes suscribieron la Adenda N° 3 al Contrato de Concesión, relacionado con la Bancabilidad del Proyecto.
7. 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.

8. 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.
9. El 18 de febrero de 2009, las Partes suscribieron la Adenda N° 4 al Contrato de Concesión, modificando la cláusula 16.11.b).ii. del Contrato de Concesión referido al plazo que tendrían los árbitros para laudar, en caso de Arbitraje Nacional de Derecho.
10. 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.
11. El 03 de abril de 2009, mediante Oficio N° 6057-2009-SG/PROINVERSION, Proinversión, remite al Regulador el Libro Blanco correspondiente al proceso de Concesión de los Tramo 2, 3 y 4 del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil.
12. El 19 de mayo de 2009, las Partes suscribieron la Adenda N° 5 al Contrato de Concesión, estableciendo la modificación del cálculo de los CAO's así como la decisión del Concedente de Ajustar el PAO de la Primera y Segunda Etapa.
13. El 26 de junio de 2009, mediante Oficio N° 876-2008-MTC/25, el Concedente presenta el Proyecto de Sexta Adenda al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 4.
14. El 2 de julio de 2009, mediante Oficio N° 086-09-GRE-OSITRAN, el Regulador requiere al Concedente información sustentatoria para la evaluación del Proyecto de Sexta Adenda al Contrato de Concesión.
15. El 2 de julio de 2009, mediante Oficio N° 215-09-GG-OSITRAN, el Regulador puso en conocimiento del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) la propuesta de Sexta Adenda al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 4.
16. Mediante Oficio N° 895-2009-MTC/25 del 07 de julio de 2009, el Concedente remite la información sustentatoria ante el requerimiento del Regulador. En tal sentido, corresponde realizar la evaluación del contenido de la modificación propuesta¹.

IV. MARCO LEGAL APLICABLE

17. 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-PCM², establece que el Estado podrá modificar la concesión cuando ello resulte conveniente.
18. 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;

¹ La evaluación del contenido de la información, la suficiencia y pertinencia del mismo será realizada en el ítem "Análisis de la Modificación Propuesta".

² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de diciembre de 1996.



- b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
- c) el equilibrio económico financiero para ambas Partes.

19. 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.
20. 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-PCM³, 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.
21. 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.
22. 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".
23. 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-PCM⁴, 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 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]

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

³ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 28 de diciembre de 1996.

⁴ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.



"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.

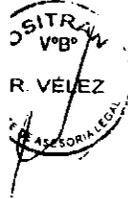
La solicitud que en ese sentido realice el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE deberá respetar la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

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]

25. 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° 1012⁵, 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 de inversión, requerirá la opinión del Regulador dentro del plazo de 10 días hábiles, caso contrario, se considerará favorable.
26. En ese mismo sentido, el artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 146-2008-EF⁶, 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.
27. Mediante Ley N° 29309⁷, se declara de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente la continuación y culminación de la construcción y asfaltado de



⁵ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 13 de mayo de 2008
⁶ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 9 de diciembre de 2008.
⁷ 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), establecidas en los contratos.

Artículo 2 - Determinación de la modalidad de financiamiento



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.

28. Por último, con el Decreto de Urgencia N° 025-2009, de fecha 20 de febrero de 2009, de acuerdo con los considerandos precedentes resulta urgente atender las obligaciones y ejecución de las referidas obras de los tramos 2, 3 y 4 de IIRSA Sur, se incorporó, vía Crédito Suplementario, en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009, la suma de S/. 772 652 146,00, para el financiamiento del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil (IIRSA SUR); en vista que, que de no implementarse dicha decisión, se pone en riesgo de pérdida la inversión realizada en los mencionados tramos viales, sin perjuicio de los conflictos sociales en las zonas de influencia del proyecto y, asimismo, implicaría destinar fondos públicos para el pago de penalidades e intereses.

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

29. El inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917⁸, 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.
30. El Texto Único Ordenado (TUO) 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-EF⁹, establecen la obligación del Regulador de emitir opinión sobre la modificación de los Contratos de Concesión.

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 periodo 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.

⁸ Ley N° 26917.-

*Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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.

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



31. 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.
32. 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 sustancial¹⁰, 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.
33. 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.
34. Ahora bien, el artículo 9º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, 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.

VI. DE LA SOLICITUD

35. Según la solicitud, el Objeto de la propuesta de Sexta Adenda del Tramo 4 al Contrato de Concesión es el siguiente:
 - Establecer que la Concesionaria continuará con la ejecución de las Obras que superen el monto del PAO Contractual. Para tal efecto, el Concedente se obliga a pagar la contraprestación por la ejecución de obras que se hubiesen ejecutado por encima del monto del PAO Contractual.
 - Establecer las reglas aplicables hasta su culminación.
 - 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.
36. En líneas generales, los principales temas que se encuentran vinculados con el objeto de la propuesta de Adenda, son los siguientes:

¹⁰ 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"



- Valorizar los avances de obra del periodo final con precios reales y con gastos generales y utilidad de 35.5% y 10% respectivamente, aplicable a los metrados pendientes de ejecutar.
- En cuanto a las Obras pendientes por ejecutar que no pueden ser cubiertas con el PAO, las Partes proponen establecer el "Periodo Final"¹¹.
- Modificar los plazos para el procedimiento de valorización de avance de obra del periodo final.
- Eliminar el Hito.
- 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 metrados acumulativas vinculada a sectores inestables. Las Partes proponen que el Estado reconozca variaciones de metrados sobre aquellas variaciones de metrados registradas que no hayan sido reconocidas en los avances de Obra ("variaciones de variaciones de metrados").
- Ampliar el periodo de ejecución de obras hasta el 31 de marzo de 2011.
- Otorgar al Concesionario un pago por transitabilidad del orden de US\$ 2 500 000.00 (sin IGV) por dos semestres.
- Ratificar, en todos sus extremos, de los acuerdos contenidos en el Acta de Trato Directo de Fecha 19 de abril de 2009, señalando además que lo establecido en dicho documento primará sobre cualquier otra disposición contractual.

Adicionalmente algunas de las modificaciones propuestas serán sujeto de análisis para evaluar el cambio en la matriz de riesgos y del equilibrio económico de la Concesión.

37. 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.

VII. ANÁLISIS

VI.1 Análisis de Admisibilidad

38. 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.
39. 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.
40. 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



¹¹ Adenda 5 del Tramo 3:
Clausula Tercera.- Definiciones
Es el periodo durante el cual el CONCESIONARIO ejecutará obras una vez concluido el Periodo Transitorio. (. .)



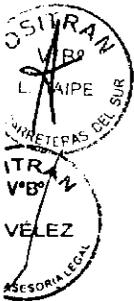
- Causa Fundada
- Interés Público

VI.1.1 Sustento Legal, Técnico y Económico-Financiero

41. El Concedente ha remitido el Oficio N° 876-2009-MTC/25 adjuntando el informe N° 388-2009-MTC/25, en tanto que con el Oficio N° 895-2009-MTC/25, el Concedente remite el Informe N° 414-2009-MTC/25 el cual presenta información complementaria. Mediante los mencionados documentos, el Concedente evalúa y analiza el sustento técnico, financiero y legal de la Adenda propuesta.
42. En atención a la información remitida 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.1.1 Causa Fundada¹²

43. El sustento que expone el Concedente para modificar el Contrato de Concesión se basa 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 4 y su consecuente pago"¹³.
44. 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.
45. 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
46. Bajo el marco normativo antes expuesto, se suscribió la Adenda N° 5, la cual reguló "el mecanismo adecuado para la continuidad de las obras del Tramo 4, toda vez que se han cumplido los supuestos establecidos en las Cláusulas 6.4.A.2 y 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, en el sentido de haber superado el 10% del PAO Contractual"¹⁴.
47. En atención a lo expuesto, los efectos por la aplicación inmediata de lo establecido por la Ley N° 29309, constituyen el argumento que viabilizaría la suscripción del Proyecto de Sexta Adenda al Contrato de Concesión; por ello podemos concluir que el motivo señalado por el Concedente, para la continuación y culminación del íntegro de las obras del Tramo 4, en base a la normas antes referidas, se sustenta en una causa fundada.



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 Informe N° 388-2009-MTC/25 de fecha 25 de junio de 2009. Página 5

¹⁴ Segunda Cláusula Segunda de la Adenda 5 al Contrato de Concesión



48. Por último, cabe resaltar que las modificaciones propuestas mediante la presente solicitud de adenda, debe guardar consistencia con lo implementado a través de la Ley, así como con el Contrato de Concesión y sus respectivas modificaciones, expresando un efecto lógico, técnico y legal fundamentado en dichos documentos y en consideración con lo actuado hasta la fecha, de modo que, en los casos que corresponda, no se alteren los actos ya cumplidos.

VII.1.2 Interés Público¹⁵

49. 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 4, 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 han podido ser cubiertas con el PAO. Esta necesidad se justifica en el bienestar económico y social que la infraestructura de esta carretera generaría, no sólo para su zona de influencia, sino para la economía del país en general.
50. 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:

*"Artículo 1°.- 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]*

51. 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.
52. De acuerdo a lo analizado, se ha acreditado los requisitos y condiciones establecidas para admitir a trámite la solicitud presentada, y proceder al análisis técnico de la propuesta.

VI.2 Análisis de la Modificación Propuesta¹⁷

VI.2.1 Marco Metodológico

53. 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°

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.

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



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.

54. 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.
55. 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 razones justificadas. Dicho principio tiene amplio reconocimiento Constitucional y resulta exigible a todas las autoridades del Estado²⁵.
56. 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.
57. 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 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.

VI.2.2 Naturaleza de la Concesión

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.

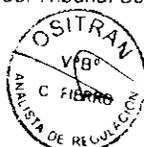
²⁴ Artículo 13.- Principio de Eficiencia y Efectividad.

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.

²⁵ En 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 suprema, 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 del Tribunal Constitucional, Expediente N° 5760-2006-PA/TC de fecha 19 de abril de 2007.



58. El 04 de agosto del 2005 el Concedente y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Azángaro 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.
59. 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 sólo durante la vigencia de la misma.
60. 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.
61. Sin perjuicio de la multiplicidad de actividades y prestaciones en que se divide el objeto de la Concesión, el Contrato es de naturaleza unitaria y responde a una causa única. También es de prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada. Por otra parte, una de las características principales del contrato mismo, consiste en que en todo momento, se debe mantener el equilibrio económico - financiero de las Partes²⁸.
62. 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.
63. En atención a lo expuesto, la propuesta de Sexta 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.

VI.2.3 Condiciones establecidas en el Contrato de Concesión

VI.2.3.01 Sobre el diseño del Contrato de Concesión

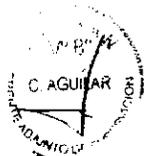
64. De acuerdo al Libro Blanco del "Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramos 2, 3 y 4", los Términos de Referencia, las Bases y el propio Contrato de Concesión - Tramo 4, el Estado entregó en Concesión al Concesionario, la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación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



²⁷ Sección II: Clausula 2.2 del Contrato de Concesión.

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.



TRAMO 4	SUB TRAMOS	LONGITUD EN KMS.	TOTAL A CONSTRUIR (NO ASFALTADO)
INAMBARI - AZANGARO	Puente Inambari - San Gaban	64.9	305,90
	San Gaban - Ollachea	13.5	
	Ollachea - Macusani	96	
	Macusani - Progreso	94	
	Progreso - Dv. Asillo	13.26	
	Dv. Asillo - Azangaro	24.24	

Fuente: Libro Blanco

Elaboración: Gerencia de Asesoría legal - OSITRAN

65. 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:

Presupuesto de Inversiones
(en US\$ dólares americanos)

ITEM	DESCRIPCION	PRESUPUESTO	
		%	TRAMO 4
A PRESUPUESTO DE OBRAS			
1	Costo Directo Reajustado por el Proyectista del Estudio de Factibilidad		120,253,768.00
2	Movilización y Desmovilización		6,234,854.95
3	Estudio Definitivo de Ingeniería	3	3,607,613.04
4	Estudio de Impacto Ambiental	13	1,583,298.86
5	Costo Directo		131,659,534.97
6	Gastos Generales 27%	27	35,548,074.44
7	Utilidad 10%	10	13,165,953.40
8	SUBTOTAL OBRAS		180,373,562.91
9	IGV	19	34,270,976.95
10	TOTAL DE PRESUPUESTO PARA OBRAS INCLUIDO I.G.V.		214,644,539.87
B PRESUPUESTO PARA CONCESIONES			
11	Transitabilidad durante la Construcción		10,236,906.00
12	Estaciones de Peaje y Pesaje		3,556,894.89
13	SUBTOTAL		13,793,800.89
14	Gastos Generales 27%	27	3,724,326.24
15	Utilidad 10%	10	1,379,380.09
16	SUBTOTAL		18,897,507.21
17	IGV		3,590,526.37
18	TOTAL PRESUPUESTADO PARA CONCESIÓN		22,488,033.58
19	TOTAL (A+B)		237,132,573.45

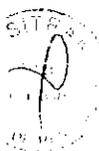
Fuente: Libro Blanco.

Elaboración: Gerencia de Asesoría legal - OSITRAN

66. De acuerdo con la estimación de los costos involucrados en el Proyecto, se llegó a un Presupuesto Reajustado de Inversiones de US\$ 237'132,573.45 (incluido el IGV) para el Tramo 4³⁰. Para lograr esta estimación de costos, se tuvo en cuenta el trabajo a ser realizado (305.90 Km)³¹, estableciendo los precios correspondientes. A estos costos directos, ya reajustados antes del proceso de Concesión, se les adicionó los gastos

³⁰ Inicialmente el Presupuesto Referencial antes del ajuste era de US\$ 171 661 335,99 para el total de la obra a construir (305.90 km). Sin embargo, existían riesgos que no habían sido considerados en el Estudio de Factibilidad y que deberían ser reconocidos lo que derivó en una modificación en el diseño de la Concesión.

³¹ Mediante Oficio N° 751-2005-MTC/02 de fecha 20 de junio de 2005, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones remite a PROINVERSIÓN los metrados y los presupuestos que respalda el Presupuesto Reajustado del Proyecto. En dicho documento puede advertirse que para el Tramo 4 se ha calculado la inversión con 305.90 Km.



generales (27%) y una utilidad (10%), que fueran aprobados por el MTC³², lo que daba como resultado el Presupuesto para Obras.

67. 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 diligencia preparatoria "due diligence", 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 definitivo³³.
68. 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 diligence 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 suma alzada, (iii) los precios solamente se ajustaban para las variaciones de metrados de las partidas correspondientes³⁴.
69. Como puede advertirse, la propuesta técnica de los postores³⁵ 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 integralmente 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 4: US\$ 25 449 000,00 (Veinticinco Millones Cuatrocientos Cuarenta y Nueve Mil y 00/100 Dólares de Estados Unidos de América).
 - PAMO Tramo 4: US\$ 4 683 000,00 (Cuatro Millones Seiscientos Ochenta y Tres Mil con 00/100 Dólares de Estados Unidos de América).
70. 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 construcción³⁶.
71. 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

³² 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".

³³ Según Resumen Ejecutivo N° 43-2005-IOS de fecha 16 de mayo de 2005.

³⁴ Según Oficio N° 2771/2005/CPI-RV/PROINVERSION de fecha 25 de julio de 2005.

³⁵ El postor era responsable de su propuesta técnica, existiendo un límite de responsabilidad establecido claramente en las Bases. En este mismo sentido, el Informe N° 025-2005-MTC/20.6 se señala lo siguiente: "Asimismo, como el proyecto está a nivel de Estudio de Factibilidad, para su ejecución se requiere elaborar el Estudio de Ingeniería y de Impacto Ambiental, responsabilidad que es de la Entidad Contratante cuando las obras se ejecutan por el sistema de inversión pública; en cambio en este caso se está trasladando dicha responsabilidad al Concesionario, bajo la supervisión del Regulador". Por último, el Numeral 3.4.1 de las Bases señalaban lo siguiente: "Todos los Postores deberán basar sus decisiones de presentar o no su Propuesta Técnica y Económica en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entrevistas, análisis y conclusiones sobre la información disponible y la que él de manera particular haya procurado, a su propio y entero riesgo".

³⁶ 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.



procedimiento a seguir en la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, cuyo tenor es el siguiente:

"Variaciones en metrados"³⁷

6.4.A.2 Podrán existir variaciones en metrados, respecto del Proyecto Referencial, 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 Proyecto Referencial, 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,
- (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 Proyecto Referencial: 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."

72. Como puede advertirse, sólo los mayores metrados que varíen lo previsto en el Proyecto Referencial, corresponden ser reconocidos al Concesionario. 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.



³⁷ La presente Cláusula incluye la modificación prevista en la Adenda N° 3 al Contrato de Concesión.



VI.2.3.02 El Hito

73. De acuerdo a lo establecido en la Cláusula 1.6 del 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"

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

" (...) 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\$10'000,000.00 (Diez Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América). (...) "

75. Como se puede observar, para la emisión de un CAO se exigía cumplir con presentar una inversión mínima de US\$ 10 MM, el mismo que se entiende que tiene relación directa con el Presupuesto Referencial (US\$ 180 373 562,91 (Sin IGV), y consecuentemente, tiene derecho a la emisión de los CRPAO correspondientes.

76. Teniendo en cuenta la estructuración financiera efectuada por el Concesionario, conforme lo establecido en la Cláusula 3.10. del Contrato de Concesión, a través de la venta de los CRPAO el Concesionario recupera la inversión efectuada por concepto de capital de trabajo, así como le permite mantener el capital de trabajo y continuar la ejecución de los sucesivos Hitos. De esta manera, el Contrato de Concesión contempla un esquema económico y financiero en función de un capital de trabajo reflejado en el Hito³⁸.

77. En cambio, para el Periodo final el Proyecto de Sexta Adenda no contempla el concepto del Hito, es decir, no contempla un nivel mínimo de inversión en capital de trabajo que garantice cada mes la ejecución de obras a un ritmo que permita que éstas se concluyan en los plazos establecidos.

78. De un lado, si bien resulta razonable que un menor nivel de inversión en el Periodo Final puede estar asociado a un menor nivel de capital de trabajo, existen incentivos para ejecutar en mayor avance de obra, pues las valorizaciones serían pagadas con menores costos de transacción con relación al CAO y CRPAO. Por lo tanto, si bien el nivel de capital de trabajo asociado a la ejecución de obras debe ser óptimo, éste debe garantizar la ejecución de las obras en el tiempo previsto. Sin embargo, como puede advertirse, esta situación no ha sido evaluada en la propuesta de Sexta Adenda al Contrato de Concesión, por lo que resulta importante que se tome en consideración.

VI.2.3.03 La Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras

79. La Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión regula la obligación del Concesionario de entregar al Concedente una Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras ascendente a US\$ 12 000 000,00 (Doce Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) para garantizar la correcta ejecución de las Obras, de acuerdo al Expediente Técnico y al Estudio de Ingeniería de Detalle, incluyendo el pago de las

³⁸-Al respecto, teniendo en cuenta las emisiones históricas de los CAOs, la consecución de un Hito por parte del Concesionario se ha realizado en periodos que oscilan entre 2 a 3 meses.



Cláusulas Penales y demás sanciones que correspondan. Asimismo, la referida Cláusula prevé que el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras podrá reducirse a un 50%, una vez que las obras se hayan ejecutado en un porcentaje no menor al 50%, siendo competencia del Regulador su aprobación respectiva.

80. El Regulador, en el ejercicio de sus funciones, aprobó la reducción de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras al CONCESIONARIO ascendente a US\$ 6 000 000,00 (Seis Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), en atención a que éste había cumplido con ejecutar el 50% de las Obras previstas como requisito en la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión, y considerando además, que la Garantía de Fiel Cumplimiento de Obras se encuentra vinculada al monto del Presupuesto de la Inversión Referencial y al pago que recibe el Concesionario por la Obra ejecutada³⁹.
81. Sobre el particular, la propuesta de Sexta Adenda al Contrato de Concesión no efectúa ningún planteamiento para ampliar el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Obras, pese a que el Presupuesto de la inversión referencial, que es una variable para la determinación del referido monto, se ha incrementado aproximadamente en US\$ 132 655 936.21⁴⁰. En ese orden de ideas, debería adecuarse dichas obligaciones a fin de cautelar las inversiones y garantizar la correcta ejecución de las obras en el Periodo Final, además de mantener las condiciones económicas y el equilibrio económico-financiero, en concordancia con lo establecido en la Sección XVII del Contrato de Concesión.
82. Cabe recordar que, el Contrato de Concesión estableció una Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras por un monto de US\$ 12 MM (Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión) para un Presupuesto del Proyecto Referencial de US\$ 180 373 562.91 (Sin IGV). A la fecha, de acuerdo a la información reportada por la Empresa Supervisora mediante Carta N° 302-2009/T4.JS, a la emisión del CAO N° 14, la Concesionaria ha avanzado con 156.56 Km de carretera (51.32% del total), que representa un avance de US\$ 160 646 738.99.
83. En ese orden de ideas, si dicho monto representa el 51.32% del total de avance de obra, el 100% de la obra estaría valorizada en US\$ 313 029 499,20 aproximadamente, lo que nos llevaría a colegir que habría obras por una inversión de US\$ 132 655 936,21 aproximadamente sin garantizar. En tal sentido, es necesario adecuar la garantía de fiel cumplimiento de la construcción que comprenda el monto total de obras pendientes por ejecutar.

VI.2.3.04 Sobre el método de valorización del periodo final

84. En la Adenda N° 5, las Partes acordaron valorizar todos los avances de obras (metrados referenciales y variaciones de metrados) como metrados referenciales y sub partidas nuevas a precios unitarios reales. Dicho acuerdo se aplica únicamente hasta agotar el PAO contractual⁴¹.

³⁹ Similar opinión la tuvo el Concesionario en la Carta N° IC-297/08.JMS de fecha 20 de junio del 2008.

⁴⁰ Al respecto, el Concedente, señala en el punto 4.2 "Garantía de Fiel Cumplimiento" de su Informe N° 388-2009-MTC/25, que "Se están manteniendo la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de las Obras, en virtud a que en el Contrato de Concesión se pactó como monto fijo para ella (cláusula 9.2 del Contrato de Concesión) y por lo tanto cubre el pago de la obra a realizar (). Adicionalmente a ello debe tenerse presente que la Variación de Metrados o Mayores Metrados no es causal ni genera obligación contractual de aumento de tal garantía"

⁴¹ Se efectuó Obra por un monto de US\$ 91 331 585,12 de US\$ 180 373 562,19, lo que represento 50.63%

85. Sobre el particular, el Concedente señala en su Informe N° 414-2009-MTC/25, Absolución 2, cuarto párrafo que: "(...) esta metodología no fue objetada por el Regulador". Cabe recordar que el OSITRAN en el numeral 105 del informe 12-09-GREGS-GAL-OSITRAN señaló que "(...) no es posible sostener en la propuesta de Adenda, que del Contrato de Concesión se desprenda que los metrados referenciales se pueden valorizar con precios unitarios reales. En consecuencia, aceptar que los metrados referenciales se pagan con precios unitarios reales significa en sí misma una modificación de las condiciones bajo las cuales se suscribió el contrato (...)".
86. En la presente Adenda, las Partes proponen valorizar el periodo final con precios unitarios reales, gastos generales de 35.5% y utilidad de 10%, tal como lo señalan en el punto 4.2 de su Informe N° 388-2009-MTC/25, "(...) los metrados pendientes de ejecución para concluir las obras son aquellas relacionadas con las Variaciones de Metrados (es decir, mayores metrados) y las Subpartidas No Consideradas en el Proyecto Referencial, por lo que se enmarca en lo establecido en las cláusulas 6.4.A.2 y 6.4.A.5 del Contrato de Concesión (...) En ese sentido, conforme a las Cláusulas 6.4.A.2 y 6.4.A.5 y al Anexo IX numeral 3 del Contrato de Concesión, correspondería retribuir al Concesionario por la ejecución de obras con los Precios Unitarios Reales, compuestos por los Costos Directos Reales (Aprobados por OSITRAN a lo largo del Tiempo), partidas nuevas (cláusula 6.4.A.5) Gastos Generales Reales (35.5%, conforme a lo establecido para efectos de la negociación en la Adenda N° 5) y Utilidad Real (10%, conforme a la Adenda N° 5). (...)". Sobre el mismo punto, cabe destacar que también fue señalado en el Informe N° 414-2009-MTC/25, séptimo párrafo: "(...) los metrados que no se ejecutaran en estos CAOs, son en realidad variaciones de metrados (...)".
87. De acuerdo a lo que señalan las Partes, éstas acuerdan establecer precios unitarios reales, gastos generales de 35.5% y utilidad de 10% para el periodo final, ya que las obras pendientes de ejecutar en el periodo final "son aquellas relacionadas con las Variaciones de Metrados", asumiendo además que siendo éstas variaciones de metrados, las Partes pueden ponerse de acuerdo sobre las mismas sin opinión previa del Regulador, por lo tanto, las Partes consideran que las obras pendientes de ejecutar en el periodo final son en su totalidad variaciones de metrados⁴².
88. 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.

89. De acuerdo a lo señalado en la cláusula 6.11 del Contrato de Concesión, el Concesionario, en los primeros treinta (30) días del inicio de la ejecución del obras, previo a la aprobación del Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID), presentó un

⁴² 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.



Programa de Ejecución de Obra (PEO) conformado por **metrados** y precios **del proyecto referencial**.

90. Al respecto, es preciso señalar que técnicamente la ejecución de las Obras de Construcción ha contemplado la ejecución de metrados considerados en el Proyecto Referencial así como de variaciones de metrados, sean éstos por concepto de subpartidas consideradas o no en el Proyecto Referencial. Conforme a la cláusula 6.11, en la etapa de estudios, desde la elaboración del Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID), el Concesionario contempló la ejecución de variaciones de metrados tomando como base el Proyecto Referencial. Asimismo, durante la etapa de construcción, se presentaron, variaciones de metrados adicionales que dieron lugar a la presentación por parte del Concesionario de Expedientes de Variaciones de Metrados, los cuales debían contar con la aprobación del Concedente a fin de que puedan ser incorporados al PID y, consecuentemente, al Programa de Ejecución de Obras (PEO).
91. En tal sentido, teniendo en cuenta la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2007-CD-OSITRAN, las emisiones de los CAO han reconocido conforme al PEO, los avances de Obra correspondiente a: i) las "variaciones de metrados" aprobadas por el Concedente en el PID y ii) los Expedientes de Variaciones de Metrados de la ejecución de la Obra. Por tanto, este reconocimiento ha conducido a valorizar dichas variaciones tomando recursos del PAO contractual, que no estaban contempladas originalmente en el presupuesto referencial.
92. Por lo tanto, al agotarse el PAO, queda claro que no se han ejecutado todos los metrados del Proyecto Referencial como refiere el Concedente en sus Informes. Los avances de Obra presentados por el Concesionario han incluido tanto metrados del Proyecto Referencial como Variaciones de Metrados, los cuales han sido reconocidos a través de las emisiones de los CAO como una proporción del PAO, según el procedimiento detallado en los numeral 2 del Anexo IX del Contrato de Concesión⁴³.
93. 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 correspondientes⁴⁴.
94. 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 reales, se refiere únicamente a las variaciones de metrados. En otras palabras, el Contrato de Concesión establece 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.
95. 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**

⁴³ Por ejemplo, al CAO N° 14-T4 se alcanzó un avance acumulado equivalente al 85.32% del valor del PAO. Sin embargo, de dicho total, el avance correspondiente a los metrados del Proyecto Referencial ascienden a 56.25% del valor del PAO. Es decir, se puede apreciar que los reconocimientos de avances de Obra emitidos a la fecha, correspondientes a los metrados del Proyecto Referencial, no implican el agotamiento del PAO sólo por dicho concepto.

⁴⁴ Según Oficio N° 277/2005/GPI-RV/PROINVERSION de fecha 25 de julio de 2005.



Referencial, del Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado, de las Soluciones Técnicas acordadas, de las Obras Adicionales, y/o de las Obras Accesorias"

96. 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 suma alzada, las variaciones de metrados de las subpartidas del Proyecto Referencial a Precios Unitarios Reales y subpartidas nuevas a Precios Unitarios Nuevos.
97. Esta comprensión 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)."
98. Como se advierte, el Contrato de Concesión ha diferenciado con claridad que los metrados y subpartidas del Proyecto Referencial 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 correspondientemente⁴⁵.
99. Por lo expuesto, corresponde que las obras pendientes de ejecutar en el periodo final se valoricen considerando precios unitarios reales o referenciales según el caso. De este modo, solo corresponde la aplicación de los gastos generales de 35.5% y utilidad de 10% a la obra pendiente de ejecución correspondientes a variación de metrados. En este caso, el impacto generado por la modificación a las cláusulas contractuales vigentes debería ser compensado.

VII.1.3 La Transitabilidad

100. Tal como lo establece el Contrato de Concesión en su cláusula 8.21, inciso a) y b), "Régimen Económico: Aportes al CONCESIONARIO", el Concedente se obligó a pagar al Concesionario el Pago Anual por Obras (PAO), que corresponden a tres etapas⁴⁶ y el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO).

⁴⁵ 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/PROINVERSION, del 25 de julio del 2005, paginas 6 al 8 y el Oficio N° 267/2005/CPI-RV/PROINVERSION, del 14 de julio del 2005, página 4].

⁴⁶ "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:

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



101. 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 periodo de construcción de las Obras:

"c) Costo de Transitabilidad durante el periodo 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\$ 16 420 820,00 (Dieciséis Millones Cuatrocientos Veinte Mil Ochocientos Veinte 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 periodo de Construcción. Los montos antes señalados no incluyen el Impuesto General a las Ventas (...)."

[El Subrayado es nuestro]

102. 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 dentro del cual no se ejecutan Obras durante el periodo de construcción.

103. 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 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."

[El Subrayado es nuestro]



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

(...)



104. 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]

105. Mediante Oficio N° 1119-2005-MTC/02, el Concedente acuerda con el Concesionario el adelanto de los trabajos de Transitabilidad al 8 de setiembre de 2005 y no al inicio de las obras de construcción. En virtud de lo señalado, el 2 de marzo de 2006, se suscribe la Adenda N° 1, la misma que en su tercer artículo las Partes declaran "que los Trabajos de Transitabilidad se han iniciado el 8 de setiembre del 2005"

106. Mediante Carta N° IC-376/06.BT de fecha 22 de agosto del 2006, así como el Oficio N° 498-2006-MTC/02.01 del 4 de octubre del 2006 señalan "(...) que la Fecha de Inicio de Construcción será el 11 de setiembre 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 11 de setiembre de 2006, y concluyen el 11 de setiembre de 2010.

107. Adicionalmente, mediante Oficio N° 339/2005/CPI-IOS/PROINVERSIÓN de fecha 12 de setiembre de 2005 dirigido al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dicho Organismo señala que el monto de transitabilidad constituye un presupuesto máximo⁴⁷ para los cuatro años de la Obra.

108. En atención a lo señalado en el Contrato de Concesión y en la Adenda N° 1, el Concedente solicitó al Concesionario el adelanto de los trabajos por Transitabilidad. En ese sentido, en el objeto de la Adenda N° 1 se señala que " (...) el Concesionario

⁴⁷ 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, (...)".



acepta adelantar el inicio de los trabajos (...)”. Sobre este extremo, cabe señalar que de acuerdo al Contrato de Concesión, por dichos trabajos el Concedente reconocerá a favor del Concesionario un monto no mayor de US\$ 16 420 820,00, por un periodo de cuatro (4) años. Debe agregarse 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.

109. Si bien la Adenda N°1 no señala en ninguno de sus extremos que el Concedente se compromete a reconocer los pagos por el adelanto de los trabajos en Transitabilidad aceptados por el Concesionario en la Adenda N° 1, lo que se desprende del Contrato de Concesión, es que el presupuesto para Transitabilidad está asociado al periodo de Construcción, y de acuerdo a la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, el periodo de construcción es de 4 años, por lo tanto, si el Concesionario solicitó al Concedente el adelanto de dicho periodo y éste fue ejecutado, corresponderá una contraprestación por el trabajo realizado, salvo que éste aspecto haya sido trasladado al Concesionario, quien podría acabar la ejecución de las obras en un periodo menor al periodo máximo previsto en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión. Sin embargo, no existe información sobre el particular.
110. En ese sentido, 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). Por ello, entre el 9 de setiembre del 2009 y el 11 de setiembre del 2010, las Partes deberán ponerse de acuerdo sobre el pago que debería recibir el Concesionario, en caso corresponda, en virtud que la Etapa de Construcción tiene como plazo de término el 11 de setiembre de 2010.

VII.1.4 Ampliación de Plazo de la Ejecución de las Obras

111. La cláusula 6.1 del Contrato de Concesión establece la obligación del Concesionario de ejecutar las Obras de Construcción correspondientes a la Concesión en tres etapas y en un plazo máximo de 48 meses contados desde la fecha de inicio de las Obras de la Primera Etapa. Asimismo, se establece que la precitada cláusula prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe de lo señalado en el Contrato.
112. Cabe mencionar que, el Concesionario puede habilitar el procedimiento para la ampliación del plazo del calendario de ejecución de Obras, correspondiendo al Regulador evaluar dicha solicitud⁴⁸, tomando la decisión el Concedente. La Cláusula 5.7⁴⁹, Cláusula 6.14⁵⁰, Cláusula 6.15⁵¹, Cláusula 6.16⁵² y Cláusula 6.17⁵³ del Contrato

⁴⁸ “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.”

⁴⁹ “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 interpediales. La entrega de dichos terrenos será, a más tardar a los ciento ochenta (180) Días Calendario, del Inicio de las Obras de cada etapa.

⁵⁰ “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



de Concesión regulan los supuestos para acceder a una ampliación del plazo de ejecución de obras.

113. En atención al Contrato de Concesión, éste fija al Concesionario un plazo máximo para la ejecución de las obras, salvo que se habilite algún supuesto válido para una ampliación del plazo de ejecución de Obra. Para tal efecto, 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 Obras⁵⁴ que se indica en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión.

114. Aunque es claro que las partes pueden modificar vía adenda dichas condiciones exigibles, deben fundamentar debidamente su solicitud a efectos de que el regulador realice el análisis pertinente con la adecuada información.

VII.1.5 La Revisión de las Variaciones de Metrados Aprobadas

115. 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 Concesionario 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]

116. 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, así como 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 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.

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."

⁵¹ 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.

⁵² 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.

⁵³ 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 amplie proporcionalmente a dicha demora."

⁵⁴ "4.3.- Cuando conforme al presente Contrato, el CONCESIONARIO estime necesario presentar una solicitud de ampliación del plazo de la Concesión, lo hará con la debida fundamentación dirigiéndose al REGULADOR, para que el mismo se pronuncie y remita su opinión al CONCEDENTE dentro del plazo de treinta (30) Días de recibida la solicitud. Asimismo, el CONCEDENTE tendrá un plazo de treinta (30) Días para emitir su pronunciamiento. De no emitir el CONCEDENTE pronunciamiento en el plazo antes señalado, deberá interpretarse que la solicitud ha sido denegada "



117. En ese orden de ideas, no existe vacío contractual, ni incertidumbre respecto de la obligación del Concesionario, ni tampoco mayor sustento para modificar el riesgo que asumió la Concesionaria por la ejecución de la obra propuesta, por lo que no corresponde hacer precisiones, tal como lo proponen las Partes⁵⁵.
118. 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.1.6 Ratificación del Acta de Trato Directo de Fecha 19.04.2009

119. Las Partes proponen en el Proyecto de Sexta Adenda al Contrato de Concesión ratificar el Acta de Trato Directo de fecha 19 de abril de 2009.
120. Sobre el particular, el artículo Cuarto "Acuerdos" del Acta de Trato Directo suscrito entre el Concedente y el Concesionario, establece lo siguiente:

"CUARTO: ACUERDOS

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, ambas partes acuerdan lo siguiente:

1. *Las ampliaciones de plazo otorgadas por el Regulador, afectan también a las etapas siguientes en las cuales ocurrieron las paralizaciones, y tiene efectos vinculantes sobre el Programa de Ejecución de Obras (PEO).*
 2. *El plazo total de ejecución de las obras será entonces de cuarenta y ocho (48) meses más dieciocho (18) días calendario reconocidos y otorgados por el Regulador, como ampliación en las distintas etapas.*
 3. *Las ampliaciones de plazos otorgadas no generarán ampliación del plazo de la Concesión. Precisándose que dichas ampliaciones que suman dieciocho (18) días calendario, se deducirá del periodo pre-operativo (periodo de doce (12) meses después de la terminación de la totalidad de las obras), el cual quedará en trescientos cuarenta y siete (347) días calendario.*
121. Como puede advertirse, el Acta de Trato Directo contempla acuerdos referidos a la ampliación del plazo de ejecución de obras, aspecto que ya fuera abordado en el acápite VII.1.4 "Ampliación al Plazo de Ejecución de las Obras" del presente informe. En ese orden de ideas, lo señalado en el referido acápite resulta pertinente para el presente análisis.
122. De los acuerdos adoptados en la mencionada Acta de Trato Directo, podemos advertir que éstos tienen una vinculación con lo establecido en la Cláusula 6.1, Cláusula 7.9⁵⁶ y Cláusula 8.10⁵⁷ del Contrato de Concesión, constituyendo propiamente una modificación del Contrato de Concesión, tal como se indicara en el Informe N° 354-09-GS-OSITRAN. En ese orden de ideas, si la voluntad de las Partes es ratificar lo pactado en dicho Trato Directo, se debe cumplir obligatoriamente con lo establecido

⁵⁵ En el numeral 4.7 del Informe N° 388-2009-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"

⁵⁶ "7.9.- Luego de transcurrido un año contado a partir de la culminación de la totalidad de las Etapas de Construcción de las Obras conforme a las disposiciones indicadas en la Sección VI, el CONCESIONARIO podrá optar por alguna de las alternativas señaladas a continuación.

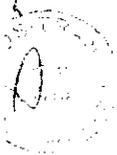
(...)"

[El subrayado es nuestro]

⁵⁷ "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 con lo señalado en el mismo"

[El subrayado es nuestro]



en la Sección XVII del Contrato de Concesión (referida a condiciones para las modificaciones al contrato) y adecuar las cláusulas correspondientes.

VII.2 Condiciones Económicas y Técnicas

123. La literatura económica⁵⁸ 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 oportunísticas 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.
124. 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 Partes⁵⁹.
125. De otro lado, los contratos son fuente para comportamientos oportunisticos 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 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.
126. 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.
127. 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.



⁵⁸ 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 privatizaciones: La Regla de la Incertidumbre El Caso de las Concesiones Viales; Colomé Rinaldo, Valquez Carlos, "Empresas de Servicios Públicos. Renegociación de Contratos y Credibilidad".

⁵⁹ Guasch (2005) 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



126. 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:

- Equilibrio⁶⁰
- No discriminación⁶¹
- Beneficio – Costo⁶²
- Transparencia⁶³
- Bienestar de los Usuarios.

129. Por lo tanto, se analizarán las modificaciones que propone la Propuesta de Sexta 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.2.1 Análisis de riesgos

130. 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.

131. Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de los contratos y de la economía de la información⁶⁴ 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 asumirlo⁶⁵. 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

⁶⁰ 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.

(...)

⁶¹ 5.2 No Discriminación

Las interpretaciones, renegociaciones 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.

(...)

⁶² 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.

⁶³ 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 (...)

⁶⁴ Ver por ejemplo, Macho-Stadler, I y Pérez -Castrillo, D (1997) "An introduction to the Economics of Information. Incentives et contracts", Oxford University Press

⁶⁵ Pereira (2008) 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



evitar la ocurrencia de determinados eventos, así como de administrar, evaluar o mitigar su impacto, entre otros aspectos⁶⁶.

132. 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 ellos⁶⁷. De este modo, el Contrato asignó los riesgos a aquella parte con mayor capacidad para reducirlo o controlarlo a menor costo.⁶⁸
133. 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)⁶⁹.
134. 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 licitación⁷⁰. De igual forma, el riesgo de incumplimiento del Hito, ha sido asignado al CONCESIONARIO.
135. Una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión, podría implicar una alteración del equilibrio económico financiero; para evaluar una eventual modificación en el equilibrio económico financiero de la Concesión, en primer lugar, se deben identificar los riesgos que están asociados a los cambios propuestos en la presente Sexta Adenda para compararlos con la estructura o matriz de riesgos del Contrato de Concesión (sin Sexta Adenda)⁷¹.
136. 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.2.2 Análisis a las Modificaciones Propuestas

VII.2.2.01 CLÁUSULA CUARTA: ACUERDOS ESTABLECIDOS

VII.2.2.02 4.1. Obras a ejecutar en el periodo final.

VII.2.2.02.1 4.1.1. Alcance de las Obras.

137. El numeral 4.1.1 de la cláusula cuarta de la Adenda propuesta plantea que: *"Las obras a ejecutar en el Periodo Final son aquellas aprobadas y por aprobar en los Proyectos de Ingeniería de Detalle (PID), que no hayan sido ejecutadas con la Inversión Vinculada al PAO Contractual"*.
138. La presente cláusula precisa el alcance de las obras a ser ejecutadas durante el periodo final. En el entendido que lo señalado en el numeral 4.1.1 incluye todas las

⁶⁶ 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%20C3%91O-CONTRATO-CONCESION-VIAL.pdf>

⁶⁷ Privatización y regulación de infraestructuras de transporte, una guía para reguladores. Banco Mundial – Alfaomega, 2003, páginas 23-25.

⁶⁸ Kerf, Michel, et. al., (1998). Concessions for infrastructure: A Guide to the Design and award. Technical Paper N° 389. World Bank.

⁶⁹ Asimismo, el riesgo asociado a los estudios de prefactibilidad corresponden al Concedente.

⁷⁰ 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.

⁷¹ El contrato de concesión establece una estructura de riesgos que se puede desprender de las cláusulas y anexos.



obras que permiten la culminación del Tramo: Inambari – Azángaro, este Organismo no encuentra observaciones a la citada cláusula. Cabe agregar que la Inversión Máxima y el Plazo de Ejecución Obras, serán evaluados en las cláusulas respectivas.

VII.2.2.02.2 4.1.2. Validez del Proyecto de Ingeniería de Detalle y del Estudios de Impacto Ambiental.

139. El numeral 4.1.2 de la cláusula cuarta de la Adenda propuesta 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° 025-2006-MTC/16 y 009-2008-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.”

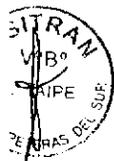
140. En el entendido que el Concedente ha revisado los alcances del estudio de impacto ambiental de las tres etapas, y teniendo en cuenta que la ejecución de las Obras en el periodo final no supone un cambio sustancial del trazo del tramo en construcción, no tendríamos mayores comentarios sobre este punto en particular.

141. En el caso que se ejecuten obras adicionales y/o accesorias en el periodo final (obras que no están comprendidas en el trazo del tramo), conviene precisar en la Adenda que se podría requerir estudios complementarios de impacto ambiental y en ese caso, cabe contemplar lo establecido en la cláusula 11.6 del Contrato de Concesión.

VII.2.2.02.3 4.1.3. Plazo de Ejecución del Periodo Final

142. El numeral 4.1.3 de la Cláusula Cuarta de la Adenda propuesta plantea que: *“La fecha para la culminación de las obras de construcción será el 31 de marzo del 2011. (...)”*

143. Sobre el particular, el Informe N° 388-2009-MTC/25 indica que durante la fase que se llevó a cabo el PID, se detectó que los metrados señalados en el Presupuesto Referencial (sic) eran insuficientes, dado que la ejecución de las obras iba a requerir de la realización de mayores metrados. Así, considerando lo establecido en la Cláusula 6.4.A.2⁷², el Concedente señala que la *“(…)Variación de Metrados cuyo valor excede el 10% del PAO Contractual genera la facultad de las Partes de modificar el presente Contrato, lo cual implica que se puede revisar el plazo de ejecución de la obra, pues tiene lógica que ante una mayor obra se requiere un mayor*



⁷² Variaciones en metrados

6.4.A.2

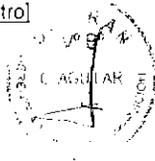
(...)

En el supuesto del párrafo anterior, en caso las variaciones netas de mayores metrados supere el 10% del PAO correspondiente a cada etapa de Constitución, 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;
- (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 requiera la opinión del REGULADOR. (...)”

[El subrayado es nuestro]



plazo para culminarla. De lo contrario, se incurriría en costos de aceleración que puedan resultar más onerosos que la ampliación del plazo”.

144. Estos argumentos son ratificados por el Concedente con el Informe N° 414-2009-MTC/25 en el entendido que en el tramo concesionado se presentan variaciones de aproximadamente 90% del volumen de obra a ejecutar, por lo que ante una mayor obra se requiere un mayor plazo para culminarla.
145. Al respecto, la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión⁷³ 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”*.
146. Cabe indicar que, conforme a lo señalado en el literal VI.2.3.01 “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, quien conocía además, al igual que los demás postores en la etapa de concurso público, de la existencia y las magnitudes de las referidas variaciones de metrados; incluso éstos realizaron labores de *“due diligence”* para presentar una propuesta acorde con dichos riesgos.
147. De otro lado, la Cláusula 8.10 del Contrato de Concesión⁷⁴ 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.
148. 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, en el punto 4.9 del Informe N° 388-2009-MTC/25, el Concedente señala que *“(…) se corre la Fecha de Inicio de la Explotación y seguirá un año después de la culminación de la Obras, del nuevo plazo conforme a la Adenda N° 6. Esto traerá consigo una ampliación de plazo de la concesión por el mismo período de tiempo en que se amplió la ejecución de las obras, por la Variación de Metrados”*.

⁷³ 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.

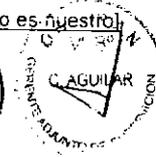
Lo establecido en la presente Cláusula prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe de lo señalado en la misma

[El subrayado es nuestro]

⁷⁴ 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 lo señalado en la misma

[El subrayado es nuestro]



149. Con el Informe N° 414-2009-MTC/25 el Concedente señala que se respetará lo establecido en la Cláusula 8.10 del Contrato de Concesión, en el sentido que de aceptarse la culminación de las Obras el 31 de marzo de 2011, la Fecha de Inicio de Explotación será el 31 de marzo de 2012. Asimismo, el citado informe indica que "(...) el Concesionario, como consecuencia de la ampliación de plazo de ejecución de las obras materia del Proyecto de Addenda N° 6, no ha solicitado la Ampliación del Plazo de la Concesión. Por tal razón, no podemos pronunciarnos sobre tal aspecto".
150. Como se puede advertir, el Concedente originalmente había señalado que uno de los efectos de la ampliación del plazo de ejecución de obras derivaría en una ampliación del plazo de la concesión, lo cual requería su correspondiente sustento. Posteriormente, con el Informe N° 414-2009-MTC/25 señala que dicha ampliación no ha sido solicitada y por tanto no forma parte del proyecto de Adenda remitido, lo cual no limita que se analice uno de los posibles efectos que conlleva la solicitud de ampliación del plazo de ejecución de obras.
151. Además, debe mencionarse que el Inicio de la Explotación establecido en la Cláusula 8.10 del Contrato de Concesión se encuentra relacionado con los plazos máximos de ejecución de las Obras que se desarrollan en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión. Estos aspectos contractualmente establecidos, deben motivar a que el CONCEDENTE analice e identifique las consecuencias que se producirían en razón a dicha ampliación del plazo de ejecución de las Obras, así como los riesgos involucrados y los efectos de dicha decisión, aspectos que no encontramos desarrollados por el Concedente en sus Informes N° 388-2009-MTC/25 y N° 414-2009-MTC/25.
152. Lo establecido en el inciso 4.1.3 de la Propuesta de Sexta Adenda representa una modificación a los plazos de ejecución de Obras determinado en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión.
153. De otro lado, para la evaluación de las ampliaciones de plazo de la Ejecución de las Obras, se debió contar con un programa o calendario de Obra desde el inicio de ejecución, 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 ha señalado el porcentaje de variación de metrados como sustento para su solicitud de ampliación.
154. Debemos advertir que, con la información remitida por el Concedente respecto de la ampliación de plazo de la Construcción de la infraestructura hasta el 31 de marzo de 2011, como lo plantean las Partes, no ha sido posible determinar el impacto de dicha ampliación respecto de:
1. El riesgo asumido por el Concesionario para la ejecución de la Obra y/o;
 2. El plazo de los doce (12) meses antes de la explotación del servicio y/o;
 3. Explotación del servicio propiamente y/o;
 4. El plazo de la Concesión (25 años). Asimismo, el efecto que tendrá sobre el Número de PAMOs que reconocerá el Concedente y/o;
 5. La reducción del beneficio del usuario.
155. En virtud de la sección XVII del Contrato de Concesión, el CONCEDENTE deberá resolver la pertinencia de la ampliación de plazo, en tanto constituye una modificación



a las condiciones del contrato, dicha determinación deberá realizarse previa evaluación y respetando "la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las partes". Por su parte, el REGULADOR no ha contado con los elementos suficientes para emitir opinión sobre la presente cláusula de la Adenda.

VII.2.2.02.4 4.1.4. Programa de Ejecución de Obras del Periodo Final – PEOF

156. El numeral 4.1.4 de la cláusula cuarta de la Adenda propuesta indica que: "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, conforme a su cláusula 6.11 y su Anexo IX.1."
157. 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.
158. Adicionalmente, debe entenderse que, cuando la cláusula propuesta hace referencia al diagrama GANTT como "valorizado mensual", es porque dicho diagrama debiera estar acompañado de un cronograma de avance de obra valorizado mensual.
159. 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.2.2.02.5 4.1.5. Presupuesto de las obras

160. El numeral 4.1.5 de la cláusula Cuarta de la Adenda propuesta indica que: "El presupuesto de las Obras pendientes a ejecutar (...) con relación a los metrados totales de los Proyectos de Ingeniería de Detalle (PID) aprobados (...) estos metrados serán multiplicados por los Precios Unitarios Reales y/o Precios unitarios de las Subpartidas Nuevas para la Sub Partidas No Consideradas en el proyecto Referencial (...). Al costo directo resultante de multiplicar los metrados por los precios unitarios se le aplicaran 35.5% de Gastos Generales y 10% de Utilidades (...)"



161. Tal como señalan las Partes, el periodo final se valorizará únicamente con precios unitarios reales, gastos generales de 35.5% y Utilidad de 10%, lo mencionado supone que, de acuerdo a lo que señala el Contrato de Concesión y las valorizaciones efectuadas por el Regulador (Variaciones de Metrados del Tramo 4), que las Partes consideran que el periodo final está compuesto únicamente por variaciones de metrados. Ello se confirma por lo señalado por el Concedente en el Informe N° 388-2009-MTC/25 en donde afirma que "los metrados pendientes de ejecución para concluir las obras son aquellas relacionadas con las Variaciones de Metrados".

162. Las modificaciones propuestas con relación a los precios unitarios y gastos generales tendrían los siguientes efectos:

i) **Precios:** Al calcular los Avances de Obra del Periodo Final a precios reales (por el total de la obra) y dejar de utilizar los precios referenciales (*Contradiendo la cláusula 6.4.A.4 y el punto primero del Anexo IX del Contrato de Concesión*), existiría un saldo a favor del Concesionario, si los precios reales fueran superiores a los precios referenciales.

Cuadro N° 1: Valorización de la Inversión realizada por el Concesionario

Contrato de Concesión Cláusula 6.4.A.4		Sexta Adenda Cláusula 4.1.3 / 4.1.9
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: Contrato de Concesión y Oficio N° 876-2009MTC/25.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

ii) **Gastos generales y Utilidad:** Si los gastos generales se incrementan de 27% a 35.5%, existiría un saldo a favor del Concesionario. De otro lado, si los precios reales son mayores a los referenciales se produciría un incremento en la utilidad.

Cuadro N° 2: Diferencial de Gastos Generales y Utilidad en el Contrato de Concesión y en la Sexta Adenda

	Contrato de Concesión		Sexta Adenda
	Inv. Referencial	Var. De Metrados	Var. De Metrados
Gastos Generales	27%	35.50%	35.50%
Utilidad	10%	10%	10%

Fuente: Contrato de Concesión y Oficio N° 876-2009MTC/25.

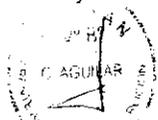
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

163. En ese sentido, para calcular el efecto económico que se produciría por las modificaciones propuestas, sería necesario determinar la Obra remanente una vez agotado el PAO.

164. Cabe precisar, que mediante Informe N° 388-2009-MTC/25 el Concedente señala que no existe desequilibrio económico financiero al Contrato de Concesión por la aplicación de las medidas propuestas por la Sexta Adenda.

165. En suma, la obra del periodo final comprende: metrados referenciales y metrados de variaciones de metrados, por lo tanto la ejecución de los metrados del proyecto referencial no se terminan cuando se agota el PAO.

166. En el caso que los metrados referenciales se valoricen con precios unitarios reales (que sean mayores a los precios referenciales) y con gastos generales de 35.5%,



implicaría establecer una compensación derivada de un desequilibrio económico financiero.

VII.2.2.02.6 4.1.6. Monto máximo del Periodo Final

167. En el numeral 4.1.6 de la cláusula Cuarta de la Adenda se indica que "(...) el REGULADOR procederá a reajustar automáticamente el Presupuesto de Obra Pendiente de Ejecutar hasta un monto máximo de 10% del Presupuesto de las obras referido en la Cláusula 4.1.5 (...)".
168. Sobre este extremo, en el estudio realizado por Flyvbjerg, Skamris y Buhl⁷⁵, 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%.
169. Por lo señalado, este Organismo encuentra conforme la modificación a la presente cláusula.

VII.2.2.02.7 4.1.7. Supervisión de las Obras

170. El numeral 4.1.7 de la cláusula cuarta de la Adenda propuesta se indica que " a) El CONCEDENTE asumirá los gastos de la supervisión de las obras durante el Periodo Final, conforme, a lo dispuesto en la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, (...)".
171. 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 ese sentido, este Organismo encuentra conforme la presente cláusula.

VII.2.2.02.8 4.1.8. Liquidación Técnica y Certificado de Correcta Ejecución

172. En el numeral 4.1.8 de la cláusula cuarta 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, así como el Certificado de Remediación Ambiental emitido por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC, 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."
173. 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). Lo que plantea el Proyecto de Sexta Adenda es una liquidación Financiera para las Obras vinculadas al 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 toda la Obra.
174. 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

⁷⁵ Flyvbjerg, B. Skamris, M.K. y Buhl, S.L. (2003): "What Causes Cost Overrun in Transport Infrastructures Projects?", *Transport Reviews* 24 (1): 3-18.



desde el principio de la Obra, cuyos metrados finales se conocerán a la conclusión de las obras.

175. Adicionalmente, debe tenerse presente, que no es posible efectuar una Liquidación de una Obra que supera los US\$ 300 millones (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.
176. 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.
177. Por consiguiente, es necesario que la Adenda propuesta N° 6, precise que la liquidación del PAO contractual debe entenderse como una liquidación financiera; y que también, se incluya 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.
178. Como ejemplo podemos citar las siguientes Resoluciones Directorales emitidas por Provías Nacional para la liquidación de las siguientes obras:

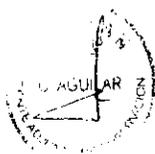
Cuadro N° 3: Resoluciones de Provías Nacional

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

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Elaboración: Gerencia de Supervisión - OSITRAN.

Como se puede apreciar, en el primer caso, para liquidar la ejecución de la rehabilitación y mejoramiento de una carretera de 25 Km. por un monto de S/. 76,8 millones 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 305 Km. de carretera con una inversión aproximada de US\$300 millones.

179. Por lo analizado, este Organismo recomienda incorporar un plazo razonable y el procedimiento a seguir para la liquidación de Obras. Caso contrario, no es posible garantizar la calidad de la Obra liquidada bajo dichos términos, así como subsistiría la imposibilidad técnica de efectuar tal liquidación en el plazo propuesto.



VII.2.2.02.9 4.1.9. Valorización y Pago Mensual de las Obras Ejecutadas en el Periodo Final

180. En el numeral 4.1.9 de la Cláusula cuarta, de la Adenda propuesta se plantea que: *"(...) serán valorizados por el REGULADOR en forma mensual sobre la base de la valorización que le presenta el CONCESIONARIO, de acuerdo a los Precios Unitarios Reales y Precios Unitarios para las Sub Partidas No Consideradas en el Proyecto Referencial aprobados por el Regulador y/o CONCEDENTE según corresponda, aplicándose a Gastos Generales de 35.5% y Utilidad de 10% (...)"*.
181. A este respecto nuestros comentarios sobre la valorización y pago mensual son los mismos a los señalados en el punto 4.1.5. *"Presupuesto de las obras"*.
182. En el numeral 4.1.9 de la Cláusula cuarta, literal b) de la Adenda propuesta se 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 (...)"*
183. 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.
184. 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° 4: Plazos para la Aprobación de un CAO

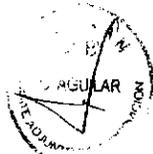
N°	Actividad	De	A	Días Hábles	Días Hábles Acumulados
1	Presentación del CAO por el Concesionario	Concesionario	Regulador y Supervisor	0	0
2	Revisión de metrados (En Obra)	N.A.	N.A.	2	2
3	Conciliación de metrados y cálculo del porcentaje de avance del CAO (En Obra)	N.A.	N.A.	3	5
4	Elaboración de Informe 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

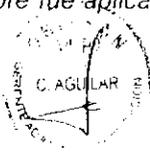
185. Cabe señalar que, para la emisión del VPF se seguirá un procedimiento similar a la emisión del CAO, el cual consiste en revisar la abundante información de los avances de obra, llevándose un control de lo ejecutado según el Proyecto Referencial y las Variaciones de Metrados que pudieran aparecer, de conformidad con el Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado por el Concedente.
186. Así también, se debe efectuar la conciliación de los metrados para poder calcular la valorización del avance de Obra, lo cual implica la realización de trabajos de verificación en campo y verificación de gabinete por cada especialidad.



187. 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 de la VPF por parte del Concesionario. Este plazo no incluye las observaciones que pueda efectuar el Regulador a la VPF presentada, en cuyo caso, el plazo queda suspendido.
188. Como se advierte, de no extenderse el plazo previsto en el Proyecto de Sexta 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 esté Organismo no está en la posibilidad de emitir opinión favorable sobre este punto.
189. En el numeral 4.1.9 de la Cláusula cuarta, el último párrafo, de la Adenda propuesta se plantea que: *"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"*.
190. Las Partes proponen eliminar el Hito. Como se ha señalado, es necesario que el Concesionario cuente con un nivel de capital de trabajo que le permita garantizar la ejecución de obras dentro de los plazos previstos en el Contrato de Concesión
191. 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 las Valorizaciones emitidas. Por ello, en virtud de lo mencionado, este 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.2.2.02.10 4.2. Procedimiento de valorización de las obras del Periodo Final

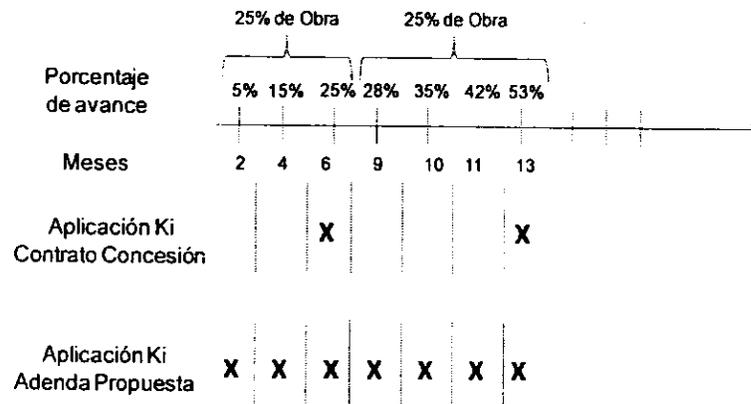
192. En la presente cláusula, las Partes detallan el procedimiento para calcular los avances de Obra, a los cuales debe aplicarse la fórmula polinómica.
193. El procedimiento que se contempla en la presente cláusula es el mismo que se encuentra regulado en el Contrato de Concesión. Asimismo la fórmula polinómica contiene las mismas variables que las establecidas en el Contrato de Concesión.
194. 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.
195. Lo que conviene recordar, es que se está modificando la oportunidad de aplicación del K_i , ya que de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, en la cláusula 8.23 literal m), que la aplicación del K_i corresponde cada 25% de avance de Obra, mientras que en la propuesta de las Partes indican que la aplicación del K_i será en cada presentación de valoración por parte del Concesionario (mensual). En ese sentido, no es consistente con lo señalado por el Concedente en su Informe N° 414-2009-MTC/25, Absolución 3, punto 3, que " (...) la aplicación de la fórmula polinómica siempre fue aplicada sobre cada valoración (sea ello un hito y/o una valoración mensual) "



ya que como se señala en el Contrato la formula polinómica se aplica cada 25% de avance de Obra.

196. Asimismo, el Concedente, en su informe N° 414-2009-MTC/25, Absolución 3, séptimo párrafo, señala que: "Cabe aclarar que la Adenda N° 5 el concepto de aplicación de la fórmula polinómica a cada 25% de avance de obra ya fue eliminado (...)". Ello resulta contradictorio con lo señalado en la cláusula 4.6 de la Quinta Adenda: "d) los montos determinados en c) serán reajustados con la cláusula 8.23 m (...)". A su vez, la cláusula 8.23 m) del Contrato de Concesión señala que: "(...) i= (...) los períodos de ajuste serán realizados por cada avance de Obra equivalente al 25% de la Obra (...)". Por lo expuesto, el procedimiento de aplicación de la fórmula polinómica no ha sido eliminado o modificado con la Quinta Adenda.
197. De acuerdo a lo señalado, el Contrato de Concesión, establecía que el ajuste por polinómica se puede retribuir al Concesionario cada vez que éste realice un avance del 25% de la Obra, no antes. Para el ejemplo que se muestra en el cuadro adjunto, la retribución por Ki de los meses 2, 4 y 6 debe realizarse cuando alcance el 25%, por lo tanto en el mes 6, y para el siguiente avance de Obra deberá retribuirse por los meses 9, 10, 11 y 13 en el mes 13, ya que en ese mes el Concesionario alcanzó el 50%, mientras que la propuesta de las Partes supone retribuir al Concesionario por Ki en cada valorización que presente, tal como se señala en el gráfico adjunto.

Gráfico N° 1: Modificación de la Fórmula Polinómica



198. Como se observa, ello generaría un efecto financiero desfavorable para el Concedente, por lo que la modificación propuesta podría generar un desequilibrio económico toda vez que se estaría adelantando un pago al Concesionario⁷⁶, salvo que dicho desequilibrio sea compensado por las partes.

⁷⁶ A fin de ejemplificar el efecto financiero que tendría la medida, se realiza un ejercicio considerando el gráfico N° 1, en el cual el Concesionario realiza siete (7) inversiones, cada una de US\$ 10 millones, considerando un Ki aleatorio (de acuerdo a la trayectoria mostrada durante la concesión), en donde se llega a los primeros 25% de Obra a la tercera valorización y a los siguientes 25% de Obra en la séptima valorización. A raíz del mencionado ejercicio, el posible desequilibrio económico que se generaría sería del orden de los US\$ 1 086 727,65



199. Con respecto a la afirmación que hace el Concedente cuando menciona en su Informe N° 414-2009-MTC/25, Absolución 3, segundo párrafo, que: "(...) la decisión de hacerla mensual se refiere a la potestad que tiene el Concedente – establecida en el último párrafo de la Cláusula 6.4.A.2 – donde se permite negociar con el concesionario las condiciones para la ejecución de las variaciones de metrados", se considera pertinente evaluar los posibles efectos económicos financieros que pudieran acaecer ante las modificaciones que presentan las Partes al Contrato de Concesión.
200. Entonces, si bien los procedimientos⁷⁷ para el Periodo Final son similares a los establecidos en el Contrato de Concesión, se considera pertinente evaluar lo señalado previamente.

VII.2.2.02.11 CLÁUSULA QUINTA: LIBERACIÓN DE ÁREAS AFECTADAS POR LA CONSTRUCCIÓN

201. Con la Cláusula Sexta 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.
202. El Concedente, mediante el Informe N° 388-2009-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 Concesión⁷⁸.

Grafico N° 2: Aplicación de la Fórmula Polinómica

	Valor Presente	Tasa descuento Mensual ⁷¹	Información	El Primer 25% de Obra			El Segundo 25% de Obra			
				Mes 2	Mes 4	Mes 6	Mes 9	Mes 10	Mes 11	Mes 13
Contrato de Concesión	\$71.68	0.80%	Inversión	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00
			Ki	5.00%	6.00%	8.00%	9.50%	10.20%	11.60%	14.00%
			Total Ki	\$0.50	\$0.60	\$0.80	\$0.95	\$1.02	\$1.16	\$1.40
			Total a Retribuir⁷²	\$10.00	\$10.00	\$11.90	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$14.53
Adenda Propuesta	\$72.76	0.80%	Inversión	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00	\$10.00
			Ki	5%	6%	8%	10%	10%	12%	14%
			Total Ki	\$0.50	\$0.60	\$0.80	\$0.95	\$1.02	\$1.16	\$1.40
			Total a Retribuir⁷²	\$10.50	\$10.60	\$10.80	\$10.95	\$11.02	\$11.16	\$11.40

Monto a favor del Concesionario⁷¹ \$1.0867

⁷¹ Millones de dólares
⁷² Valorizaciones
⁷³ Informe N° 026-07-GRE-OSITRAN.
Fuente: Contrato de Concesión.
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

⁷⁷ 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.

⁷⁸ "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.



OSITRAN
CORPORACIÓN FINANCIERA DEL SUR



203. 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.
204. Asimismo, en el punto 4.3 del Informe N° 388-2009-MTC/25, el Concedente señala que no forma parte de la autorización lo acordada en la Cláusula Quinta del proyecto de Adenda, sobre 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 Periodo Final de la Obra.
205. Sobre este aspecto, resulta pertinente mencionar que, conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión⁷⁹ y a las normas de organización y funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁸⁰, corresponde a dicha entidad el realizar la 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 Quinta del proyecto de Adenda.

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)

⁷⁹ "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)

⁸⁰ 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:

"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.

(...)"



206. 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 Estado⁸¹.
- En el procedimiento establecido en la Cláusula Quinta del proyecto de Adenda no se desarrolla la responsabilidad del Concesionario en caso no cumpla debidamente con la autorización otorgada, a pesar de lo señalado por el Concedente con el Informe N° 414-2009-MTC/25. 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 Quinta conforme a las definiciones "Área de la Concesión" y "Derecho de Vía" que se indican en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión⁸², a efectos de evitar cualquier tipo de divergencia en la interpretación del citado instrumento.
- Considerando que con el Informe N° 388-2009-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.2.2.02.12 CLÁUSULA SEXTA: TRANSITABILIDAD EN EL PERIODO FINAL

207. El primer párrafo de la Cláusula Sexta de la Adenda propuesta señala lo siguiente:
"Dado que la Cláusula 8.21 c) del Contrato de Concesión establece el Presupuesto y los

⁸¹El 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)

⁸² En la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, se desarrollan las siguientes definiciones:

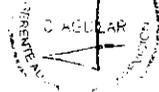
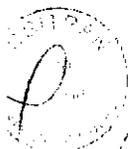
"Área de la Concesión

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

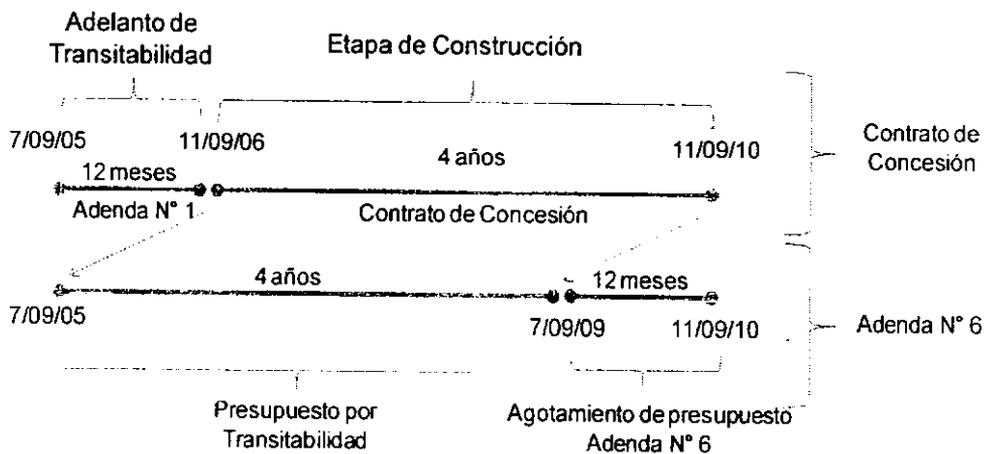
Es la franja de territorio de dominio público del Estado o en proceso de adquisición por parte de éste, dentro del cual se encuentra la carretera, sus accesos o servicios complementarios, tales como unidades de peaje, estaciones de pesaje, obras de arte, drenaje, muros de contención, obras de acceso 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)



alcances de la Transitabilidad durante el período de construcción, cuya vigencia ha concluido el siete (07) de marzo del 2009, 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 un presupuesto adicional de Transitabilidad para cubrir, dos (02) semestres adicionales contados a partir del ocho de marzo del 2009, bajo las mismas condiciones establecidas en el Plan de Transitabilidad aprobado”

208. Sobre el particular, las Partes solicitan que desde el 08 de marzo del 2009 al 07 de marzo de 2010 se reconozcan pagos a favor del Concesionario por concepto de transitabilidad por un monto ascendente a US\$ 2 500 000.00.
209. De acuerdo a lo señalado, el Concedente solicitó al Concesionario que adelante los trabajos de transitabilidad desde el 7 de setiembre del año 2005 y no desde el inicio de las Obras de Construcción (11/09/06)⁸³, 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.
210. En ese sentido y de acuerdo a lo señalado en el Objeto de la Adenda N°1: “ (...) el Concesionario acepta adelantar en inicio de los referidos trabajos (...)”, en virtud de lo cual, 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 7 setiembre de 2009 y no el 11 de setiembre de 2010 (Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión), tal como se observa en la gráfica adjunta.
211. Por lo expuesto, entre el 8 de setiembre de 2009 y el 11 de setiembre de 2010, fecha de término del periodo de construcción, según lo establecido en el Contrato de Concesión, existe un periodo de aproximadamente de 12 meses que no se encuentra presupuestado los gastos por Transitabilidad, en virtud de la solicitud del Concedente (Adenda N° 1) de adelantar los trabajos por transitabilidad.

Gráfico N° 2: Etapas de Transitabilidad



Fuente: Contrato de Concesión, Adenda N°1, Adenda N°6 propuesta.
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

⁸³ Remitido mediante Oficio N° 498-2006-MTC/02.01.



212. En ese sentido, entre el 8 de setiembre de 2009 y el 11 de setiembre de 2010, correspondería una contraprestación por parte del Concedente al Concesionario por concepto de transitabilidad. Respecto al monto propuesto en la Adenda presentada, el Concedente ha sustentado la retribución al Concesionario por transitabilidad. Asimismo, cabe mencionar que la información presentada mediante informe N° 388-2009-MTC/25, no guarda relación con la información que reporta el Supervisor de Obras en cuanto a los recursos realmente utilizados por el Concesionario. Además, es preciso señalar que los montos consignados por Transitabilidad en los tramos 2 y 4, son similares, a pesar que los requerimientos para los trabajos de transitabilidad podrían diferir considerando la geografía y la longitud de cada Tramo.
213. Por lo antes expuesto, este Organismo, en virtud a la Adenda N° 1 encuentra razonable la posición de las Partes de retribuir al Concesionario por transitabilidad entre el 8 de setiembre de 2009 y el 11 de setiembre de 2011 (fecha de término de la etapa de construcción y de la obligación del concesionario para mantener la transitabilidad). Con relación a lo señalado en el ítem "Plazo de Ejecución del Periodo Final", dicho punto no cuenta con suficiente sustento respecto a la ampliación del plazo de la Etapa de Construcción.

VII.2.2.02.13 CLÁUSULA SEPTIMA: MODIFICACIONES A LA SECCIÓN VI OBRAS DE CONSTRUCCION

214. En el numeral 7.1 y 7.2 de la Adenda Propuesta, las Partes acuerdan adicionar en el segundo párrafo de la cláusula 6.4.A.2. y 6.4.A.5 lo que se indica:

6.4.A.2.

"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".

6.4.A.5.

"Para los casos relacionados con los sectores inestables cuya estabilización requiera de soluciones de ingeniería temporales y/o graduales, las variaciones de metrados de las Subpartidas nuevas 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".



215. Las cláusulas antes señaladas establecen 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.



216. 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 el 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 Concesionario⁸⁴. 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° 6 : Matriz de Riesgos

CONCEPTO	ASIGNACION DE RIESGOS						OBSERVACIONES
	CONTRATO DE CONCESION		PROPUESTA CONCEDENTE		OPINION OSITRAN		
	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	Adenda N° 6		Adenda N° 6		
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, Sexta Adenda, Informe N°388-2009-MTC/25.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

217. Sobre este punto, conviene advertir que del Informe N° 388-2009-MTC/25 se desprende que un eventual traslado de los riesgos asociados a la elaboración de estudios de ingeniería y a la construcción de Obras, del Concesionario hacia el Concedente. Por lo tanto, el Concedente únicamente debiera reconocer las variaciones de metrados por una vez, y no por repetidas veces como se propone, salvo que se compense dicho desequilibrio. Los riesgos se muestran en el cuadro adjunto:

Cuadro N° 7: Matriz de Riesgos

CONCEPTO	ASIGNACION DE RIESGOS						OBSERVACIONES
	CONTRATO DE CONCESION		PROPUESTA CONCEDENTE		OPINION OSITRAN		
	CONCESIONARIO	CONCEDENTE	Adenda N° 6		Adenda N° 6		
Variación de Metrados		XX		XXX		XX	Se estaría reconociendo incremento del reconocimiento de variaciones sobre variaciones.

Nota: Riesgo XXX>XX>X.

Fuente: Informe N°1A-2005/OPE/PROINVERSION, Contrato de Concesión, Sexta Adenda, Informe N°388-2009-MTC/25.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

218. De otro lado, en el supuesto que se reconozca al Concesionario valorizaciones sobre variaciones de metrados acumuladas, se afectaría el presupuesto existente, por lo que se sigue compensar el posible desequilibrio que se generaría.

219. En el numeral 7.3 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, no podrá superar un monto de Treinta millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 30 000 000,00) durante la vigencia de la Concesión."

⁸⁴ World Bank, Technical Paper no 399, Concession for infrastructure: A guide to their design and award, Michel Kerf (1998) sostiene que:

Table 3.2 Identification and Allocation of Risks

What is the risk?	How does it arise?	How should it be allocated?
Design development cost		
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	Contractor to bear risk through fixed-price construction contract plus liquidated damages; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns
	Outside construction consortium's control: changes in the overall legal framework (changes of laws, increased taxes, and so on)	Insurable (if insurance is available); once insurable proceeds are exhausted, erosion of project company's returns
	Outside construction consortium's control: actions of government that specifically affect the project * delays in obtaining approvals or permits, and so on	Public sector to bear risk



220. 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 millones para cada una de las Etapas.
221. 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 millones por Obras Adicionales durante las tres etapas de construcción no ha sido ejecutado.
222. De acuerdo a lo señalado, 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 millones.
223. 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.
224. Por lo tanto, la propuesta planteada por las Partes en este extremo, no modifica los riesgos ni altera el equilibrio económico del Contrato de Concesión.

VII.2.2.02.14 CLÁUSULA OCTAVA: RATIFICACIÓN DEL ACTA DE TRATO DIRECTO 19.04.2009

225. Con relación a la Ratificación del Acta de Trato Directo, y en vista que los acuerdos de la referida Acta están referidos a la ampliación del plazo de ejecución de obras, es de aplicación lo señalado en el acápite VII.1.6 y VII.1.1.01.1 del presente informe. En ese orden de ideas, lo señalado en los referidos acápitales resultan pertinentes para el presente análisis.
226. Cabe resaltar que, se advierte la existencia de algunas inconsistencias en la manifestación de voluntad de las Partes. Al respecto, los argumentos contenidos en el Informe N° 414-2009-MTC/25 respecto de la Cláusula Octava y los sustentos presentados por el Concedente para la ampliación del plazo de ejecución del Periodo Final resultan contradictorios, toda vez que para los efectos del Trato Directo, en el quinto párrafo de la absolución N° 7 indica que "(...) lo que se está haciendo es acortando el período pre-operativo que estaba pactado en 12 meses (cláusula 8.10) para mantener indemne el período de explotación (...)"; en tanto que para el análisis del plazo de ejecución de las obras durante el Periodo Final, el último párrafo de la Absolución N° 5 indica que "(...) dado que las Obras de Construcción culminarán el 31 de marzo de 2011, entonces, la Fecha de Inicio de Explotación será el 31 de marzo de 2012". En ese orden de ideas, no existe una posición clara sobre el deseo de las Partes sobre este aspecto, independientemente de la falta de un adecuado sustento que permita al Organismo Regulador emitir opinión sobre el particular.

VII.2.2.02.15 CLAUSULA NOVENA A DECIMO SEGUNDA:

227. 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

228. 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 las partes deben respetar en lo posible: (i) la naturaleza de la Concesión, (ii) las Condiciones Económicas y Técnicas Contractualmente convenidas y (iii) el equilibrio económico financiero para ambas Partes.
229. La propuesta de Sexta Adenda cumple con los requisitos de admisibilidad: Sustento Legal, Técnico y Económico – Financiero, Causa Fundada e Interés Público
230. La propuesta de Sexta Adenda al Contrato de Concesión cumple con respetar la Naturaleza de la Concesión, conforme a lo señalado en la cláusula 2.1, 2.2 y 2.3 de la sección II del referido Contrato.
231. Con relación a las condiciones económicas y técnicas, de la información presentada, y al 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 (El monto de inversión de las obras adicionales, el periodo de transitabilidad durante el periodo de construcción, entre otros).
 - Algunas propuestas podrían modificar la matriz de riesgos del Contrato de Concesión, y con ello causar un posible desequilibrio económico (sustitución de precios referenciales por precios reales en la valorización del periodo final, variación de metrados acumulativos vinculados a sectores inestables, entre otros).
 - Se recomienda 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, el Concedente, deberá procurar obtener las compensaciones correspondientes, con la finalidad de mantener el equilibrio económico de la concesión, a efectos de cumplir con lo establecido en el marco legal aplicable y en el Contrato de Concesión.
 - El Regulador propone perfeccionar algunas cláusulas del proyecto de Adenda, entre otras, aquellas referidas a los plazos que se le otorgan al Regulador para la revisión de los Avances de Obra y la liquidación correspondiente.

232. Dado que las modificaciones propuestas al Contrato de Concesión implican la asignación de recursos para la continuación y culminación de las obras, amerita que el Concedente considere, de ser el caso, la correspondiente evaluación social.

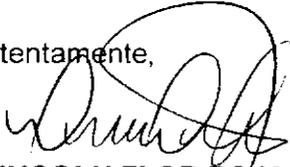
233. La opinión técnica contenida en el presente informe tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo N° 171.2 de la Ley N° 27444, el cual establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.



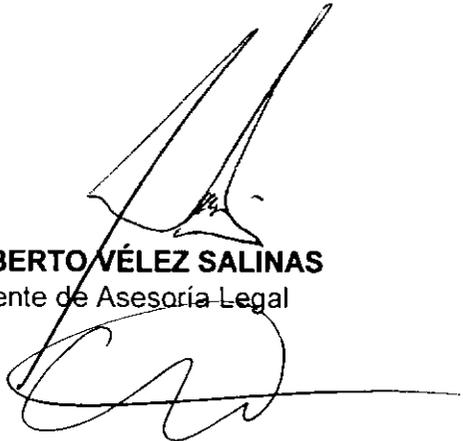
IX. RECOMENDACIONES

234. 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



CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente Adjunto de Supervisión

CARLOS FIERRO GARCÉS
Analista de Regulación



LUIS JAIME SILVA
Jefe de Carreteras del Sur

CFG /Jb
REG-SAL-GRE- 13021-09