

## **INFORME N° 048-06-GRE-GAL-OSITRAN**

Para : Ernesto Mitsumasu  
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz  
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos  
Gerente de Asesoría Legal

Christy García-Godos Naveda  
Analista de Regulación

Asunto : Solicitud de modificación del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca (Red Vial N° 5)

Fecha : 11 de diciembre de 2006

---

### **I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Carta N° NOR426-06 de fecha 26 de julio de 2006, la empresa Concesionaria del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, NORVIAL solicitó opinión de OSITRAN sobre su propuesta de modificación del Contrato de Concesión a fin de que este se adecue a las nuevas fechas de entrega de los predios por parte del Estado; y, que se le reconozca una compensación económica ocasionada por la demora del Estado en la entrega de predios.
2. Mediante Oficios N° 095 y 096-06-GRE-OSITRAN, la gerencia de Regulación de Ositran solicitó al Concesionario presente su propuesta de redacción a la modificación solicitada, así como los poderes de sus representantes legales.
3. Mediante Memorando N° 076-06-GG-OSITRAN de fecha 13 de octubre de 2006, la Gerencia General autorizó la prorrogación del plazo para la opinión técnica de solicitud de modificación del Contrato de Concesión solicitado por NORVIAL S.A.
4. Mediante Carta N° NOR482-06 del 11 de setiembre de 2006, Norvial S.A. presentó la información adicional solicitada.
5. Informe N° 043-06-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 1° de diciembre de 2006, la Gerencias de Regulación y Asesoría Legal presentaron su opinión respecto a la solicitud de Adenda propuesta por Norvial S.A.
6. En sus sesión de fecha 06 de diciembre de 2006, el Consejo Directivo de OSITRAN realizó comentarios y sugerencias al informe antes citado.

## II. OBJETO

7. El objeto del presente informe es evaluar la procedencia de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte planteadas por la Empresa Concesionaria, tomando en consideración los aportes y comentarios del Consejo Directivo de OSITRAN.

## III. MARCO LEGAL

8. 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.*

*(...)”*

9. 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.”*

10. 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”.*

11. 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;*  
(...)”

12. Finalmente, el Contrato de Concesión Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte en su Sección XVII establece lo siguiente:

**“Sección XVI: MODIFICACIONES AL CONTRATO**

*Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al SUPERVISOR, con copia para el otro contratante, con el debido sustento técnico. El CONCEDENTE resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del SUPERVISOR. 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.*

*De conformidad con el artículo 33 del Reglamento del TUO, el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, cuando ello resulte necesario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*

*En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, siempre que ello sea necesario y este debidamente sustentado, para:*

- i) Que la SOCIEDAD CONCESIONARIA pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o*
- ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en las cláusulas 9.5, 9.6 y 9.7 de este Contrato; o*
- iii) Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción del Contrato.”*

#### **IV. ANÁLISIS**

##### **IV.1 Cuestiones previas (Motivo de la modificación)**

13. La empresa Concesionaria en su carta N° NOR426-06, señala que la entrega de los predios por parte del Concedente, necesarios para la construcción de las obras de la Primera Etapa se encuentran retrasada en más de 18 meses respecto de lo establecido en la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión (modificada mediante Adenda N° 1).
14. La cláusula 5.2 del Contrato de Concesión señala que:
- Los predios o las unidades catastrales afectadas, necesarios para que el Concesionario inicie la construcción de la primera etapa deberán ser entregados dentro de los dos años calendario contados desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión.
  - La obligación del Concesionario de iniciar las obras de cualquiera de las secciones siempre que se hubiese recibido al menos el 80% de las áreas del Derecho de Vía de cada sección necesarias para el inicio de obras.

15. Por otra parte, en la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión se establece que:
- El inicio de de las obras de la primera etapa deberá iniciarse a más tardar a los dos años calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del mismo.
  - El plazo máximo de construcción es de dos años
  - El plazo para la primera etapa se empezará a contar a partir de la fecha de entrega de los predios. (cláusula 5.2)
16. La Empresa Concesionaria sostiene que a la fecha el Concedente no ha cumplido con entregar los predios necesarios para el inicio de la ejecución de la primera Etapa de la obra, conforme lo establece la cláusula 5.2 del Contrato. Señala que a junio de presente año únicamente ha recibido el 12,3% del total de los predios necesarios para la construcción de la primera etapa.

#### **IV.2 Propuesta del Concesionario**

17. En virtud de las razones expuestas en la sección anterior el Concesionario solicita se modifique el Contrato de Concesión en los siguientes aspectos:
- Ampliación del plazo del Concedente para la entrega de los predios, hasta el cuarto año, contado a partir de la fecha de suscripción del Contrato de Concesión.
  - Modificación del plazo de ejecución de las obras de la primera etapa
  - Incorporación de la cláusula 6.25 y de un anexo al Contrato de Concesión en el cual se establece la formula de cálculo de la compensación económica que deberá pagar el Concedente al Concesionario, por el retraso en la entrega de los predios.
18. Adicionalmente la empresa Concesionaria solicita se incorpore en el Contrato de Concesión la obligación del Concedente de compensar al Concesionario por el retraso en el inicio de las obras. La compensación solicitada ascendería a US\$ US\$ 6 653 159,00 (sin incluir IGV)<sup>1</sup>.

#### **IV.3 Plazo para la entrega de los predios.**

19. El Contrato de Concesión dice:

##### *Toma de Posesión*

*5.2.- EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberán suscribir un Acta de Entrega de los Bienes simultáneamente a la suscripción del presente Contrato, en la que se dejará constancia que la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha tomado posesión de las áreas de terreno comprendidas en el Derecho de Vía establecido para el Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, así como de los bienes reversibles y del inventario vial que serán destinados a la ejecución del Contrato en lo que respecta a este tramo, especificando sus características, ubicación, estado de conservación, funcionamiento y rendimiento. Una copia del Acta deberá ser entregada al SUPERVISOR.*

*EL CONCEDENTE podrá elaborar diversas Actas de Entrega de Bienes, según vaya entregando los mismos.*

---

<sup>1</sup> Monto indicado en la Carta N° NOR426-06 de fecha 26 de julio de 2006.

*Los predios o unidades catastrales afectadas, necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de la primera etapa de construcción, deberán ser entregados por el CONCEDENTE dentro de los dos años calendarios contados desde la fecha de suscripción del Contrato. La SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a iniciar la construcción de las obras correspondientes a cada sección de la primera etapa, de conformidad con lo detallado en la cláusula 6.1, siempre que hubiera recibido previamente del CONCEDENTE el 80% de las áreas del Derecho de Vía, necesarias para iniciar las obras, correspondientes a cualquiera de las secciones entendiéndose por sección las que se detallan a continuación:*

*Sección 1: Aquella comprendida entre Huacho (Km. 147+000) y Primavera (Km. 161+440).*

*Sección 2: Aquella comprendida entre Primavera (Km. 161+440) y el Desvío Ambar (Km. 184+800).*

*Sección 3: Aquella comprendida entre el Desvío Ambar (Km. 184+800) y Pativilca (Km. 204+260).*

*El plazo para la ejecución de las obras previsto en las cláusulas 6.7 y 6.9, se comenzará a computar, respecto de cada una de las secciones detalladas anteriormente, desde el momento que EL CONCEDENTE efectivamente entregue a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el 80% de las áreas del Derecho de Vía correspondiente. Si la entrega del 20% restante correspondiente a cada sección de la primera etapa, a ser entregado dentro de los noventa (90) días calendarios siguientes a la entrega del 80% inicial, tal y como se establece en el párrafo precedente fuera, a criterio de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, indispensable para iniciar las Obras correspondientes a cada una de las secciones de la primera etapa, ésta podrá acogerse a lo previsto en la cláusula 6.9 del Contrato.*

*Los predios necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de la segunda etapa de construcción, deberán ser entregados por EL CONCEDENTE dentro de los ciento veinte (120) días calendarios contados desde la fecha de entrega de los bienes correspondientes a la primera etapa.*

## 20. El Concesionario Propone

### *Toma de Posesión*

*5.2.- EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberán suscribir un Acta de Entrega de los Bienes simultáneamente a la suscripción del presente Contrato, en la que se dejará constancia que la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha tomado posesión de las áreas de terreno comprendidas en el Derecho de Vía establecido para el Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, así como de los bienes reversibles y del inventario vial que serán destinados a la ejecución del Contrato en lo que respecta a este tramo, especificando sus características, ubicación, estado de conservación, funcionamiento y rendimiento. Una copia del Acta deberá ser entregada al SUPERVISOR.*

*EL CONCEDENTE podrá elaborar diversas Actas de Entrega de Bienes, según vaya entregando los mismos.*

*Los predios o unidades catastrales afectadas, necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de la primera etapa de construcción, deberán ser entregados por el CONCEDENTE **dentro de los cuatro (4) años calendario contados desde la fecha de suscripción del Contrato.** La*

*SOCIEDAD CONCESIONARIA* estará obligada a iniciar la construcción de las obras correspondientes a cada sección de la primera etapa, de conformidad con lo detallado en la cláusula 6.1, siempre que hubiera recibido previamente del CONCEDENTE el **100%** de las áreas del Derecho de Vía, necesarias para iniciar las obras, correspondientes a cualquiera de las secciones entendiéndose por sección las que se detallan a continuación:

Sección 1: Aquella comprendida entre Huacho (Km. 147+000) y Primavera (Km. 161+440).

Sección 2: Aquella comprendida entre Primavera (Km. 161+440) y el Desvío Ambar (Km. 184+800).

Sección 3: Aquella comprendida entre el Desvío Ambar (Km. 184+800) y Pativilca (Km. 204+260).

*El plazo para la ejecución de las obras previsto en las cláusulas 6.7 y 6.9, se comenzará a computar, respecto de cada una de las secciones detalladas anteriormente, desde el momento que EL CONCEDENTE efectivamente entregue a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el **100%** de las áreas del Derecho de Vía correspondiente.*

*Los predios necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de la segunda etapa de construcción, deberán ser entregados por EL CONCEDENTE dentro de los ciento veinte (120) días calendarios contados desde la fecha de entrega de los bienes correspondientes a la primera etapa.*

21. OSITRAN la siguiente redacción:

*Toma de Posesión*

*5.2.- EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberán suscribir un Acta de Entrega de los Bienes simultáneamente a la suscripción del presente Contrato, en la que se dejará constancia que la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha tomado posesión de las áreas de terreno comprendidas en el Derecho de Vía establecido para el Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, así como de los bienes reversibles y del inventario vial que serán destinados a la ejecución del Contrato en lo que respecta a este tramo, especificando sus características, ubicación, estado de conservación, funcionamiento y rendimiento. Una copia del Acta deberá ser entregada al SUPERVISOR.*

*EL CONCEDENTE podrá elaborar diversas Actas de Entrega de Bienes, según vaya entregando los mismos.*

*Los predios o unidades catastrales afectadas, necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de la primera etapa de construcción, deberán ser entregados por el CONCEDENTE **dentro de los [para ser llenado por el CONCEDENTE] años calendario contados desde la fecha de suscripción del Contrato.** La SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a iniciar la construcción de las obras correspondientes a cada sección de la primera etapa, de conformidad con lo detallado en la cláusula 6.1, siempre que hubiera recibido previamente del CONCEDENTE el **100%** de las áreas del Derecho de Vía, necesarias para iniciar las obras, correspondientes a cualquiera de las secciones entendiéndose por sección las que se detallan a continuación:*

Sección 1: Aquella comprendida entre Huacho (Km. 147+000) y Primavera (Km. 161+440).

*Sección 2: Aquella comprendida entre Primavera (Km. 161+440) y el Desvío Ambar (Km. 184+800).*

*Sección 3: Aquella comprendida entre el Desvío Ambar (Km. 184+800) y Pativilca (Km. 204+260).*

*El plazo para la ejecución de las obras previsto en las cláusulas 6.7 y 6.9, se comenzará a computar, respecto de cada una de las secciones detalladas anteriormente, desde el momento que EL CONCEDENTE efectivamente entregue a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el 100% de las áreas del Derecho de Vía correspondiente.*

*Los predios necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de la segunda etapa de construcción, deberán ser entregados por EL CONCEDENTE dentro de los ciento veinte (120) días calendarios contados desde la fecha de entrega de los bienes correspondientes a la primera etapa.*

22. De acuerdo al contrato de Concesión el plazo para la entrega de los predios por parte del Concedente al Concesionario para el inicio de las obras de la primera etapa era de dos años, contados a partir de la fecha de suscripción del Contrato de Concesión<sup>2</sup>. Este plazo venció el 15 de enero del año 2005.
23. A noviembre del año 2006, han transcurrido 23 meses adicionales al plazo previsto en el Contrato de Concesión sin que el Concedente haya dado cabal cumplimiento a su obligación contractual.
24. Con la modificación propuesta por el Concesionario de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión se pretende adecuar el Contrato al plazo real previsto por el Concedente para cumplir con su obligación de entrega del 100% de los predios necesarios para la ejecución de las obras de construcción de la Primera Etapa, según lo han manifestado en su Carta N° NOR 426-06.
25. Debemos señalar que de acuerdo a la cláusula 14.6 del Contrato de Concesión “*el incumplimiento por causa imputable a una de las Partes dará derecho a la Parte afectada a resolver el Contrato y a exigir la indemnización por daños y perjuicios conforme al procedimiento de liquidación descrito en la cláusula 14.12 o 14.14, según sea el caso*”. No obstante ello, la Empresa Concesionaria no ha manifestado su intención a acogerse a la cláusula antes citada, por el contrato con su propuesta de modificación del Contrato de Concesión estaría manifestando su intención de mantener el vínculo contractual pese a la existencia de un incumplimiento por parte del Concedente.
26. Por otra parte, cabe señalar que OSITRAN a fin de poder proponer con mayor certeza la fecha máxima para la entrega de los predios solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante Oficio N° 104-06-GRE-OSITRAN de fecha 27 de setiembre que informe sobre las situación de la entrega de los predios, además se solicitó que remita el cronograma de entrega y la fecha probable de culminación de dicho proceso.
27. A la fecha de elaboración del presente informe, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no se ha pronunciado respecto a la información solicitada y que se mencionara en el punto anterior, razón por la cual OSITRAN no puede tener

---

<sup>2</sup> Primera Adenda al Contrato de Concesión.

certeza sobre la fecha en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene previsto la entrega de los predios. En tal sentido, consideramos que esta fecha debe ser precisada por el Ministerio, a partir de la evaluación del grado de avance en la adquisición de los predios.

28. Por tal motivo la propuesta de Ositran es aceptar la propuesta del Concesionario debiendo el Concedente fijar la fecha máxima para la entrega del 100% de los predios.

#### **IV.4 Plazo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa**

29. El Contrato de Concesión dice:

*Inicio de la Construcción, Informes de Avance y Medición*

*6.7.- La Construcción de las Obras de la primera etapa deberá iniciarse a más tardar a los dos años calendarios, contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato.*

*La segunda etapa se construirá a partir del momento que el promedio de tráfico en el peaje Paraíso (Huacho) durante cuatro (4) años consecutivos, sea de Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) Ejes Cobrables o más. La segunda etapa se iniciará a más tardar al inicio del año once (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa. El conteo para este propósito corresponderá a aquel señalado en la cláusula 8.23 del Contrato.*

*El plazo máximo de ejecución para cada sección, detallada en la cláusula 5.2 y para la segunda etapa descrita en la cláusula 6.1, es de dos (2) años. El plazo para la primera etapa será contado a partir de la fecha en que EL CONCEDENTE haya entregado a la SOCIEDAD CONCESIONARIA los predios necesarios para la ejecución de las Obras de conformidad con lo establecido en la cláusula 5.2 del presente Contrato.*

30. El Concesionario Propone

*Inicio de la Construcción, Informes de Avance y Medición*

*6.7.- La Construcción de las Obras de la primera etapa deberá iniciarse a más tardar a los **cuatro (4) años calendario**, contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato.*

*La segunda etapa se construirá a partir del momento que el promedio de tráfico en el peaje Paraíso (Huacho) durante cuatro (4) años consecutivos, sea de Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) Ejes Cobrables o más. La segunda etapa se iniciará a más tardar al inicio del año once (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa. El conteo para este propósito corresponderá a aquel señalado en la cláusula 8.23 del Contrato.*

*El plazo máximo de ejecución para cada sección, detallada en la cláusula 5.2 y para la segunda etapa descrita en la cláusula 6.1, es de dos (2) años. El plazo para la primera etapa será contado a partir de la fecha en que EL CONCEDENTE haya entregado a la SOCIEDAD CONCESIONARIA los predios necesarios para la ejecución de las Obras de conformidad con lo establecido en la cláusula 5.2 del presente Contrato.*

31. OSITRAN propone:

*Inicio de la Construcción, Informes de Avance y Medición*

6.7.- La Construcción de las Obras de la primera etapa deberá iniciarse a más tardar a los **[para ser llenado por el CONCEDENTE]**, contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato.

*La segunda etapa se construirá a partir del momento que el promedio de tráfico en el peaje Paraíso (Huacho) durante cuatro (4) años consecutivos, sea de Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) Ejes Cobrables o más. La segunda etapa se iniciará a más tardar al inicio del año quince (15) contado a partir de la fecha de suscripción del Contrato de Concesión. El conteo para este propósito corresponderá a aquel señalado en la cláusula 8.23 del Contrato.*

*El plazo máximo de ejecución para cada sección, detallada en la cláusula 5.2 y para la segunda etapa descrita en la cláusula 6.1, es de dos (2) años. El plazo para la primera etapa será contado a partir de la fecha en que EL CONCEDENTE haya entregado a la SOCIEDAD CONCESIONARIA los predios necesarios para la ejecución de las Obras de conformidad con lo establecido en la cláusula 5.2 del presente Contrato.*

32. De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión (cláusula 6.7), el plazo máximo para la ejecución de cada sección<sup>3</sup> de la Primera etapa es de dos (02) años. Este plazo se debe contar a partir de la fecha en que el Concedente haya cumplido con entregar los precios a que se refiere la cláusula 5.2 del Contrato. Es decir que el Concedente entregue al menos el 80% de los predios y unidades catastrales necesarias para la ejecución de las obras de la Primera Etapa.
33. De acuerdo a la información brindada por la Gerencia de Supervisión y la empresa Concesionaria, las obras de la primera etapa se han ido ejecutando pese a que el Concedente tiene pendiente la entrega de predios y unidades catastrales.
34. Así, la Empresa Concesionaria habría culminado la ejecución de las obras de la sección 2, que implicó la construcción de de 23 km. de vía en el tramo Primavera-Ambar (9 km. de vía totalmente nueva sobre terrenos adquiridos por el Concedente, y el ensanche de 14 Km. de vía sobre el trazo existente). Estas obras se iniciaron el 03 de enero de 2005, y habrían sido recibidas por el Concedente el 09 de diciembre del mismo año. Estas obras pudieron ejecutarse debido a que las mismas se realizaron sobre el trazo de la carretera actual y a la obtención de permisos temporales por parte de los propietarios de los predios afectados o aledaños a la carretera.
35. Los trabajos que se tienen previsto realizar en la sección 1 y sección 3, implican un cambio en el trazo de la carretera, razón por la cual en la medida en que no se cuente con los terrenos para la ejecución de las obras, es poco lo que la empresa Concesionaria pueda ejecutarlos. A la fecha la Empresa Concesionaria ha iniciado la ejecución del Puente Huaura y en el tramo 3, el puente Pativilca, habiendo alcanzado un avance de obra para fines de agosto del 2006 del 31,25% y 26,14% respectivamente.

---

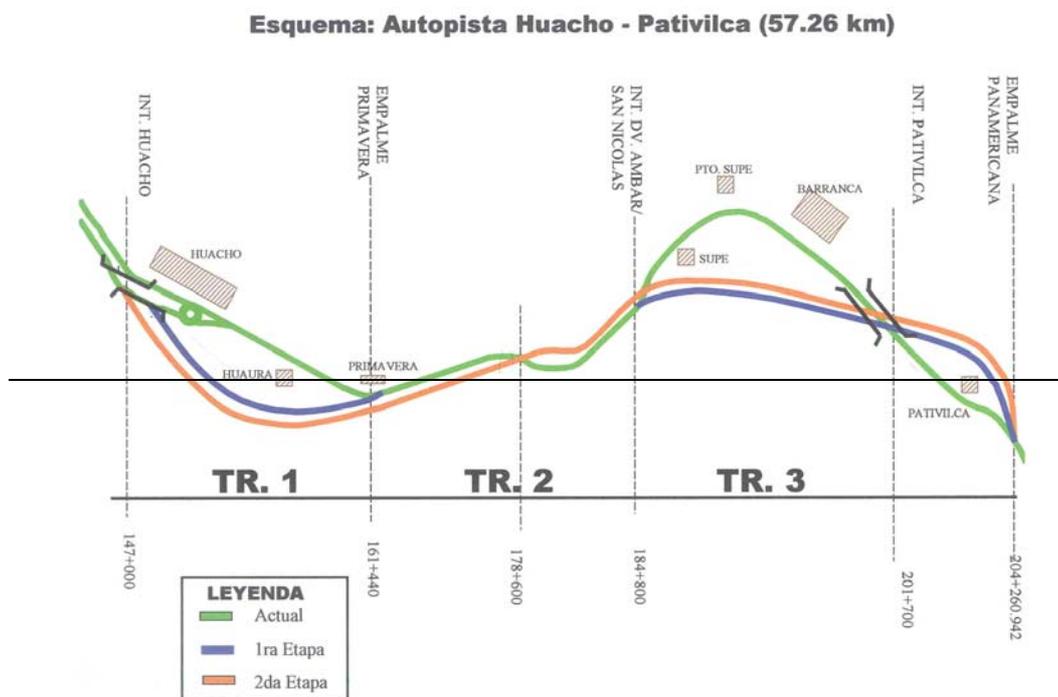
<sup>3</sup> En la cláusula 5.2 se definen las siguientes secciones:

Sección 1: Aquella comprendida entre Huacho (Km. 147+000) y Primavera (Km. 161+440)

Sección 2: Aquella comprendida entre Primavera (Km. 161+440) y el Desvío Ambar (Km. 184+800).

Sección 3: Aquella comprendida entre el Desvío Ambar (Km. 184+800) y Pativilca (km. 204+260).

36. En el siguiente diagrama se puede observar las diferentes secciones y las obras que estas involucran:



37. Respecto a la fecha de inicio de las obras, la cláusula 6.17 señala que la construcción de la primera etapa debe realizarse *“a más tardar a los dos años calendario, contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato”*, es decir según esta sección las obras debieron iniciarse a más tardar el 14 de enero de 2005.
38. Por otra parte el último párrafo de la cláusula antes citada contempla dos condiciones:
- El plazo máximo para la ejecución y por ende culminación de cada sección de la primera etapa y de la segunda etapa es de dos años.
  - El plazo se cuenta a partir de la fecha de entrega de los predios por parte del concedente.
39. Pese a que no se entregaron los predios el Concesionario el 03 de enero del año 2005 inició las obras de la primera etapa con la ejecución de la sección 2, obras que fueron culminadas en el mes de octubre del mismo año y recibidas el 9 de diciembre de 2005. Adicionalmente el 15 de mayo de 2006 se inicio la construcción de los puentes Huaura y Pativilca correspondientes a la sección 1 y sección 3 respectivamente. Es decir las obras de la primera etapa se iniciaron dentro del plazo previsto por el Contrato de Concesión, a más tardar a los dos años de suscrito el Contrato de Concesión.
40. Si no tomamos en consideración para efectos del plazo de ejecución de las obras la obligación del Concedente de entregar los predios, las obras correspondientes a la Sección 2 se habría culminado dentro del plazo establecido en el Contrato de

Concesión (dos años), en tanto las obras de la sección 1 y 3 deberían terminar de ejecutarse a más tardar en mayo del año 2008.

41. Sin embargo toda vez que la entrega de los predios necesarios para la construcción de la primera etapa es una condición para el inicio del conteo del plazo de culminación de esta etapa y siendo que los mismos no han sido entregados, se puede concluir que NO le es exigible al Concesionario la obligación de culminar las obras de la sección 1 y 3 en un plazo de dos años, es decir antes de mayo del año 2008.
42. El plazo para la culminación de las obras de la primera etapa exigible al Concesionario deberá contarse a partir de la fecha de entrega de los predios.
43. Siendo que a la fecha de elaboración del presente informe la Empresa Concesionaria ha culminado con las obras de la sección 2 en menos de un año y que ya se habría avanzado el 31,25% y 26,14% de las obras correspondientes a la sección 1 y 3 respectivamente, consideramos que resultaría conveniente en primer lugar que el plazo máximo para el inicio de las obras de la primera etapa sea determinado por el Concedente y que este plazo coincida con el que se establezca en la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión. Por otra parte, recomendamos que se modifique el plazo para la culminación de las obras de la primera etapa a un (01) año contado a partir de la fecha de entrega de los predios por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de que como consecuencia del retraso en el cumplimiento de obligaciones por parte del Concedente no se generen mayores inconvenientes a los usuarios de la Carretera. Consideramos que este plazo resulta razonable en virtud al grado de avance de las obras por parte del Concesionario.
44. En lo que respecta al plazo para el inicio de las obras de la segunda etapa que es regulado en el segundo párrafo de la cláusula materia de comentario. Consideramos necesario que este plazo sea modificado a fin de que las obras de esta etapa sean hincadas en el plazo originalmente previsto en el Contrato de Concesión (año 15 contado a partir de la suscripción del Contrato de Concesión). Mantener el plazo previsto en el contrato de Concesión de once (11) años a partir de la fecha de culminación de las obras de la primera etapa, podría generar un retraso en cuatro (04) años en la construcción de las obras de la segunda etapa.
45. Cabe señalar que el plazo máximo de once (11) años fue establecido a través de la adenda N° 1 del Contrato de Concesión. En la evaluación de esta modificación se señaló que el plazo de 11 años resultaba necesario a fin de garantizar al Concesionario el tiempo suficiente para cubrir el financiamiento solicitado para la ejecución de la primera etapa de construcción.
46. La Empresa Concesionaria, pese a no estar realizando al 100% las actividades de construcción de la primera etapa, viene recaudando el peaje correspondiente en todas las unidades de peaje de la carretera (US\$ 1,50 por vehículo ligero o eje de vehículo pesado). Dichos recursos estarían siendo abonados al Fideicomiso de Administración y Garantía, cuyo contrato fue suscrito el 29 de setiembre al cual la Empresa Concesionaria ha transferido en dominio fiduciario todos y cada uno de los flujos e ingresos que genera la Concesión, incluyendo los flujos provenientes de la recaudación de peajes y los préstamos recibidos de las entidades multilaterales. Dichos flujos se mantienen en cuentas de recolección para el financiamiento de la Primera Etapa del Contrato de Concesión y el Capital

de trabajo de la compañía y serán utilizados en función al flujo de caja proyectado por la Empresa Concesionaria.

47. En tal sentido, los recursos necesarios para el repago del endeudamiento de la primera etapa de construcción estarían garantizados, pese al retraso en la ejecución de las obras constructivas, en tal sentido no corresponde retrasar el inicio de construcción de las obras de la Segunda Etapa por la postergación en el inicio de las obras de la Primera Etapa.

#### **IV.4.1 Derecho del concesionario a solicitar una compensación económica**

48. El Concesionario propone la inclusión de la cláusula 6.25:

**De la compensación a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA por el incremento de costos generados por la no entrega de los predios de la primera etapa.**

**6.25.- El CONCEDENTE declara y reconoce expresamente que la reprogramación del inicio de obras correspondientes a la primera etapa de Construcción como consecuencia del retraso en la entrega de los predios de dicha etapa, ha incrementado los costos del Contrato de Concesión. Teniendo ello en consideración, EL CONCEDENTE reconoce que corresponde pagar a favor del SOCIEDAD CONCESIONARIA una compensación que será calculada de acuerdo a la fórmula prevista en el Anexo N°2 del presente documento.**

**Una vez culminada la entrega total de los predios de la primera etapa de Construcción a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, ésta procederá a aplicar la fórmula prevista en el Anexo N° 2 del presente documento para determinar el monto resultante de la compensación a su favor y agregar a dicha cifra el correspondiente Impuesto General a las Ventas, luego de lo cual enviará la liquidación correspondiente a EL CONCEDENTE, con copia al SUPERVISOR. El SUPERVISOR contará con diez (10) días calendario para emitir una opinión técnica. En caso venciera este plazo sin que el SUPERVISOR se pronuncie, se entenderá que la opinión de ésta ha sido emitida dando su conformidad con la liquidación presentada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Vencido el plazo para la opinión del SUPERVISOR, EL CONCEDENTE contará con plazo de diez días (10) calendario para manifestar su conformidad o disconformidad con la liquidación efectuada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Transcurrido dicho plazo sin que EL CONCEDENTE se hubiese pronunciado se entenderá automáticamente aprobada la liquidación correspondiente. EL CONCEDENTE tendrá un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la aprobación de la liquidación para efectuar el pago del monto de la compensación a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, mediante cheque o transferencia bancaria. Si EL CONCEDENTE no estuviere de acuerdo con la liquidación presentada o existiese alguna discrepancia respecto de la misma, las partes acuerdan someterse a los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XV del presente Contrato de Concesión.**

**En caso EL CONCEDENTE no cumpla con realizar el pago de la compensación dentro del plazo previsto en el párrafo que antecede, quedará automáticamente constituido en mora, sin necesidad de requerimiento o intimación alguna. En dicho supuesto, EL CONCEDENTE quedará obligado a pagar a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA los intereses compensatorios y moratorios devengados a las tasas máximas permitidas por la legislación vigente, sobre el monto de la compensación adeudada por cada día de atraso en el pago y hasta la fecha de su total y efectiva cancelación. Las partes reconocen que también se seguirán devengando**

*intereses compensatorios y moratorios a las tasa máximas permitidas por la legislación vigente, desde la fecha en que se debió hacer efectivo el pago de la compensación hasta la fecha de su total y efectiva cancelación, en caso que el monto de la liquidación presentada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA hubiese sido observada por EL CONCEDENTE y dicha discrepancia hubiese sido sometida a los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XV del presente Contrato de Concesión.*

*El CONCEDENTE reconoce que si por cualquier causa, incluyendo la Fuerza Mayor, la entrega de los predios necesarios para la ejecución de las obras de la primera etapa de Construcción se retrasará nuevamente respecto de la fecha pactada en la cláusula 6.7 de este Contrato, la compensación a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA se seguirá devengando, aplicando la formula prevista en el Anexo N°2 de esta Addenda, hasta la fecha en que se haga efectiva la entrega de la totalidad de los predios necesarios para la ejecución de las obras de la primera etapa de Construcción. En tal supuesto también serán de aplicación todas las disposiciones contenidas en este numeral incluyendo, pero no limitándose a, el procedimiento y los plazos para la comunicación y aprobación de la liquidación correspondiente; el plazo para efectuar el pago del monto de la compensación a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA y las demás disposiciones sobre el pago de intereses compensatorios y moratorios a las tasas máximas permitidas por la legislación vigente.*

49. OSITRAN propone la siguiente redacción:

*De la compensación a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA por el incremento de costos generados por la no entrega de los predios de la primera etapa.*

*6.25.- El CONCEDENTE reconoce que el retraso en la entrega de los predios de la primera etapa, puede incrementar los gastos y costos de la ejecución de estas obras. Una vez culminadas las obras de la Primera Etapa y habiendo sido estas recibidas por el CONCEDENTE conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO podrá solicitar la compensación que considere le corresponde.*

*Para tal efecto EL CONCESIONARIO deberá presentar a OSITRAN el monto de la compensación solicitada, la metodología utilizada para el cálculo de la compensación y la información detallada que sirvió de base para dicha determinación. Para dicho efecto EL CONCESIONARIO presentará la información debidamente auditada por una empresa auditora seleccionada por el REGULADOR de acuerdo al procedimiento de selección que éste establezca. Para la evaluación de esta información OSITRAN contará con un plazo de sesenta (60) días útiles, prorrogable por treinta (30) días adicionales, para emitir su opinión y remitirla el CONCEDENTE.*

*Para efectos del cálculo de la compensación el REGULADOR deberá tener en consideración entre otros los siguientes rubros:*

- *Los mayores Ingresos generados por el Concesionario (generales y financieros)*
- *Los mayores Costos de Construcción*
- *Los mayores Gastos de Construcción*
- *Los mayores Gastos de mantenimiento en tramos a ser devueltos*
- *Los mayores Gastos en mantenimiento en tramos construidos*
- *Tasa de interés activa y pasiva*

**Posteriormente, EL CONCEDENTE contará con plazo de veinte días (20) útiles para emitir opinión y disponer en caso corresponda el pago de la compensación. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie respecto de esta solicitud se entenderá automáticamente denegada la compensación solicitada por el CONCESIONARIO.**

**Si EL CONCEDENTE no estuviese de acuerdo con la liquidación presentada o existiese alguna discrepancia respecto de la misma, las partes acuerdan someterse a los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XV del presente Contrato de Concesión.**

**La forma de pago por este concepto será definida por las partes.**

50. En primer lugar y considerando la relevancia económica y jurídica del pedido de Adenda del Concesionario, OSITRAN formulo consulta al Estudio “Bigio & Ramirez Abogados” en relación al derecho y/o posibilidad de reconocer, a favor de Norvial S.A., compensación por los eventuales perjuicios derivados del incumplimiento contractual por parte del Estado Peruano en relación al contrato de Concesión celebrado entre ambos.
51. El Informe de dicho Estudio concluye, en primer lugar, el carácter contractual del acuerdo celebrado el 15 de enero de 2003, entre el Estado Peruano como “Concedente” y la empresa Norvial como “Concesionaria”. El indicado carácter se deriva del hecho que se ha constituido como consecuencia de la expresión de la libre voluntad de las partes contratantes y sin que sus reglas más características, sean consecuencia de una imposición legal.
52. Por otra parte, el Estudio advierte que está, legalmente establecida, la presunción de culpa para el caso de inejecución de obligaciones. Es decir, si se acredita el incumplimiento de parte del Estado Peruano de la obligación de entregar los predios a Norvial, entonces debe presumirse la culpa de parte del concedente. Tales consideraciones se encuentran previstas en los artículos 1321° y 1329° del Código Civil que señalan lo siguiente:

*“Artículo 1321°.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable y culpa leve...”*  
*“Artículo 1329°.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.”*
53. En resumen, el Estudio señala que es posible concluir que en el caso que se produzcan los requisitos legales señalados, el concesionario tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, aún cuando dicha consideración no se haya contemplado en el texto del contrato.
54. A mayor abundamiento, debemos señalar que la obligación de indemnizar por causa del incumplimiento del Estado, no solo fluye de las antes mencionadas normas del Código Civil, aplicables supletoriamente a un contrato administrativo de concesión, sino que esta expresamente prevista en el inciso c) del artículo 36° del TUO de las normas con rango de ley que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras publicas de infraestructura y de servicio público – D.S. 059-96-PCM, que establece lo siguiente:

*“Artículo 36.- La etapa de construcción, reparación, y conservación se sujetará al siguiente régimen:  
(...)”*

*c) Cuando el incumplimiento de los plazos parciales o total obedeciera a acción u omisión del Estado, tales plazos se entenderán extendidos en un periodo equivalente al del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones correspondientes”.*

*(el resaltado es nuestro)*

55. En consecuencia, el TUO repite el principio establecido en el Código Civil, ratificando la obligación del Estado de compensar y la pertinencia de la adenda solicitada. En ese sentido, de acuerdo al análisis efectuado por el Estudio, en el supuesto de verificarse un incumplimiento por parte del Concedente, tanto el TUO (norma especial) como el Código Civil (norma general) respaldan el derecho de NORVIAL de solicitar una compensación.
56. Por otro lado, el Estudio “Bigio & Ramirez Abogados” también analiza en qué medida se justifica la inclusión del derecho a indemnización en el propio contrato a través de una modificación del mismo, concluyendo que desde el punto de vista estrictamente legal, aceptar un adenda como la que propone NORVIAL, más allá de ser una expresión de la libertad contractual, tiene la virtud de evitar discusiones jurisdiccionales sobre el tema. Dado que en el presente caso el adenda solicitada no vulnera norma alguna, esta es, por lo tanto, posible y válida y, en consecuencia, legal.
57. En opinión de OSITRAN, la libertad de contratación a la que hemos hecho referencia se encuentra recogida por la Constitución (Artículo 2º y 62º)<sup>4</sup>, la que la califica como uno de los derechos fundamentales de la persona. El Código Civil ha desarrollado el concepto de libertad de contratación contemplado en la Constitución (Artículos 1351º y 1354º)<sup>5</sup>. En ese sentido, concordando las normas antes mencionadas, una adenda destinada a modificar una relación jurídica patrimonial preexistente (el Contrato de Concesión) será válida en la medida que ésta no sea contraria a normas legales imperativas.

---

<sup>4</sup> “Artículo 2.- *Derechos fundamentales de la persona*  
*Toda persona tiene derecho:*  
(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

“Artículo 62.- *Libertad de contratar*

*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

*Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”*

<sup>5</sup> Artículo 1351. *El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*

Artículo 1354. *Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.*

58. Respecto a la solicitud de la Empresa Concesionaria, en ella se propone la determinación de la compensación, a través del establecimiento de fórmulas de reajuste. Dichas fórmulas de reajuste son aplicadas tanto para determinar los mayores gastos ya incurridos (durante el período enero 2005-mayo 2006) como los mayores gastos en que se incurriría por efecto de la prolongación de los plazos de entrega de los predios. En el primer caso, al tratarse de montos de inversión y gastos ya ejecutados estos son pasibles de ser auditados y valuados con posterioridad a su ejecución, no siendo necesaria su estimación mediante fórmulas de reajuste.
59. No obstante ello, y a fin de garantizar de forma expresa al Concesionario su derecho a una compensación por los mayores gastos y costos, consideramos necesario que se incorpore una cláusula sobre esta materia, en los términos expuestos al inicio de esta sección. En dicha cláusula se establecen los criterios generales que deberán aplicarse al momento de determinar el monto de la compensación.
60. Así consideramos necesario que se tome en consideración entre otros los siguientes elementos:
- Los mayores Ingresos generados por el Concesionario (generales y financieros)
  - Los mayores Costos de Construcción
  - Los mayores Gastos de Construcción
  - Los mayores Gastos de mantenimiento en tramos a ser devueltos
  - Los mayores Gastos en mantenimiento en tramos construidos
  - Tasa de interés activa y pasiva
61. Asimismo, se propone un procedimiento para la determinación del monto de la compensación, el mismo que deberá contener plazos adecuados que garanticen al Regulador y al Concedente la posibilidad de evaluar de forma adecuada las liquidaciones presentadas por el Concesionario. Para tal efecto, la información presentada por el Concesionario deberá estar debidamente auditada por una empresa auditora seleccionada por OSITRAN.

## **V. CONCLUSIÓN**

Del análisis de la sección precedente, estas Gerencias llegan a las siguientes conclusiones:

1. Es necesario ajustar los plazos establecidos en el Contrato de Concesión para la entrega de los predios de la primera etapa de Construcción y el plazo de construcción de la misma.
2. De acuerdo al marco legal vigente, NORVIAL S. A. tiene derecho a una compensación económica en el caso que esta se origine por el incumplimiento del Estado de entregarle los predios necesarios para realizar las obras prometidas.
3. Resulta inconveniente establecer ex – ante la metodología o fórmulas de compensación a favor del Concesionario, toda vez que no se tiene certeza de los valores reales de los ingresos, costos y gastos en que incurrirá el Concesionario, hasta la fecha de entrega efectiva de los predios.

## **VI. RECOMENDACIÓN**

1. 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 DÍAZ**  
Gerente de Regulación

---

**FÉLIX VASI ZEVALLOS**  
Gerente de Asesoría Legal

---

**CHRISTY GARCÍA – GODOS NAVEDA**  
Analista de Regulación

CGG/jb  
REG.SAL-GRE-GAL-13190-06.  
MP: 7014-8734