

INFORME N° 014-06-GRE-GAL-OSITRAN

Para : ERNESTO MITSUMASU FUJIMOTO
Gerente General

De : GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación

FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

CHRISTY GARCÍA GODOS NAVEDA
Analista de Regulación

Asunto : Segunda Solicitud de Modificación del Contrato de Concesión del Tramo Vial N° 2 (Urcos - Inambari) del Programa Corredor Vial Interoceánico Sur. (Cláusula 8.21 c)

Fecha : 09 de mayo de 2006

I. ANTECEDENTES

1. El 23 de junio de 2005 se otorgó la Buena Pro del Concurso Público de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión al sector privado del Tramo Vial del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil. Dicho concurso público entregó en concesión tres tramos de la referida infraestructura vial, siendo el Tramo N° 2 el comprendido entre Urcos - Inambari.
2. El 4 de agosto de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A.
3. Mediante Oficio N° 020/2005-CIST2-MTC de fecha 03 de noviembre de 2005, la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. solicitó a OSITRAN la modificación del Contrato de Concesión por inicio anticipado de los trabajos para mantener la transitabilidad, elaboración del Proyecto de Ingeniería de Detalle, elaboración del Estudio de Impacto Ambiental y de la Ejecución de las Actividades preparatorias.
4. Por Informe N° 042-05-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 18 de noviembre de 2005 de las Gerencias de Regulación y Asesoría Legal de OSITRAN, se presenta la opinión de OSITRAN respecto de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión planteada por Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A.
5. Mediante Oficio Circular N° 102-05-GG-OSITRAN de fecha 29 de noviembre de 2005, el Gerente General de OSITRAN comunicó al MTC el Acuerdo N° 720-191-05-CD-

OSITRAN del 23 de noviembre de 2005, que aprueba el Informe N° 042-05-GRE-GAL-OSITRAN y remitió copia del mismo.

6. Mediante Oficio N° 260-2006-MTC/02 de fecha 03 de marzo de 2006, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones comunicó a OSITRAN la suscripción de la Primera Adenda al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial N° 2 Urcos –Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, suscrita el 24 de febrero de 2006.
7. Mediante Oficio N° 610-2006-MTC/02 de fecha 27 de abril de 2006, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones remite el Acta de Entendimiento de fecha 6 de marzo 2006, junto al informe No 083-2006-MTC/02.01.RVS por el cual se sustentan los términos de una nueva modificación del Contrato, y solicitó a OSITRAN opinión técnica sobre la modificación del literal c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión.

II. OBJETO

8. El objeto del presente informe es analizar la solicitud de modificación del literal c) de la Cláusula 8.21 del Contrato de Concesión presentada por el Concedente, a fin de que sea elevada al Consejo Directivo de OSITRAN para que proceda a emitir opinión, según las competencias que legalmente se le han atribuido.

III. MARCO LEGAL

9. El artículo 7° de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público establece lo siguiente:

“Artículo 7°

Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la modificación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)”

10. Adicionalmente, en su Artículo 12°, la mencionada Ley establece:

“Artículo 12°

Funciones principales del Consejo Directivo

(...)

d) Declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión.”

11. Por su parte, los artículos 32° y 33° del Decreto Supremo N° 059 - 96 - PCM: 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 – TUO, de fecha 27 de diciembre de 1999, indica lo siguiente:

Artículo 32°

El Estado podrá:

(...)

- d) *Modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente". (Art. 25 del D. Leg. N° 758, modificado de conformidad con el D. Leg. N° 839).*

Artículo 33°

Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- a) *la naturaleza de la concesión;*
b) *las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,*
c) *el equilibrio financiero para ambas partes".*

12. De manera consistente con las normas arriba reseñadas, el Decreto Supremo N° 060-96-PCM: Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, establece lo siguiente:

“Artículo 30°

Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:

(...)

- f) *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;*

(...)"

13. Finalmente, el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación del tramo vial Urcos – Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil. en su sección XVII establece lo siguiente:

“SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra parte, con copia para el REGULADOR, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. 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.”

IV. ANÁLISIS

14. En el presente informe se realiza el análisis de la cláusula que el Concedente solicita sea modificada, es decir el literal c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión.

15. El Contrato de Concesión establece¹:

"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:

(...)

- c) Costo de Transitabilidad durante el período de Construcción de las Obras: El CONCESIONARIO deberá mantener la transitabilidad en todo el Tramo, desde el inicio de esta actividad y hasta la fecha de culminación de la etapa de Construcción de Obras. Para tal efecto, se entenderá que existe transitabilidad, cuando un vehículo ligero 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.*

(...)

16. El Concedente propone la siguiente redacción:

"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:

(...)

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

(...)

17. OSITRAN propone la siguiente redacción:

"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:

(...)

¹ Cláusula modificada por la Adenda 1 del Contrato.

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

18. Debe tenerse presente que la propuesta del Concedente surge a partir de la observación que la Contraloría General de la República hiciera a la modificación de esta cláusula a través de la primera adenda del Contrato de Concesión.
19. Cabe indicar que la modificación que se realizó a través de la primera Adenda del Contrato, recogió la opinión que oportunamente OSITRAN realizara. La opinión de OSITRAN se fundamenta en la necesidad de que se cuente con un parámetro de servicio que permita la medición de resultados, resultados que son producto de los trabajos que los Concesionarios realicen en los tramos viales concesionados.
20. Para este fin, se procedió a analizar en primer lugar la condición para la existencia de transitabilidad indicada en el literal c) de la Cláusula 8.21 original del Contrato de Concesión, la misma que establece originalmente la existencia de la transitabilidad, cuando se verificaba que **“todo tipo de vehículo”** pudiera desplazarse sin restricción alguna, en todo el tramo; es decir, dicha condición sólo establecía la existencia de tráfico o circulación de vehículos.
21. En segundo lugar se analizaron las condiciones de terreno y clima sobre las cuales se desarrollarán los tramos del Corredor Vial Interoceánico, observándose que las mismas corresponden a zonas de Sierra y Selva. Estas ubicaciones geográficas determinan características específicas de los terrenos sobre los cuales se construirán los tramos viales. Entre las características principales tenemos:
 - a) Los suelos de Sierra y Selva no permiten la construcción de una superficie de rodadura óptima con la sola ejecución de la actividad de excavación, lo que hace necesario el transporte de material adecuado de otras zonas para conformar la superficie de rodadura. La fuente de abastecimiento de dichos materiales no se encuentran cerca de las zonas de trabajo, de allí que gran parte del tramo existente haya sido sometido a un proceso de mejoramiento de su superficie con material no adecuado para soportar el tráfico de la carretera.
 - b) A lo anterior se suma las precipitaciones propias de las zonas de Sierra y Selva, y ambas originan efectos en la superficie de rodadura, no óptimas para el tráfico, con lo cual el tránsito vehicular se vuelve dificultoso y en algunas ocasiones puede interrumpirse o paralizarse. Entre las condiciones más comunes están: el encalaminado, ahuellamientos profundos, zanjas, anegamientos, derrumbes y deslizamientos de taludes.
22. En atención a las precitadas condiciones de terreno y clima, es práctica común en estas zonas, el transporte de personas y carga en vehículos de gran tamaño y no así en vehículos ligeros. El transporte a través de vehículos ligeros es utilizado para el transporte de personas y pequeñas cargas entre pueblos cercanos.

23. En virtud de lo anteriormente citado, OSITRAN consideró conveniente optar por establecer como parámetro de verificación de resultados y de las mejoras sobre los tramos viales producto de los trabajos de ejecutados por los Concesionarios, la velocidad promedio a la que un vehículo ligero transita por los tramos concesionados. Este indicador a nuestro entender asegura que las condiciones de la superficie de rodadura, sean las más adecuadas para todo tipo de vehículo.
24. Por otra parte, es conveniente señalar que de acuerdo a la información recabada por el Supervisor de OSITRAN (Supervisor Temporal) durante el primer semestre de la Concesión como resultado de las labores de mantenimiento realizadas por el Concesionario, el nivel de transitabilidad para todo tipo de vehículo en este tramo ha mejorado, habiéndose incrementado incluso el tráfico de vehículos de todo tipo (ligeros y pesados).
25. En relación a la propuesta del MTC, como se señaló anteriormente la misma surge a partir de la observación que realizara la Contraloría General de la República en el sentido de que, a su entender, con la redacción propuesta en la Adenda N° 1 se podría estar excluyendo del concepto de transitabilidad a otros tipos de vehículos (diferentes a vehículos ligeros tipo Station Vagon). Asimismo, la preocupación planteada por la Contraloría estaría también vinculada a una posible alteración del equilibrio económico financiero debido a que su entender se estarían reduciendo las obligaciones del Concesionario sin que se reduzcan a la vez los costos de transitabilidad a cargo del Concedente
26. Como se señaló anteriormente, la redacción propuesta por OSITRAN suponía le inclusión de "Todo tipo de vehículos", ya que en nuestra opinión en la medida que se garantizase el tránsito de vehículos ligeros se estaría garantizando el tránsito de vehículos de diferentes dimensiones. En tal sentido, al no reducirse obligaciones al Concesionario tampoco se estaría alterando el equilibrio económico financiero de la Concesión.
27. No obstante lo dicho anteriormente, y tomando en consideración que la preocupación planteada por la Contraloría al Ministerio de Transportes y Comunicaciones resulta razonable en la medida que busca precisar en el Contrato de Concesión en el sentido de que la transitabilidad debe ser garantizada para todo tipo de vehículo, y que no es exclusiva para los vehículos ligeros, (situación que no fue en ningún momento intención del Regulador); consideramos conveniente que se acepte la propuesta del Concedente, toda vez que esta se constituye en una aclaración de lo establecido en la Adenda 1 del Contrato de Concesión..
28. En lo que respecta a la última frase de la propuesta del Concedente recomendamos que la misma sea suprimida, toda vez que el Plan de Transitabilidad fue aprobado con observaciones por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

- 1 En atención a los señalado en la sección precedente del presente informe se recomienda la modificación de la cláusula 8.21 c), de acuerdo a lo propuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

- 2 Se recomienda someter el presente informe a aprobación del Consejo Directivo con la finalidad de que emita opinión respecto de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión presentada por el Concesionario.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación

FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

CHRISTY GARCÍA-GODOS NAVEDA
Analista de Regulación

CGG/jb
Reg. Sal. 4268
MP 4072