

INFORME N° 012-09-GR-OSITRAN

Para : **Jorge Montesinos Córdova**
Gerente General

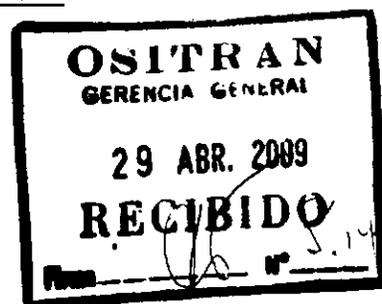
De : **Lincoln Flor Rojas**
Gerente de Regulación

Humberto Ramírez Trucíos
Gerente de Asesoría Legal

Juan Carlos Polo Puelles
Gerente de Supervisión (e)

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.

Fecha : 29 de abril 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 Quinta Adenda presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - en adelante el Concedente.



II. ALCANCES

2. La opinión del OSITRAN se limita a evaluar la propuesta de Quinta Adenda presentada por las Partes. 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 - Azangaro), conforme al Expediente Técnico (Obras del Proyecto referencial y Obras Alternativas) por un Pago Anual por Obras, en adelante PAO, de US\$ 25,449,000.00.

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 21 de diciembre de 2007, mediante Oficio N° 663-2008-MTC/25, el Concedente, en aplicación de la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, comunica que ha decidido ajustar el PAO en función a los montos de las variaciones de metrados de las Obras de la Primera Etapa, ejecutados por el Concesionario, con recursos del PAO de la Tercera Etapa.
9. El 18 de diciembre de 2007, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 059-2007-CD-OSITRAN, OSITRAN interpretó el alcance del procedimiento para la expedición del Certificado de Avance de Obra (CAO).
10. 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.
11. 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.
12. 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.
13. El 06 de abril de 2009, mediante Oficio N° 476-2008-MTC/25, el Concedente presenta el Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 4.
14. El 8 de abril de 2009, mediante Oficio N° 122-09-GG-OSITRAN, el Regulador requiere al Concedente información sustentatoria para la evaluación del Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión.
15. El 15 de abril de 2009, mediante Oficio N° 509-2009-MTC/25, el Concedente presenta una nueva solicitud en sustitución del Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión.
- El 17 de abril de 2009, mediante Oficio N° 130-09-GG-OSITRAN, el Regulador requiere al Concedente información sustentatoria para la evaluación del nuevo Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión que fuera presentada mediante Oficio N° 509-2008-MTC/25.



17. Mediante Oficio N° 529-2009-MTC/25 del 20 de abril de 2009, el Concedente remite la información complementaria ante el requerimiento del Regulador. En tal sentido, corresponde realizar la evaluación del contenido de la modificación propuesta¹.
18. Mediante Oficio N° 028-09-PD-OSITRAN, el Regulador puso en conocimiento del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) la propuesta de Quinta Addenda al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramo 4.

IV. MARCO LEGAL APLICABLE

19. El inciso d) del artículo 32° del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM², establece que el Estado podrá modificar la concesión cuando ello resulte conveniente.
20. Sobre el particular, el artículo 33° de la referida norma prevé que las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:
 - a) la naturaleza de la concesión;
 - b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
 - c) el equilibrio financiero para ambas partes.
21. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual, deberá respetar, en lo posible, los parámetros antes descritos.
22. Ahora bien, el inciso f) del artículo 30° del Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 060-96-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.

23. En tal sentido, corresponde al Concedente, en cumplimiento del artículo antes citado, ejercer su atribución de modificar el Contrato de Concesión, cumpliendo con los requisitos antes descritos.

24. Cabe resaltar que, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión".

25. De otro lado, el artículo 37° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM⁴, prevé lo siguiente:

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

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

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

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



"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]

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

"SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra parte, con copia para el REGULADOR, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido o con la conformidad de las instituciones que financien la Concesión, según corresponda, en el caso de ser aplicable, en tanto las materias objeto de modificación del Contrato tengan incidencia en el desempeño económico financiero de la Concesión. La Parte resolverá dicha solicitud contando con la opinión técnica del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

27. 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.

28. 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.
29. Por último, mediante Ley N° 29309⁷, se declara de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente la continuación y culminación de la construcción y asfaltado de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil – IIRSA SUR, disponiéndose la ejecución de las obras adicionales que no hubieran sido cubiertas por el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), establecidos en los Contratos.

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

30. El inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917⁸, otorga al Regulador la función específica de emitir opinión técnica sobre la

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), establecidos en los contratos.

Artículo 2.- Determinación de modalidad de financiamiento

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

Artículo 3.- Modalidad de ejecución de las obras

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

Artículo 4.- Autorización para la suscripción de acuerdos

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

Artículo 5.- Autorización para modificaciones contractuales

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.

Ley N° 26917.-

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)



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.

31. El Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, su Reglamento General, así como el Reglamento del Decreto Legislativo 1012, Decreto Supremo N° 146-2008-EF⁹, establecen la obligación del Regulador de emitir opinión sobre la modificación de los Contratos de Concesión.
32. Como puede advertirse, el marco legal vigente se establece que corresponde al Regulador, emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión, la misma que es de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre ellas, el Concesionario.
33. Ahora bien, a nivel regulatorio, los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión aprobados por el Regulador, establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión. Sobre el particular, el numeral 6.2 prevé que en caso de los supuestos de modificación 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.
34. En el caso específico del Contrato de Concesión materia de evaluación, debe resaltarse que éste reconoce la competencia del Regulador, estableciendo que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el Contrato, requiere de la opinión previa del Regulador, quien se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes.



35. Ahora bien, el artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, establece que las opiniones a las 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.



36. Sobre el particular, el Concedente presentó su nuevo Proyecto de Quinta Adenda para opinión del Regulador el 15 de abril de 2009¹¹. Posteriormente, el 17 de abril de 2009, mediante Oficio N° 130-09-GG-OSITRAN, el Regulador solicitó al Concedente información adicional y precisiones sobre el Proyecto de Quinta Adenda, requerimiento que fue absuelto el 20 de abril de 2009. En ese sentido, considerando



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

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

¹¹ El 6 de abril de 2009, mediante Oficio N° 476-2009-MTC/25, el CONCEDENTE presentó su primigenio Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, Tramo 4.



que la solicitud de información suspende el plazo para la emisión de la opinión hasta que esta sea absuelta, en el presente caso se configuró la suspensión de un (1) día hábil.

37. En ese orden de ideas, considerando el plazo máximo de diez (10) días para la emisión de la opinión, y teniendo en cuenta la suspensión de un día por requerimiento de información, el plazo para que el Regulador emita opinión vence el miércoles 29 de abril de 2009.

VI. DE LA SOLICITUD

38. Mediante la propuesta de Adenda 5 del Tramo 4 al Contrato de Concesión, el Concedente, con la conformidad del Concesionario, propone:

- Valorizar las variaciones de metrados desde el CAO N° 1-T4 hasta el N° 12-T4, con gastos generales (GG) 35.5% y utilidad (U) 10%¹².
- El Concedente ha tomado la decisión de no realizar nuevos ajustes el PAO Contractual a los ya aprobados¹³, con excepción de los ajustes correspondientes a la variación de metrados de la primera y segunda etapa¹⁴.
- Dejar sin efecto el numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión (con respecto a la valorización de las variaciones de metrados para efectuar el ajuste del PAO por Etapa)¹⁵.
- A partir del CAO N° 13-T4 los metrados ejecutados o por ejecutar serán considerados como metrados del proyecto referencial hasta agotar la inversión vinculada al PAO contractual¹⁶.

¹² Propuesta de Quinta Adenda

4.1 Variaciones de Metrados y Subpartidas no consideradas en el Proyecto Referencial Ejecutadas hasta el CAO N° 12.- Según lo establecido en el Contrato de Concesión las Variaciones de Metrados de las Subpartidas del Proyecto Referencial y las Subpartidas no consideradas en el Proyecto Referencial y consignadas hasta el CAO N° 12 deberán ser valorizadas respectivamente con los Precios Unitarios Reales aprobados por el Regulador y/o Concedente, y Precios Unitarios para las Nuevas Subpartidas aprobados por el Concedente. A esta valorización (efectuada a costos directos reales) se deberá aplicar los porcentajes de Gastos Generales de 35,5% y Utilidad de 10%, aceptados por el CONCEDENTE, para la emisión de los CRPAO's respectivos.

¹³ Propuesta de Quinta Adenda

4.2 Valorización de los Avances de Obra.-

(...)

Como consecuencia de lo anterior no se efectuarán nuevos ajustes al PAO contractual por Variaciones de Metrados ni por Subpartidas Nuevas, salvo por las ya valorizadas hasta el CAO N° 12, que constituyen ajustes al PAO aprobados por el CONCEDENTE y expresados en los CRPAO's ya emitidos.

¹⁴ Informe N° 207-2009-MTC/25

- a) Necesidad de suscribir la Adenda (Causa Justificada)

(...)

Al respecto, realizar un nuevo incremento al PAO por variaciones de metrados en este momento no sería posible porque:

- i) La Ley 29039 (...) De dicha norma se infiere que el CONCEDENTE no debe realizar nuevos ajustes al PAO por variaciones de metrado. Salvo los ya consentidos a esa fecha.

(...)

2. Objeto de la Adenda (Cláusula Segunda)

(...)

Al respecto, el CONCEDENTE con la Adenda no está autorizando nuevos ajustes al PAO por concepto de variaciones de metrado, más que los ya consentidos por el Regulador hasta el CAO N° 12 emitido con fecha 30 de noviembre del 2008. (...)

Por otro lado, el referido punto 2 de la "Información Solicitada" requiere se precise si las variaciones de metrado desde el CAO N° 01-T4 hasta el CAO N° 12-T4 serían cubiertas con el PAO contractual.

Al respecto, las variaciones de metrado desde el CAO N° 01-T4 hasta el Cao N° 12-T4 no serán cubiertas con el PAO contractual. Dichas variaciones de metrados han implicado ajustes al PAO efectuados por el Regulador y el CONCEDENTE, antes de la vigencia de la Ley 29039, en aplicación en las cláusulas 6.4.A.2 y 6.4.A.5. (...).

¹⁵ Propuesta de Quinta Adenda

4.2 Valorización de los Avances de Obra.-

(...) Es decir que a partir del CAO N° 13 todos los CAO's que se emitan deberán seguir la metodología descrita en la Cláusula 6 de la presente, y no será de aplicación lo establecido en el Numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.

Propuesta de Quinta Adenda



- Modificar el cálculo de la inversión referencial, (valorizar la inversión con precios reales y no con precios del proyecto referencial)¹⁷.
39. Como puede advertirse de la propuesta de Quinta Adenda, las Partes no realizarán nuevos ajustes al PAO Contractual. Así, proponen que las variaciones de metrados que se registren a partir del CAO N° 13-T4 hasta el agotamiento del PAO contractual, deberán ser valorizadas con cargo al PAO contractual.
 40. Asimismo, las Partes proponen que dichas valorizaciones se efectuarán con cargo a la Inversión Referencial hasta agotar el PAO contractual, a precios reales y gastos generales de 27% y utilidad de 10%, tal como se establece en el Contrato de Concesión.
 41. De otro lado, las Partes proponen que la variación de metrados ocurrida hasta el CAO N° 12-T4 deberá ser contabilizada con gastos generales de 35.5% y utilidad de 10% y no de 27% y 10% (respectivamente) como se estaba valorizando.
 42. A efectos de emitir la opinión solicitada, corresponde 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

43. 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.
44. 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.
45. En ese orden de ideas, corresponde evaluar el cumplimiento de los siguientes requisitos formales de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión:

- Sustento Legal, Técnico y Económico – Financiero
- Causa Fundada
- Interés Público

4.2 Valorización de los Avances de Obra.- Las Partes acuerdan que los metrados ejecutados o por ejecutar y que serán certificados a partir del CAO N° 13 serán considerados como metrados referenciales, hasta completar la ejecución de la inversión Vinculada al PAO Contractual. Es decir que a partir del CAO N° 13 todos los CAO's que se emitan deberán seguir la metodología descrita en la Cláusula 4.6 de la presente, y no será de aplicación lo establecido en el Numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.

(...)

¹⁷ 4.3 Inversión Vinculada al PAO Contractual.- A fin de determinar el agotamiento del PAO contractual se utilizará el presupuesto de Inversión Vinculada al PAO Contractual que asciende a US\$ 197'550,388.72, según se detalla en el Anexo N° 1 de la presente Addenda, determinado mediante la multiplicación de los metrados del Proyecto Referencial por los Precios Unitarios Reales aprobados en las Resoluciones Directorales respectivas, afectado por un 27% por concepto de Gastos Generales y un 10% por Utilidad.

VI.1.1 Sustento Legal, Técnico y Económico-Financiero

46. El Concedente ha remitido el Oficio N° 509-2009-MTC/25 adjuntando el informe N° 203-2009-MTC/25, mediante el cual evalúa y realiza el análisis sobre el sustento técnico, financiero y legal de la presente adenda, y además, toma la decisión que en la referida adenda, sólo se abordará los mecanismos de continuidad de la obra hasta la culminación del PAO.
47. Ante el requerimiento de mayor información por parte del Regulador, mediante Oficio N° 130-09-GG-OSITRAN, el Concedente presentó el Informe N° 207-2009-MTC/25, respecto de la necesidad de suscribir la adenda, la causa justificada, el incremento del PAO, el objeto de la adenda, la propuesta de aplicación de precios unitarios reales para valorizar los metrados referenciales, las valorizaciones de los avances de obras, la matriz de riesgos y los efectos en el equilibrio económico del Contrato.
48. En atención a los informes remitidos por el Concedente, éste ha dado cumplimiento a este requisito de forma. Sin embargo, debe señalarse que la verificación del cumplimiento de este requisito, no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido. Así, la evaluación del contenido de la información, la suficiencia y pertinencia del mismo será realizada en el ítem Análisis Técnico de la Modificación Propuesta.



VI.1.2 Causa Fundada¹⁸

49. El sustento que expone el Concedente¹⁹, con la conformidad del Concesionario, para modificar el Contrato de Concesión se basa en la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión.
50. 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 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.
51. De acuerdo con lo establecido en la Ley N° 29309, no se producirían nuevos ajustes al PAO, toda vez que para financiar la continuación de las obras, de acuerdo a la norma antes citada, previamente debe agotarse el PAO. En ese sentido, existiría un vacío sobre el financiamiento que corresponderían a las variaciones de metrados que ejecute el Concesionario, por lo que las Partes buscan homogenizar todos los metrados que faltan por construir hasta el agotamiento del PAO, haciéndose necesario la suscripción de la presente Adenda.



¹⁸ Se entiende por causa fundada a un evento previsto en el marco legal y contractual que habilite la modificación del Contrato de Concesión.

¹⁹ Según el Informe N° 207-2009-MTC/25, el CONCEDENTE concluye: "(...) la celebración de la Adenda N° 5 se hace necesaria a fin de no interrumpir la ejecución de las Obras, cuya continuación y conclusión ha sido legalmente declarada de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente".



52. En atención a lo expuesto, los efectos por la aplicación inmediata de la Ley N° 29309, constituye el argumento que viabilizaría la suscripción del Proyecto de Quinta Adenda al Contrato de Concesión; por ello podemos concluir que el motivo alegado por el Concedente con base a las normas antes referidas, se sustenta en una causa fundada.

VI.1.3 Interés Público²⁰

53. En la suscripción de la presente adenda subyace un interés público, que se manifiesta en la necesidad de la culminación de la construcción de la carretera interoceánica, 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 la metodología de valorización de metrados hasta el agotamiento del presupuesto existente. Esta necesidad se justifica en el bienestar económico y social que esta carretera involucra, no sólo para su zona de influencia, sino para la economía del país en general.
54. Este interés público que subyace en la construcción y culminación de esta carretera ha sido recogida por la Ley N° 29309²¹, 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."

55. 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 los dispositivos legales, en cuyos textos se advierte precisamente la autorización al Concedente para suscribir los "documentos necesarios" para viabilizar la continuación de las Obras, dentro de los cuales entendemos que, se encuentran las modificaciones correspondientes al Contrato de Concesión.



VI.2 Análisis de la Modificación Propuesta²²

VI.2.1 Marco Metodológico



56. El numeral 3.1²³ 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° 26917²⁴, 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.



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.

²¹ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 31 de diciembre de 2008.

²² El análisis de la propuesta de modificación del contrato asume que cuenta con la evaluación social correspondiente, de acuerdo a la normatividad vigente.

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

²⁴ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 22 de enero de 1998.



57. 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-PCM²⁵, 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 – Beneficio²⁶, Principio de Transparencia²⁷, Principio de Autonomía²⁸ y el Principio de Eficiencia y Efectividad²⁹.
58. 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 Estado³⁰.
59. Ahora bien, en el caso que nos aborda, la modificación del Contrato de Concesión constituye una decisión discrecional³¹, la cual debe ser acotada en aplicación de los Principios antes descritos, de modo que haga predecible la actuación del Regulador.
60. 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

61. 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

²⁵ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.

²⁶ 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.

²⁷ Artículo 7.- Principio de Transparencia.
Toda decisión de cualquier ORGANISMO 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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."

³¹ Entendemos que la decisión del Concedente de aceptar o aprobar determinada modificación contractual constituye un ejercicio de la potestad discrecional intermedia, es decir, aquélla 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.



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.

62. 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 pública³². El Concesionario adquiere la titularidad de la Concesión durante la vigencia de la misma.
63. 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.
64. 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 Partes³³.
65. 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.
66. En atención a lo expuesto, la propuesta de Quinta Adenda al Contrato de Concesión no constituye una vulneración a la Naturaleza de la Concesión, toda vez que no se ha variado el Objeto de la misma³⁴.

VI.2.3 Condiciones establecidas en el Contrato de Concesión

VI.2.3.01 Análisis sobre la materia

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

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

³² Sección II: Clausula 2.2 del Contrato de Concesión.

³³ Sección II: Cláusula 2.8 del Contrato de Concesión.

³⁴ 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.

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

Rehabilitación, según sea el caso, de los Tramos en los que se tenga interés de participar, especificados en el Anexo N° 9 de las presentes Bases.”

68. Asimismo, de acuerdo con el numeral 7.2.1, el PAO ofrecido por el Concesionario en su oferta económica, constituye el aporte anual que el Estado tiene que pagar al Concesionario, una vez que hayan recibido la obra concluida, en los términos indicados en el Contrato de Concesión³⁶.
69. En ese orden de ideas, el PAO es el presupuesto que el Estado se encuentra obligado a pagar o destinar para la construcción de las obras en el Tramo 4 de la Carretera Interoceánica Sur, es decir, es el concepto por el cual se remunera la inversión ejecutada por el Concesionario de acuerdo al Contrato de Concesión.
70. Al respecto, conforme a lo señalado en la cláusula 8.21 literal a) del Contrato de Concesión, y de acuerdo a lo estipulado en la oferta económica del Adjudicatario (Concesionario), el Concedente se obliga a pagar el Pago Anual por Obras (PAO), que es una cuota anual que asciende a la suma de Veinticinco Millones Cuatrocientos Cuarenta y Nueve Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 25 449 000.00), por el plazo de quince (15) años de la Concesión, correspondiente a cada etapa de la Construcción.
71. Cabe resaltar que, el Presupuesto del Proyecto Referencial ha sido aprobado por el Concedente e incorporado mediante la Circular N° 33 de las Bases, presupuesto que asciende a ciento ochenta millones trescientos setenta y tres mil quinientos sesenta y dos y 92/100 dólares americanos (US\$ 180'373,562.92).
72. La obras previstas en las Bases y el Contrato de Concesión están divididas en tres Etapas, tanto financieramente como económicamente, tal como se muestra en las sección VI (Obras de Construcción) como en el sección VIII (Régimen Económico) del Contrato de Concesión:

- 
- 1ª etapa: 29% de la inversión³⁷.
 - 2ª etapa: 38% de la inversión.
 - 3ª etapa: 33% de la inversión.

VI.2.3.01.1 Sobre el procedimiento de variación de metrados

- 
73. De acuerdo con el Contrato de Concesión, el PAO sólo puede ser ajustado por los siguientes conceptos:

- Variaciones de metrados (en adelante, VM).
- Fórmula polinómica de variación de precios de insumos de la construcción.
- Ajuste por tasa de interés.



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

La Oferta Económica deberá indicar:

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

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

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



74. Sobre el particular, la cláusula 6.4.A.1 del Contrato de Concesión, referida a las VM, precisa que "son aquellos trabajos que supongan un aumento o disminución de metrados respecto de los contemplados en el Proyecto Referencial utilizado por el Postor para la presentación de su Propuesta Técnica en la etapa del concurso."
75. Asimismo, en el Contrato de Concesión se establece el procedimiento a seguir para que se ajuste el PAO con ocasión de las variaciones de metrados. Este procedimiento está descrito en la cláusula 6.4.A.2, en la que se precisa lo siguiente:

"Variaciones en metrados

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.

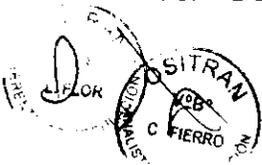
En el supuesto del párrafo anterior, en caso las **variaciones netas de mayores metrados supere el 10% del PAO correspondiente a cada etapa de Construcción**, el CONCEDENTE tendrá **la potestad** de evaluar en forma integral, las Obras ejecutadas y el Proyecto de Ingeniería de Detalle respecto de las 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."

76. De la cláusula antes citada, podemos desprender las siguientes conclusiones:



- i.- Cuando se presenten variaciones de metrados, el Regulador tiene la obligación de valorizarlas de acuerdo al Numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.
- ii.- Al final de la etapa y siempre y cuando las VM netas no excedan el 10% del PAO de la misma, el Regulador efectuará el ajuste al PAO de dicha Etapa, poniendo en conocimiento al Concedente el monto final originado por las variaciones de metrados (valorización de la VM), el mismo que será calculado como un monto adicional al PAO de la Etapa (ajuste del PAO de la Etapa) y pagado con cuotas anuales por 15 años, conjuntamente con cada cuota anual correspondientes al PAO de dicha Etapa.
- iii.- Por otro lado, siendo el compromiso del Concesionario el financiar el Hito de Avance de Obra (capital de trabajo) de acuerdo al Numeral 3 del Anexo XI del Contrato, se genera el derecho a la emisión de los Certificados de Avance de Obra (CAO) de acuerdo al Numeral 2 del Anexo IX del Contrato de Concesión³⁸. Asimismo, considerando la naturaleza de las Obras de Construcción³⁹, la ejecución de las mismas hasta alcanzar un Hito, involucra que:
- El Concesionario ejecutará las Obras cubiertas por el PAO de la Etapa (...hasta el límite previsto en el Presupuesto del Concedente señalado en el Proyecto Referencial, definición de Obras de Construcción) y,
 - El Concesionario ejecutará las Obras que corresponderán a las VM, la cuales serán valorizadas como ajustes adicionales al PAO de la Etapa (conforme a lo señalado en la Cláusula 6.4.A.1 i y 6.4.A.2 i., definición de Obras de Construcción).
- iv.- Tal como lo establece el Anexo XII del Contrato de Concesión, en la emisión del CAO el Regulador debe indicar: (i) el cumplimiento del Hito (compromiso de inversión del Concesionario) y (ii) el equivalente en porcentaje de avance de las obras de la Etapa (en adelante Hito),
- v.- En virtud de lo establecido por los Anexos IX, XI y XII del Contrato de Concesión el Regulador determinó el mecanismo para la emisión del CAO sobre la base de:
- Calcular el avance de las Obras sobre la base del Presupuesto del Proyecto Referencial, y
 - Calcular el avance de las Obras sobre la base del monto a ser valorizado por VM, aplicando para ello la Resolución de Consejo Directivo 059-2007-CD-OSITRAN.
- vi.- Tal como se indica en el punto 75.ii., de no exceder el 10% del PAO de la Etapa, el Regulador determina el ajuste del PAO al final de dicha Etapa, comunicando al Concedente a cuanto ascendería al ajuste del PAO de la misma.



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

³⁹ Obras de Construcción

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

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



vii.- Por otro lado, el Contrato de Concesión establece que, una vez finalizada cada Etapa, y cuando las VM netas superen el 10% del PAO, la decisión de ajustar el PAO de cada Etapa (sobre el 100% del PAO de cada una de las Etapas) corresponde al Concedente. Como lo establece el Contrato de Concesión, el Concedente tiene la potestad de evaluar en forma integral las obras ejecutadas y las obras pendientes, de acuerdo al Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID)⁴⁰, a fin de decidir si:

- a. Autoriza la construcción de las obras de cada etapa, reconociendo un incremento adicional al PAO (se entiende de la etapa); o,
- b. Determinar las obras pendientes de cada etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente, en cuyo caso el CONCESIONARIO queda liberado de toda responsabilidad respecto de las Obras pendientes de ejecución.

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

"Procedimiento de ajuste del PAO

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

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

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

"Artículo 3.- Modalidad de ejecución de las obras

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

Contrato de Concesión IIRSA Sur Tramo 4

"Definiciones

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

(...)

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



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 4º.- 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 3º, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones queda autorizado a celebrar los acuerdos con los concesionarios que sean necesarios para este propósito, estando facultado para determinar tanto sus plazos como sus condiciones técnicas, económicas y financieras."

[El Subrayado es nuestro]

[Subrayado agregado]

80. Como puede advertirse de la presente norma, para su aplicación, resulta necesario que se agote el cien por ciento (100%) del PAO. En ese orden de ideas, la ejecución de las obras (construcción) se realizarán hasta el límite del PAO, es decir, hasta que éste se agote. Así, las obras no cubiertas por el PAO, tendrán un financiamiento distinto del PAO, en virtud de la ley en comentario.
81. Cabe resaltar que la citada norma, oficializa la decisión del Estado de continuar con la construcción de las obras hasta la culminación de la Carretera Interoceánica Sur, Tramos 2, 3 y 4, destinándose fondos nuevos, diferentes al PAO, para tal propósito⁴¹. En ese mismo sentido, el Concedente señala en su Informe N° 529-2009-MTC/25, que es parte del sustento legal de la adenda bajo análisis, que: "... realizar un nuevo incremento al PAO por variaciones de metrados en este momento no sería posible por que (...) la ley 29309 establece que (a partir de su vigencia es decir, el 31 de diciembre del 2008) las obras que excedan el 100% de los PAOs contractuales vigentes en los tramos 2, 3 y 4 tendrán un tratamiento particular (...) de dicha norma se infiere que el CONCEDENTE no debe realizar nuevos ajustes al PAO por variaciones de metrados".
82. Como puede apreciarse, como consecuencia de la Ley N° 29309, el requisito para proseguir con la construcción de las obras hasta el final de las mismas, es que previamente se agote el PAO de cada tramo, situación que implica que la decisión de no realizar nuevos ajustes al PAO ha sido adoptada.
83. Ahora bien, la decisión del Concedente de no ajustar el PAO, aplicando la Ley N° 29309 precedente, debe entenderse que no tiene efecto retroactivo. En atención a lo expuesto, a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, el PAO no podrá ajustarse, es decir, no es posible que se produzcan ajustes a partir de su vigencia: sin embargo, si anteriormente a la entrada en vigencia de la ley, existieron ajustes al PAO, éstos deberían de respetarse, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica.



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

Incluso, de la lectura de los Considerandos del Decreto de Urgencia N° 025-2009, podemos advertir que la operación de endeudamiento externo acordada con la Corporación Andina de Fomento será "destinada a financiar parcialmente la Obras faltantes de los tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú - Brasil (IIRSA SUR).

84. En ese sentido, a fin de determinar cuál es el saldo de la inversión vinculada al PAO contractual en el tramo 4, se debe analizar si antes de la vigencia de la norma se realizó un ajuste del PAO, de acuerdo con lo establecido en el Numeral 6.4.A.2.
85. Con relación a la Primera Etapa de construcción, se llegó a establecer que existió una variación de metrados del orden del 29.08%⁴² por encima del porcentaje del PAO destinado para dicha Etapa. En tal sentido, considerando que existe una variación mayor del 10% del PAO de dicha Etapa, en aplicación de la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, corresponde exclusivamente al Concedente ejercer su potestad de incrementar el PAO o de ser el caso, determinar las obras pendientes de cada etapa con el presupuesto existente.
86. En el ejercicio de la facultad conferida en la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión, el Concedente mediante Oficio N° 663-2007-MTC/25 comunicó al OSITRAN su decisión de incrementar el PAO de la Primera Etapa, para lo cual señaló que utilizaría el presupuesto de la tercera etapa.
87. Sobre esta decisión, no existe controversia alguna sobre la manifestación de voluntad del Concedente para ajustar el PAO de la primera etapa⁴³, supuesto que se encuentra dentro de las dos opciones que podía haber adoptado⁴⁴.
88. En resumen, el Concedente mediante el Oficio N° 663-2007-MTC/25 incrementó el PAO de la primera etapa, lo que significó un ajuste al PAO, lo cual contractualmente no conlleva a reducir el presupuesto de las demás etapas para mantener inalterable el PAO.
89. Con relación al PAO de la segunda etapa, no se puede afirmar que ha existido un ajuste de éste, puesto que uno de los requisitos para que proceda el ajuste por variación de metrados es que se culmine con las obras de la etapa, situación que no se ha verificado, puesto que actualmente la segunda etapa sigue en ejecución y hasta el último CAO emitido, CAO N° 12, emitido en diciembre del 2008 éste llega hasta el 97.478958% (ver anexo II) del PAO destinado para dicha Etapa. Siendo esto así, a la fecha, el Concedente no podría haber manifestado su voluntad de incrementar el PAO para la Segunda Etapa, toda vez que no se ha cumplido con una de las condiciones contractuales para que se pueda ajustar el PAO por VM. No obstante lo antes mencionado, a la fecha, así se culmine con las obras de la segunda etapa, no podría ajustarse el PAO, toda vez que la Ley N° 29309 ha determinado que no existirán nuevos ajustes.



90. Ahora bien, tal como se ha venido señalando, no es posible afirmar que la valorización de las VM significan un consentimiento que le otorgue un derecho al Concesionario de ajustar el PAO. Sobre el particular, estas valorizaciones deben ser realizadas por el Regulador cuando se presenten VM; empero, realizarlas no representan



29.08% del PAO de la Primera Etapa representa el 8.434131% del PAO Contractual. En caso la intención del Concedente no hubiese sido ajustar el PAO, éste debió determinar las obras pendientes de cada etapa a ser ejecutadas con el presupuesto existente, ejercicio o decisión que no adoptó.

⁴⁴- Cabe acotar que, la decisión de acortar el PAO de la tercera etapa escapa a lo previsto en la Cláusula 6.4.A.2. En ese sentido, no podemos dejar de advertir que la reducción de la tercera etapa no resultaría aplicable, por no ser un supuesto que el Contrato haya previsto. Situación distinta ocurre con la decisión de incrementar el PAO de la primera etapa, toda vez que tal decisión se ajusta a lo previsto en el literal i) de la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión.



consentimiento o decisión del Regulador de ajustar el PAO, como equivocadamente afirma el Concedente en el Informe N° 207-2009-MTC/25⁴⁵.

91. En ese orden de ideas, reiteramos que de conformidad al lo establecido en el Contrato de Concesión, el hecho de valorizar los CAOs no implica per se un ajuste en el PAO, más aún cuando éstos ajustes corresponden ser ejecutados por el propio Concedente cuando superan el 10% del PAO correspondiente a cada Etapa, por lo que el Concedente no puede afirmar que ha sido su voluntad ejercer la facultad que le otorga el Contrato de Concesión para realizar el ajuste del PAO hasta el CAO N° 12, cuando el requisito sine qua non para que ello suceda, no se ha dado.
92. En tal sentido, queda claro que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29309 y de la presentación de la propuesta de Adenda N° 5, no se ha culminado la segunda etapa, por lo que ni el Regulador (en caso se hubiese llegado al 10% del PAO de la Etapa en referencia), ni el Concedente (en caso se hubiese superado el 10% del PAO de esta Etapa) manifestado su decisión de aumentar el PAO para la Segunda Etapa.
93. Asumir una posición como la sugerida por el Concedente implicaría dejar sin efecto práctico el procedimiento acordado por las partes para ajustar el PAO contractual, contenido en la Cláusula 6.4.A.2, lo cual iría en contra del Principio de buena fe objetiva⁴⁶, y específicamente contra el Principio de conservación⁴⁷ del acto, que es una variante del primero.

⁴⁵ En este mismo sentido, refiriéndonos al citado informe, cabe destacar la contradicción que advertimos en él, pues por un lado (cuarto párrafo del punto 2) afirma que con las variaciones de metrados hasta el CAO N° 12 el Regulador ha efectuado ajustes al PAO, y por otro (noveno párrafo del mismo punto 2) señala que ha sido voluntad del propio Concedente, en ejercicio de la facultad que le otorga el Contrato de Concesión, haber realizado ajustes al PAO hasta el CAO N° 12.

⁴⁶ "La buena fe es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles dentro de una sociedad y es un principio crucial en el desarrollo de las relaciones jurídicas de toda clase. Así de acuerdo con a este principio, los contratos deben ser interpretados considerando que las partes, al redactarlos, desearon expresarse con honestidad, sin buscar oscuridades deliberadas. Asimismo, la buena fe determina la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad, eso es, las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido mas acorde con la confianza que se hubiere podido suscitar en la contraparte". AVENDAÑO, Jorge. "Metodología de la Interpretación de la Ley y del Contrato. En: "La Interpretación del Contrato con referencia al derecho colombiano". En: "Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina". Tomo II. Lima. Editora Jurídica Grijley, 2007. p. 1596. "La buena fe, dentro de su acepción clásica de honestidad fundamental, de razonable inocencia y de coherencia en la actuación es, sin duda, un principio esencial dentro del Derecho moderno: sin buena fe, el Derecho se convertiría en una vacilante regla de juego entre tahúres. El mercado es la búsqueda dinámica, a veces agresiva, del propio interés; pero no puede funcionar normalmente sin una cierta lealtad básica." DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal". En: Op. Cit. pp. 1615-1616. "(...) la buena fe y lealtad es aplicable a todas las relaciones que surgen entre las partes. En otras palabras la buena fe no es una creación del legislador que la ha preestablecido en su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola en una buena fe civil." DE LA PUENTE Y LAVALLE. "Interpretación del Contrato". En: *Ibidem*. p. 1639. "El principio de buena fe es el que gobierna toda la labor hermenéutica sino la de los contratantes. Se trata de una buena fe en sentido objetivo, porque es desde esa perspectiva como se ha de juzgar 'lo expresado' por la conducta de los contratantes si esta se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es justo y lo honesto. La buena fe, así considerada constituye un criterio de valoración, un standard o prototipo de conducta, para calificar la honradez en las relaciones contractuales. / Además el principio de buena fe implica un deber de lealtad entre los contratantes e implica también un deber de fidelidad de cada contratante respecto a la observancia de la correlatividad que debe existir entre lo que quiere y lo que declara, con la finalidad de que lo declarado exprese lo querido. Ambos deberes deben trasuntarse a la conducta de los contratantes, cuya valoración corresponde al hermeneuta. / La plasmación del principio de buena fe en el artículo 168 debe orientar al intérprete hacia la equidad, a que el intérprete se guíe por un criterio de conciencia, equilibrando 'lo expresado' con la conducta de los contratantes. Con este criterio, el hermeneuta atendiendo a 'lo expresado', podrá aplicar cualquier método de interpretación incluso conjugándolos, pero su interpretación queda regido por el principio de buena fe." VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano". En: *Ibidem*. pp. 1649-1650. "(...) **El Principio de buena fe.**- Sobre este pilar descansan, indudablemente, todos los elementos y criterios que el intérprete ha de tener en consideración en su labor. Se parte, por lo tanto, de la preocupación de un querer sano, positivo, y razonable y se inspira en voluntades queridas con justicia, seriedad, equidad y certeza. Es un presupuesto sobre el cual se vertebra toda la temática negocial; se parte de la premisa que el agente, en legítimo uso de la autonomía privada, establece un precepto de conducta responsable, sincero y no engañoso y que el destinatario de la declaración la recibe con confianza esta conducta del declarante. Por parte del agente debe confiarse a su vez en la buena fe del receptor de la declaración y que la entiende adecuadamente y sin retorcer su

94. Según este último principio, las cláusulas de un contrato (incluido el Contrato de Concesión) deben entenderse de tal manera que tengan efectos, por lo que una conclusión según la cual una cláusula no puede ser aplicada porque no tienen ningún efecto, debe descartarse. En otras palabras, entre dos posibles conclusiones, una que mantiene los efectos del contrato y otra que lo deja sin efecto, debe preferirse siempre aquella que favorezca su vigencia. Sin embargo, este principio también hace referencia que entre dos interpretaciones, se tiene que preferir a aquella que implique que las cláusulas tengan una aplicación práctica, que sea útil.
95. En atención a lo expuesto, con relación a la Segunda Etapa se puede señalar lo siguiente:
- i.- Para la Segunda Etapa no existió ajuste del PAO, toda vez que no se cumplió con el requisito de culminar con la ejecución de las obras de la referida Etapa, no habiendo podido existir por tanto manifestación de voluntad del Regulador o Concedente, según sea el caso, de ajustar el PAO antes de la vigencia de la Ley N° 29309.
 - ii.- Dentro de este contexto, la valorización de VM de la Segunda Etapa realizadas dentro de los CAO's no son *per se* un ajuste al PAO de esta Etapa. Concluir de otra manera implicaría vulnerar el Principio de buena fe objetiva y, específicamente, el Principio de conservación del acto.
96. Por lo tanto, sobre el ajuste al PAO sólo se puede afirmar que ha existido un único ajuste, que fue el realizado por el MTC en la Primera Etapa mediante el Oficio N° 663-2007-MTC/25, que significa un aumento al presupuesto de la Primera Etapa de 29.08%, que representa el 8.43% del PAO contractual.

VI.2.3.01.2 Sobre los precios referenciales y los precios unitarios reales

97. En lo que respecta a la aplicación de los precios unitarios reales para valorizar los metrados del Proyecto Referencial, en la presente Adenda se propone valorizar todos los avances de obras como metrados referenciales; precisando que los precios que pretenden aplicarles no son los precios referenciales, sino los precios unitarios reales y precios unitarios para subpartidas nuevas.

sentido." LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "La interpretación del Negocio Jurídico y del Contrato". En: *Ibidem*. p.1676. "En la interpretación del contrato, la buena fe constituye un deber de lealtad que impone preservar la confianza razonable de cada parte en el significado del acuerdo. (...) Por tanto, de acuerdo con la regla de interpretación según la buena fe, el intérprete debe adecuar la interpretación del contrato al significado respecto del cual las partes, en relación a las concretas circunstancias, podían o debían confiar razonablemente. Por tanto, la buena fe prohíbe las interpretaciones sutiles, falsas con alguna apariencia de verdad, en contraste con la causa del contrato o con el espíritu del acuerdo; o bien basadas sobre expresiones literales incluidas por un error material en el texto del contrato o bien basadas en expresiones literales que son parte del texto pero no responden al acuerdo alcanzado." BARCHI VELAOCHOAGA, Luciano. "La Interpretación del Contrato en el Código Civil peruano de 1984." *Ibidem*. p 1782.

⁴⁷ "(...) Desde antiguo, la regla *magis valeat quam pereat* anuncia que se prefiere a la conservación del negocio, siquiera con efectos restringidos e incluso derivados de voluntad probable, que la nulidad o la ineficacia. Así, el Derecho asume y da por sentado que el agente comercial ha querido declarar su voluntad en el ánimo y con la idea de lograr un efecto práctico que, desde luego, lleva parejos determinados efectos jurídicos." LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Op.Cit.* p. 1677. "(...) el contrato o las cláusulas singulares deben ser interpretados en el sentido en el cual puedan tener algún efecto antes que en el cual no tendrían ninguno (interpretación útil). Del mismo modo, el principio de interpretación, justifica excluir la interpretación que conlleve la nulidad del contrato." BARCHI VELAOCHOAGA, Luciano. *Op. Cit.* 1794. "Según el principio de conservación del contrato (*favor contratus*), cuando la cláusula puede ser interpretada de formas distintas, habrá que elegir aquella que implique un significado útil de la declaración en vez de la interpretación según la cual la declaración no produciría ningún efecto jurídico." SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "La Interpretación de los Contratos Predispuestos en el derecho peruano". *Ibidem*. p. 2064.

98. Sobre este punto en el sustento legal y técnico elaborado en el Informe N° 207-2009-MTC/25, se señala que *"la aplicación de los Precios Unitarios Reales y Precios para Sub Partidas Nuevas en la valorización de los avances de obra, se encuentra establecido en el Contrato de Concesión"*.

99. Al respecto, el Concedente, conforme a lo señalado en el Informe N° 207-2009-MTC/25, sostiene lo siguiente:

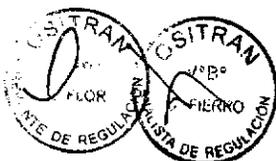
- ✓ *"En la elaboración del PEO se utilizarán los Precios referenciales y cuando se apruebe el PID se utilizarán los Precios Unitarios Reales y/o Precios Unitarios del Proyecto de Ingeniería de Detalle – cláusula 6.11.*
- ✓ *En la emisión de los CAO's para la determinación de los avance de obra inicialmente se utilizarán los Precios Referenciales – Anexo IX, Literal (b).*
- ✓ *A partir del primer ajuste del PEO, la ejecución de los hitos de avance de obra será valorizada con los precios unitarios y metrados del PEO ajustado, según establecido en la 6.11 – Anexo, literal d)."*

100. Sobre el particular, la cláusula 6.11 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

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

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

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



del PAO, en cuyo caso el CONCESIONARIO deberá efectuar el ajuste del Programa de Ejecución de Obras con base en los metrados de las Obras Accesorias y en los precios unitarios determinados de común acuerdo entre las Partes."

101. Como puede apreciarse de la cláusula antes citada, el Concesionario, en los primeros treinta (30) días del inicio de la ejecución del obras, antes que se aprobara el Plan de Ingeniería de Detalle (PID), debió de haber presentado un Plan de Ejecución de Obra (PEO) de acuerdo con los metrados y precios del proyecto referencial, es decir, con precios referenciales y metrados referenciales.
102. Una vez aprobado el PID, el PEO tiene que ajustarse o adaptarse a lo establecido en dicho documento. En tal sentido, para el presente caso, de acuerdo con el literal (i) de la Cláusula 6.11, se deberá ajustar el PEO con base (sic) en los metrados y precios unitarios del PID aprobado.
103. El ajuste al que se hace referencia en la cláusula analizada, no puede ser entendido en el sentido que su aplicación representa el uso de los precios unitarios reales a todos los metrados (referenciales y VM), sino que una vez que se aprueba el PID, se debe introducir en el PEO los precios unitarios reales referidas a las variaciones de metrados, (conforme lo establece la cláusula 6.4) que incluyen: variaciones de metrados propiamente dicha, soluciones técnicas, movimiento de tierras y subpartidas nuevas. Por lo tanto debe entenderse que los metrados referenciales deben valorizarse a precios referenciales⁴⁸.
104. En atención a lo señalado en la Cláusula 6.11, cuando ésta señala que el PEO debe ajustarse conforme con los precios unitarios, ésta se refiere únicamente a las VM, pero en ningún caso a los metrados referenciales, los que deben mantenerse con sus precios referenciales. En otras palabras, el Contrato de Concesión divide las valorizaciones dependiendo si lo que se trabaja es Inversión Referencial o si es Variación de Metrados, y existen de acuerdo a cada caso precios ya establecidos o por establecer.



105. Siendo esto así, 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 si misma una modificación de las condiciones bajo las cuales se suscribió el contrato, entre ellas, el presupuesto referencial que incluía metrados y precios referenciales, y a las cuales el Concesionario se sometió al momento de ganar la licitación.



106. Debe tenerse presente que el Hito (Numeral 3 del Anexo XI del Contrato de Concesión) así como las garantías de fiel cumplimiento (cláusulas 9.2 y 9.3 del Contrato de Concesión), son obligaciones que se encuentran vinculados al monto de Inversión Referencial, por lo cual en caso se modifique el monto de Inversión



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.



Referencial se deberá adecuar dichas obligaciones, para mantener el equilibrio que se estableció en el Contrato de Concesión.

VI.2.3.02 Procedimiento para la valorización del CAO

107. La inversión mínima requerida en el Contrato de Concesión para la valorización de un CAO es un Hito, tal como lo indica el numeral 3 del Anexo IX del Contrato de Concesión, el Hito asciende a US\$ 10 millones, en tanto que el Pago Anual por Obras (PAO) representa US\$ 25,449,000.00, tal como lo establece la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión. Con respecto a la Inversión Referencial, ésta asciende a US\$ 180,373,562.92 (metrados de proyecto referencial a precios unitarios referenciales) de acuerdo al Numeral 1 inciso b.4 del Anexo IX y al Numeral 2 inciso b del Anexo IX.
108. De acuerdo al procedimiento detallado en el Anexo I para la valorización del CAO, y tal como se muestra en los cuadros adjuntos, a la fecha se ha valorizado 12 CAOs, con una Inversión Referencial que ha alcanzado el 46.76% del PAO Contractual, lo que representa US\$ 84,349,166.30, mientras que la Variación de metrados ha alcanzado 22.35% lo que representa US\$ 48,457,466.67.
109. Así mismo, con el CAO N° 7 se ha alcanzado el 100% del PAO correspondiente a la Primera Etapa, así como un ajuste al PAO del 29.08%, la suma de los cuales equivale a una inversión de US\$ 69 MM. Con relación a la segunda etapa, al CAO N° 12 se ha alcanzando el 97.48% del PAO, equivalente a US\$ 63 MM, para mayor detalle ver Anexo II.

Cuadro N° 1: Inversión del Tramo N° 4

N°	Etapa	CAO N°	Fecha Avance	Inversión % del PAO								% Avance			
				CAO %				CAO %				Etapa PAO	Acumulado	Etapa PAO	
				Referencial	Var. Met.	Adelanto Ref.	Adelanto VM	Am. Adel. Ref.	Am. Adel. VM	CAO	Etapa PAO				
1	1	CAO N° 01-T4	30/06/2006	7.805449%	0.000000%							7.806445%	26.918793%	7.806449%	26.918793%
2	1	CAO N° 02-T4	30/11/2006	2.824764%	3.780778%							6.605542%	22.777731%	14.411991%	49.696521%
3	1	CAO N° 03-T4	09/04/2007	3.102082%	2.290472%							5.362554%	18.491586%	19.774545%	68.188087%
4	1	CAO N° 04-T4	15/06/2007	4.137973%	1.728328%							5.866301%	20.228624%	25.640546%	88.416711%
5	1	CAO N° 05-T4	20/08/2007	7.690200%	-1.385327%							6.304873%	21.740941%	31.945719%	110.157652%
6	2	CAO N° 06-T4	21/11/2007	0.000000%	0.000000%	10.081673%	0.897454%					10.979022%	28.882189%	42.924751%	26.852189%
7	1	CAO N° 07-T4	24/09/2007	3.435531%	2.049880%							5.488411%	18.925559%	48.413162%	129.083207%
8	2	CAO N° 08-T4	30/11/2007	6.635622%	2.190385%			-1.202580%	-0.253311%			5.252452%	16.453821%	54.895614%	46.346210%
9	2	CAO N° 09-T4	31/03/2008	4.702316%	1.805553%			-0.762876%	-0.164475%			5.554615%	14.617405%	60.220229%	56.963478%
10	2	CAO N° 10-T4	30/06/2008	5.350577%	0.356589%			-1.357451%	0.161557%			5.776897%	15.202921%	65.997126%	75.166779%
11	2	CAO N° 11-T4	25/09/2008	-3.484152%	7.433359%			-0.123448%	-0.307286%			3.513138%	9.245103%	89.510284%	84.410979%
12	2	CAO N° 12-T4	30/11/2008	3.883854%	2.130148%			-1.173633%	-0.010507%			4.965870%	19.068079%	74.476134%	37.478951%
Avance Acumulado				46.763596%	22.349008%	10.081673%	0.897454%	-4.718048%	-0.897463%	74.476134%					



N°	Etapa	CAO N°	Fecha Avance	Inversión en US\$								Inversión (US\$)	
				CAO US\$				CAO US\$					
				Referencial	Var. Met.	Adelanto Ref.	Adelanto VM	Am. Adel. Ref.	Am. Adel. VM	Inv. Ejecutada	Inversión (US\$)		
1	1	CAO N° 01-T4	30/06/2006	14.080.770.63	0.00							14.080.770.63	180.373.562.92
2	1	CAO N° 02-T4	30/11/2006	5.095.128.03	7.490.917.61							12.586.045.64	180.373.562.92
3	1	CAO N° 03-T4	09/04/2007	5.595.335.44	4.601.412.00							10.196.747.44	180.373.562.92
4	1	CAO N° 04-T4	15/06/2007	7.463.809.94	3.560.520.92							11.024.330.86	180.373.562.92
5	1	CAO N° 05-T4	20/08/2007	13.871.087.98	-2.907.479.06							10.963.608.92	180.373.562.92
6	2	CAO N° 06-T4	21/11/2007			18.184.501.17	3.425.896.79					0.00	180.373.562.92
7	1	CAO N° 07-T4	24/09/2007	6.202.201.27	4.400.761.04							10.602.962.31	180.373.562.92
8	2	CAO N° 08-T4	30/11/2007	10.185.785.37	4.314.209.32					-2.361.977.79	-966.993.36	14.479.954.56	180.373.562.92
9	2	CAO N° 09-T4	21/03/2008	3.491.735.73	4.315.156.73					-1.422.924.63	827.872.02	12.796.892.46	180.373.562.92
10	2	CAO N° 10-T4	30/06/2008	12.537.003.94	830.574.85					-2.466.574.71	-617.865.19	13.967.578.78	180.373.562.92
11	2	CAO N° 11-T4	25/09/2008	-6.293.539.11	16.585.992.11					-222.667.15	-1.173.055.75	10.272.483.00	180.373.562.92
12	2	CAO N° 12-T4	30/11/2008	7.149.617.08	5.285.401.15					-2.015.969.37	-40.109.45	12.435.218.22	180.373.562.92
Total				84,349,166.30	48,457,466.67	18,184,501.17	3,425,896.79	-8,610,113.66	-3,426,896.79	132,806,832.97			

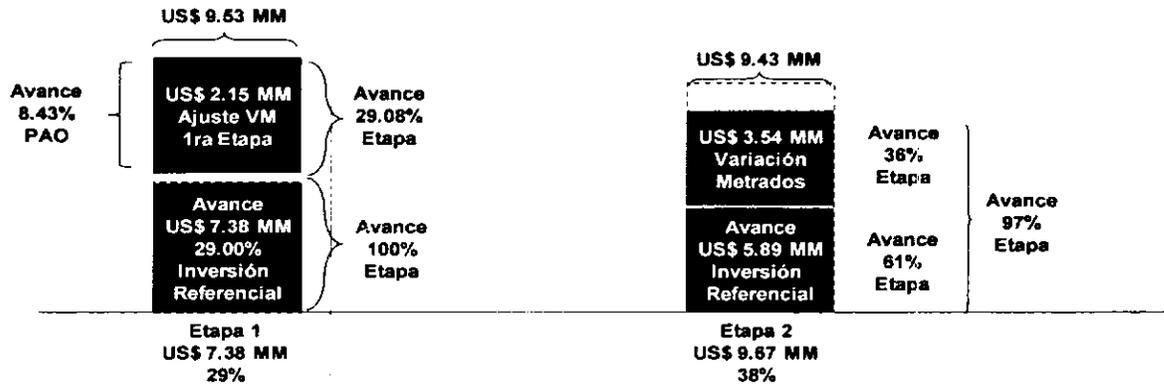
Fuente: Gerencia de Supervisión – OSITRAN.
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

110. Con respecto a las variaciones netas de metrados, en la Primera Etapa se han valorizado 29.08% de variación netas de metrados con respecto al PAO de la Etapa, representando el 8.43% del PAO contractual. Mientras para la Segunda Etapa, hasta



el CAO N° 12 se ha valorizado el 97.48% de la Segunda Etapa con una variación de metrados de 13.91% con respecto al PAO Contractual. Tal como se observa en el cuadro adjunto, no se ha alcanzado el 100% de la Segunda Etapa.

Cuadro N° 2: Etapas I y II del Tramo 4



Fuente: Gerencia de Supervisión – OSITRAN.
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

VI.2.4 Condiciones Económicas y Técnicas

111. La literatura económica⁴⁹ aborda la renegociación y/o modificación de los contratos de concesión, desde dos perspectivas: i) como un instrumento positivo para resolver las contingencias no previstas en el contrato (contrato incompleto) y ii) como un medio para alterar la asignación de riesgos entre las partes, cuando se toman posiciones oportunistas post-contractuales. En algunos casos, las ofertas no sostenibles de los postores buscan una solución mediante una renegociación de contratos, asimismo existe el llamado oportunismo del Estado que puede afectar los derechos del Operador de una infraestructura cuando las inversiones están asociadas a altos costos hundidos.

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

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

114. De otro lado, los contratos son fuente para comportamientos oportunisticos de cualquiera de las partes. Por ejemplo, en un contexto de debilidad institucional los

⁴⁹ 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".

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 oportunistas por parte del Estado cuando existen inversiones con altos costos hundidos, los que constituyen una barrera a la salida para el operador.

115. Uno de los elementos claves en el diseño de las concesiones es la identificación de los riesgos asociados 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, una inadecuada asignación del riesgo ante una modificación, podría provocar una modificación del valor de la concesión, desfavoreciendo significativamente a una de las partes.
116. 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.
117. La motivación que plantea los Lineamientos, es poner en evidencia los criterios que suele evaluar OSITRAN en el marco de las solicitudes e iniciativas relacionadas a interpretaciones⁵⁰, modificaciones y reconversiones de los contratos de concesión.
118. En dichos lineamientos se cuenta con 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:

- Equilibrio⁵¹.
- No discriminación⁵².
- Beneficio – Costo⁵³.

⁵⁰ Se refiere sólo a aquellas que se realizan en el marco de la atribución normativa de OSITRAN, es decir, aquellas que tienen un alcance general.

⁵¹ 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.

⁵² 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.

⁵³ 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,



- Transparencia⁵⁴
- Bienestar de los Usuarios.

119. Los lineamientos establecen las materias sobre las cuáles OSITRAN puede pronunciarse, y entre ellas destaca la "Modificación" de contratos de concesión.
120. En la Modificación de Contratos de Concesión, se deja clara evidencia que OSITRAN emitirá la opinión técnica a lo que se refiere el inciso f) del Artículo 7.1 de la Ley N° 26917 y el Artículo 34° del D.S. N° 010 – 2001 – PCM, en todos los casos en que se solicite una modificación del Contrato de Concesión. Sin embargo, en el caso de los supuestos de modificación sustancial⁵⁵, la opinión de OSITRAN deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora⁵⁶.
121. Por lo tanto, se analizarán las modificaciones que propone la Propuesta de Quinta Adenda, verificando si las mismas alteran los riesgos inicialmente establecidos en el Contrato de Concesión, y por ende, si producen cambios en el equilibrio económico financiero de la Concesión.

VI.2.4.01 Análisis de riesgos

122. En el marco del proceso de participación privada en infraestructura vial, se asignan o dividen riesgos asociados a las actividades comprendidas dentro del Contrato. Dependiendo del esquema que las actividades comprendidas en el Proyecto, los riesgos se pueden agrupar en riesgos de gestión, construcción, operación, mantenimiento y explotación, político, regulatorio, entre otros.
123. Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de los contratos y de la economía de la información⁵⁷ es que en un contexto de incertidumbre, el riesgo en una relación contractual es asumido por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlo. La capacidad de asumir mayores niveles de riesgo responde no sólo al grado de aversión al riesgo que enfrente cada una de las partes sino también de quien esté en mejor posición de evitar la ocurrencia de determinados eventos, así como de administrar, evaluar o mitigar su impacto, entre otros aspectos⁵⁸.
124. Pereira (2008)⁵⁹ 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

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.

54 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. (...).

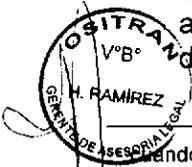
55 Una modificación es sustancial, si la misma es generada por la ocurrencia de eventos significativos en la ecuación económica del contrato, o que en la práctica se asocia a variaciones en el equilibrio económico del contrato.

56 De conformidad con lo estipulado en el Artículo 34° del D.S. – 010 – 2001 – PCM, que aprueba el Reglamento General de OSITRAN.

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

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

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



normal que al CONCESIONARIO se le asignen riesgos como el riesgo construcción pues implica establecer un adecuado incentivo a la eficiencia en la construcción.

125. Los riesgos asociados a la empresa concesión Intersur Concesiones S.A. 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 ellos⁶⁰. De este modo, el Contrato asignó los riesgos a aquella parte con mayor capacidad para reducirlo o controlarlo a menor costo.⁶¹
126. Conforme a lo anterior, a modo de ilustración, el *riesgo de diseño* corresponde al incremento de los costos de Obra por encima del presupuesto del proyecto referencial⁶² (presupuesto vinculado al PAO Contractual), ante la aparición de mayores cantidades de Obra que el CONCESIONARIO tendría que ejecutar en la vía. Este riesgo ha sido asignado en el Contrato de Concesión al CONCEDENTE, quien debe cubrir el costo por la mayor inversión por encima del presupuesto del proyecto referencial, tomando en cuenta el proyecto de ingeniería de detalle elaborado por el CONCESIONARIO que considera información más precisa y confiable.
127. De igual forma, corresponde que el CONCESIONARIO (o postor ganador) asuma 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 licitación⁶³.
128. El Contrato de Concesión, establece una asignación de riesgos para el Concedente y el Concesionario. Por ejemplo, el riesgo de incumplimiento de Hito, está asignado al CONCESIONARIO.
129. Una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión, podría implicar una alteración del equilibrio económico; para evaluar una eventual modificación en el equilibrio económico de la Concesión, en primer lugar, se deben identificar los riesgos que están asociados a los cambios propuestos en la presente Quinta Adenda para compararlos con la estructura o matriz de riesgos del Contrato de Concesión (sin Quinta Adenda)⁶⁴.
130. 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.

VI.2.4.02 Análisis a las Modificaciones Propuestas

131. En el presente acápite se realizará un análisis técnico de cada una de los ítems propuestos explícitamente en la Adenda, presentada por las partes, que incluye:

- Acuerdos Establecidos
- Valorización de los Avances de Obra

⁶⁰ Privatización y regulación de infraestructuras de transporte, una guía para reguladores. Banco Mundial – Alfaomega. 2003, páginas 23-25.

⁶¹ Kerf, Michel, et. al., (1998). Concessions for infrastructure: A Guide to the Design and award. Technical Paper N° 389. World Bank.

⁶² En las obras de infraestructura de transporte este riesgo es especialmente importante debido a que por la extensión de los proyectos, la precisión en estimaciones de costos requieren de importantes recursos, e incluso así es habitual encontrar diferencias importantes una vez se está ejecutando el proyecto. (Pereira 2008)

⁶³ 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,

⁶⁴ El contrato de concesión establece una estructura de riesgos que se puede desprender de las cláusulas y anexos.

- Inversión Vinculada al PAO Contractual.
- Obras a Ejecutar en el PAO Contractual.
- Anexo.

132. El presente Informe realiza en lo sustancial, un análisis conceptual de la Propuesta de Quinta Adenda, así como una estimación de carácter general, del impacto económico-financiero en el Contrato de Concesión, que a juicio del Regulador, se produciría a partir de las modificaciones planteadas en la mencionada adenda.
133. Ello se realiza en virtud de que la propuesta alcanzada no precisa las modificaciones específicas de las cláusulas del Contrato de Concesión, ni su forma de integración, a pesar de haber sido requeridos oportunamente.
134. Conforme a lo indicado en la cláusula 4 acápite 6 de la Propuesta de Quinta Adenda, se asume, de acuerdo a lo señalado por las partes, que no se modifican los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión (entre ellos los plazos).

Acuerdos Establecidos

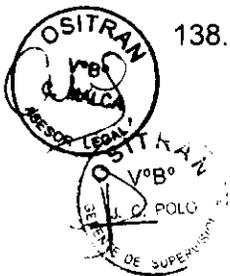
135. De acuerdo a lo establecido en la presente cláusula de la Adenda, las Partes proponen que la Variación de Metrados registrada hasta el CAO N° 12-T4 deberá ser contabilizada con gastos generales de 35.5% y utilidad de 10% y no de 27% y 10% (respectivamente) como se ha venido valorizando a la fecha.
136. Tal como señala la cláusula 6.4.A.2. en su primer párrafo, las variaciones de metrados "deberán ser valorizadas por el regulador en función a los precios unitarios reales determinados de acuerdo al Numeral 3 del Anexo IX".
137. Con respecto a la determinación de los precios unitarios, el Punto 3 del Numeral a. del Anexo IX indica que " Los precios unitarios no aprobados por el REGULADOR y al no llegar a acuerdo entre las Partes, serán sometidos a arbitraje de acuerdo al mecanismo señalado en la Cláusula 16.11 a).", mientras que el Numeral b. indica que "Mientras no exista el laudo arbitral respecto a los precios unitarios reales no aceptados por el REGULADOR, ni fijados de común acuerdo entre las Partes, los reajustes de Obra serán efectuados con los precios unitarios establecidos por el Proyecto Referencial. Luego de la expedición del laudo arbitral, se harán las compensaciones correspondientes."

138. Adicionalmente a lo establecido en el Contrato de Concesión, el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 056-2007-CD-OSITRAN, precisó que en lo que refiere a variación de metrados el OSITRAN:

- Está facultado por el Contrato de Concesión para dar su conformidad o aprobación a los Precios Unitarios Reales presentados por el Concesionario.
- No está facultado por el Contrato de Concesión para aprobar o dar conformidad a los Gastos Generales y Utilidad presentados por el Concesionario

139. Por lo tanto, la posición de las partes de establecer gastos generales y utilidad para las Variaciones de Metrados, que difieran a las establecidas en el proyecto referencial está enmarcado en el Contrato de Concesión, y por tanto es facultad de las partes su establecimiento.

140. Al ser un acuerdo entre las partes el establecer los GG y la U para las Variaciones de Metrados y al estar esta potestad establecida en el Contrato de Concesión, su



establecimiento no genera una modificación de los riesgos establecidos originalmente al Contrato de Concesión, ante dicha ocurrencia. por lo que no puede deducirse un desequilibrio económico en la Concesión. Este acuerdo entre las partes genera la necesidad de actualizar la valorización previa de US\$ 5,687,599 a US\$ 6,083,691, como resultado de corregir los GG de 27% a 35.5%.

Cuadro N° 3: Valorización de Gastos Generales y Utilidad

Etapas	Contrato	CAO N° 1 - CAO N° 12 *
		Var. Met. (GG: 35.5% / Ut: 10%)
PAO Etapa 1	\$7,380,210	\$2,322,236 (9.13% de PAO Total)
PAO Etapa 2	\$9,670,620	\$3,761,455 (14.78% de PAO Total)
PAO Etapa 3	\$8,398,170	\$0.00
PAO Total	\$25,449,000	\$6,083,691 (23.91% de PAO Total)

* Cifras estimadas

Fuente: Gerencia de Supervisión – OSITRAN.

Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

Valorización de los Avances de Obra

141. De acuerdo a lo establecido en la presente cláusula de la Adenda, las partes proponen:

1. Para todos los efectos, los metrados referenciales y las variaciones de metrados, deberán ser valorizadas como metrados referenciales, pero utilizando precios unitarios reales, precios unitarios de partidas nuevas y gastos generales de 27% y utilidad de 10%.
2. Dejar sin efecto la el Numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.
3. No existirán mas ajustes al PAO a los ajustes ya establecidos hasta el CAO N° 12T-4.



142. **Con respecto al numeral 1**, el Contrato de Concesión establece un tratamiento diferenciado para la valorización de los metrados referenciales y la variación de metrados.

143. En la cláusula 6.4.A.2 se establece que las variaciones de metrados "deberán ser valorizadas por el REGULADOR en función a los precios unitarios reales determinados de acuerdo al Numeral 3 del Anexo IX"



Tal como lo establece la cláusula 6.4.A.2 las Variaciones de Metrados deben valorizarse, con precios unitarios reales, y conforme al punto 3 del Anexo IX, el OSITRAN está facultado para dar su conformidad o aprobación a los precios unitarios reales presentados por el Concesionario.



144. Asimismo, en la cláusula 6.11 se establece que para la elaboración del Programa de Ejecución de Obras (PEO), el Concesionario deberá "considerar los metrados y los costos unitarios del presupuesto del Proyecto Referencial".

Por lo tanto, asumir el numeral 1 para el cálculo del PEO, introduce una inconsistencia metodológica para la valorización de los metrados del proyecto referencial,



145. Adicionalmente se debe tener presente que en el inciso b.4) punto 1 del Anexo IX, se establece que "la valorización de cada hito de avance de Obra, deberá considerarse los metrados y los costos unitarios, según sea el caso, del presupuesto del Proyecto Referencial, del Proyecto de Ingeniería de Detalle aprobado, de las Soluciones Técnicas acordadas, de las Obras Adicionales, y/o de las Obras Accesorias", de lo que se desprende que para valorizar la inversión referencial se debe utilizar precios referenciales y para valorizar la variación de metrados debe aplicarse precios reales.
146. Por tanto, el Contrato de Concesión diferencia claramente la forma de valorizar la Inversión Referencial y la Variación de Metrados, por lo que se contrapone a lo señalado por las partes en el Informe 207-2009-MTC/25 (pag. 8) en donde mencionan que "la aplicación de los Precios Unitarios Reales y Precios para Sub Partidas Nuevas en la valorización de los avances de obra, se encuentra establecido en el Contrato de Concesión".
147. Con respecto a la matriz de riesgos, de conformidad al Contrato de Concesión, los riesgos asociados a las variaciones de los precios referenciales o reales fueron asignados en el primer caso al Concesionario y en el segundo a las partes.
148. Por lo tanto, como se aprecia en el cuadro siguiente, los riesgos en la variación de los precios, así como los gastos generales y utilidad para la Inversión referencial han sido asumidos por el Concesionario. De otro lado, en el caso de Variación de Metrados, los precios, los gastos generales y la utilidad lo acuerdan las partes, por tanto, dichos riesgos son compartidos.
149. Como se aprecia en el cuadro adjunto, esta propuesta alteraría los riesgos originalmente asignados, en lo que respecta a la valorización de los metrados del Proyecto Referencial.

Cuadro N° 4: Matriz de Riesgos de los Precios

		Contrato de Concesión		Adenda		Comentarios
		Concesionario	Concedente	Concesionario	Concedente	
Inversión Referencial	Precios Referenciales	X				Valor determinado / Circular N° 39.
	Gastos generales (27%)	X				Valor determinado / Circular N° 39.
	Utilidad (10%)	X				Valor determinado / Circular N° 39.
Variación de Metrados	Precios Reales	X	X			Valor por determinar entre las partes.
	Gastos generales (acordados entre las partes)	X	X			Valor por determinar entre las partes.
	Utilidad (acordados entre las partes)	X	X			Valor por determinar entre las partes.
Inversión Referencial (Según Adenda)	Precios Reales				X	Valor por determinar entre las partes.
	Gastos generales (27%)			X		Valor determinado / Circular N° 39.
	Utilidad (10%)			X		Valor determinado / Circular N° 39.

Fuente: Contrato de Concesión.

Elaboración: Gerencia de Regulación - OSITRAN.

150. Cabe precisar, en concordancia con el Informe N° 207-2009-MTC/25, una eventual modificación en el monto de Inversión Referencial *per se* no generara un desequilibrio económico financiero, en virtud que el monto de Inversión Referencial es utilizado para hallar el porcentaje de Avance de Obra, por tanto al cambiar los precios en el numerador y el denominador de la fracción, el porcentaje de avance de obra no se alterara, y adicionalmente a ello, cualquier modificación que se presente al monto de Inversión Referencial no generará un incremento al PAO.

151. Sin embargo, la modificación en los precios de la inversión referencial por precios reales, incrementa el monto de Inversión Referencial de US\$ 180,373,562.92 a US\$ 197,550,388.72. y si bien como se señaló está modificación no modifica los porcentaje de Avance de Obra ni genera un incremento al PAO, ello genera un desequilibrio de los valores vinculados al Monto de Inversión Referencial, como los son el Hito y las garantías de fiel cumplimiento.
152. Tanto el Hito como las garantías de fiel cumplimiento están vinculados al monto de Inversión Referencial. Por lo tanto, si en el Tramo 4, el Hito es de US\$ 10,000,000.00 (Numeral 3 del Anexo XI), y éste representa el capital mínimo de trabajo con el cual el Concesionario puede solicitar la emisión de un CAO. Una eventual modificación de la Inversión Referencial debería traer consigo una adecuación del Hito así como de otras obligaciones vinculadas a la Inversión Referencial. Así por ejemplo, ante una Inversión Referencial de US\$ 197 MM, como la propuesta, el capital mínimo de trabajo debería ser mayor a US\$ 10 MM, para mantener el 5.56%⁶⁵. En otras palabras, el Hito debería ser del orden de los US\$10.94 MM. En lo que respecta a las garantías de fiel cumplimiento, éstas deberían adecuarse al nuevo monto de la inversión referencial, para mantener el equilibrio económico financiero de la concesión.
153. **Con respecto al numeral 2** de la modificación propuesta en la presente sección, con relación a dejar sin efecto el numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión, la cláusula 6.4.A.2 del Contrato de Concesión le confiere al Concedente la potestad de elegir entre: el incremento del PAO o la ejecución de las obras con el presupuesto existente, ello una vez que se supere el 10% de la variación neta de metrados en la Etapa correspondiente.
154. Mediante la Ley N° 29309, se deja constancia que se usarían recursos diferentes al PAO para la continuación y culminación de las Obras, precisando que dichos recursos se utilizarán una vez que se agote la inversión vinculada al PAO contractual de cada tramo vial, lo que implica que el Concedente ha tomado la decisión de no realizar nuevos ajustes al PAO Contractual.
155. Ante la decisión del Concedente de no realizar nuevos ajustes al PAO, las futuras variaciones de metrados no podrían valorizarse de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, en virtud que el procedimiento establecido para la variación de metrados implica necesariamente un ajuste al PAO (numeral 4 del Anexo IX).
156. Por lo tanto, la decisión de las partes de dejar sin efecto el numeral 4 del Anexo IX del Contrato de Concesión es congruente con lo establecido en la Ley N° 29309.
157. En consecuencia, no se produciría una alteración de la estructura de riesgos establecidos, y por tanto, no se afectaría el equilibrio económico financiero de la Concesión.
158. **Con respecto al numeral 3**, de la modificación propuesta en el presente numeral, en relación a que no existirán nuevos ajustes al PAO con posterioridad al CAO N 12T-4, como se mencionó en los párrafos precedentes dicho ajuste no es posible en virtud de la aplicación de la Ley N° 29309.
159. Tal como se observa en el Cuadro N° 2, se ha superado el 100% de la Primera etapa en 29.08% (ver Anexo I), lo que representa el 8.434131% del PAO contractual, lo que permite aplicar la cláusula 6.4.A.2. Mientras que la Segunda Etapa se encuentra al

⁶⁵ US\$ 10 MM dividido entre US\$ 180 MM (Hito entre el Monto de Inversión referencial).

97.48% de avance, lo que incluye inversión referencial y variación de metrados. En consecuencia, al no haberse superado el 100% de la Etapa, y como se ha señalado precedentemente, no es posible ajustar al PAO.

160. De conformidad al Contrato de Concesión, el Oficio N° 663-2008-MTC/25 emitido por el Concedente y de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29309, se ha producido un ajuste al PAO contractual en la Primera Etapa, el cual representa el 8.434131% del PAO contractual. En segundo lugar, en el caso de la Segunda Etapa no se han cumplido las condiciones para el ajuste al PAO, toda vez que las variaciones netas de metrados en la Etapa en mención no han superado el 100% de la Etapa y el Concedente no mostró su decisión de realizar el ajuste, tal como se ha señalado en el Cuadro N° 2.
161. En el supuesto que la Adenda propuesta contemple únicamente un ajuste al PAO de la Primera Etapa del orden del 8.434131% del PAO contractual, no representaría una variación en los riesgos asociados a los ajustes al PAO, ya que estos estarían contemplados en el Contrato de Concesión, siendo este un riesgo asumido por el Concedente, el mismo que no se estaría modificando ni produciría desequilibrios económicos financieros.

Inversión Vinculada al PAO Contractual

162. Se propone modificar el procedimiento para valorizar el Monto de la Inversión Referencial, mediante la multiplicación de los metrados del Proyecto Referencial por los Precios Unitarios Reales aprobadas por el Concedente, así como gastos generales de 27% y utilidad de 10%. Dicho procedimiento se aplicará a los la inversión vinculada al PAO contractual hasta el CAO N° 12, así como al saldo de inversión entre el CAO N° 13 hasta el agotamiento del PAO contractual.
163. Tal como se ha señalado en los párrafos precedentes, el Contrato de Concesión establece el procedimiento para valorizar metrados de Inversión Referencial o de Variación de Metrados, existiendo en cada caso precios establecidos o por establecer entre las partes.
164. Tal como se ha señalado en párrafos precedentes, no existe un efecto que altere el equilibrio en el Contrato de Concesión al modificar los precios, así como el Monto de Inversión Referencial, con excepción de los efectos que se derivan sobre el Hito y las Garantías de Fiel Cumplimiento.

	Contrato de Concesión		Adenda		Comentarios
	Concesionario (MIR US\$ 180 MM)	Concedente (MIR US\$ 180 MM)	Concesionario (MIR US\$ 197 MM)	Concedente (MIR US\$ 197 MM)	
Hito	XX		X		Númeral 3 del Anexo IX del C.C.
Garantía de Fiel Cumplimiento.	XX		X		Cláusulas 9.2 y 9.3 del C.C.

MIR: Monto de Inversión Referencial.
Fuente: Contrato de Concesión, Adenda Planteada.
Elaboración: Gerencia de Regulación - OSITRAN.



165. Se propone efectuar la valorización de la Inversión Referencial a precios reales con gastos generales y utilidad de 27% y 10% respectivamente. Sobre este particular, se reitera los comentarios realizados con relación a este extremo.

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

IV. CONCLUSIONES

167. Del análisis realizado en las secciones precedentes, estas Gerencias extraen las siguientes conclusiones:

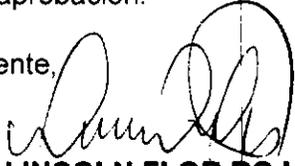
- La Modificación del Contrato de Concesión, requiere la opinión previa del Regulador, quien se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes, verificando el cumplimiento, en lo posible, de: (i) la naturaleza de la Concesión, (ii) las Condiciones Económicas y Técnicas Contractualmente convenidas y (iii) el equilibrio financiero para ambas partes.
- La propuesta de Quinta Adenda cumple con los requisitos formales de admisibilidad: Sustento Legal, Técnico y Económico – Financiero, Causa Fundada e Interés Público.
- La propuesta de Quinta Adenda al Contrato de Concesión respeta la Naturaleza de la Concesión, toda vez que no se ha variado el Objeto de la misma.
- Las Partes, de conformidad al Contrato de Concesión, están facultadas para acordar los porcentajes de gastos generales y de utilidad de las Variaciones de Metrados de los CAO N° 1 al CAO N° 12. Dicho acuerdo, en concordancia a la asignación de riesgos establecida en el Contrato, no tiene implicancias en el equilibrio económico financiero de la Concesión.
- El Contrato de Concesión establece que en el caso de la valorización de obras que correspondan al proyecto de inversión referencial, se aplicarán gastos generales y utilidad de 27% y 10% respectivamente.
- Con relación al ajuste del PAO contractual, únicamente se ha producido dicho ajuste para la Primera Etapa. En adelante, con base al marco normativo vigente, no es posible efectuar nuevos ajustes al PAO contractual.
- La modificación de la metodología de valorización de los metrados del proyecto referencial (precios reales por precios referenciales) no genera cambios en el PAO siempre que se utilicen para determinar los porcentajes de avance de obra con respecto al PAO. No obstante lo anterior, esta metodología conllevaría a adecuar el monto del capital de trabajo asociado al Hito, así como los montos de las garantías de fiel cumplimiento.
- La opinión técnica contenida en el presente informe tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo N° 171.2 de la Ley N° 27444, que establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.



V. RECOMENDACIONES

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

Atentamente,


LINCOLN FLOR ROJAS
Gerente de Regulación


HUMBERTO RAMÍREZ TRUCÍOS
Gerente de Asesoría Legal


JUAN CARLOS POLO PUELLES
Gerente de Supervisión (e)



ANEXOS

ANEXO 1: Procedimiento para la valorización de un CAO.

ANEXO 2: Estimación del CAO (CAON° 1- CAO N° 12).

ANEXO 1: Procedimiento para la valorización de un CAO

El procedimiento de valorización comprende: identificación de la etapa, número de CAO, fecha de término de las obras a valorizar, la inversión efectuada por el Concesionario dentro del Proyecto Referencial⁶⁶, la inversión efectuada por el Concesionario por concepto de Variación de Metrados⁶⁷, las amortizaciones⁶⁸ según correspondan, así como los adelantos⁶⁹.

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

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

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

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

Como se ha señalado, el CAO es el instrumento mediante el cual se mide el porcentaje de la obra que el Concesionario ha alcanzado en cada Hito. Dichos porcentajes son medidos de dos formas, i) de acuerdo al avance de obra que el Concesionario realiza sobre la Inversión Referencial⁷⁰ y ii) de acuerdo al avance de obra que el Concesionario realiza sobre la inversión en variación de metrados (obras adicionales), existiendo también, por estipulaciones establecidas en el Contrato de Concesión, CAO por adelantos y CAO por amortizaciones, previstos en el Anexo XI del Contrato de Concesión y finalmente existe también un CAO por actualizaciones.

⁶⁶ De acuerdo a lo señalado en el anexo XI del Contrato de Concesión.

⁶⁷ De acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión en las cláusulas 6.4.A.2 a la 6.4.A.6, en donde se establece el mecanismo de reconocimiento y composición de diferencias de metrados del Proyecto Referencial en la Ejecución de Obras (Mecanismo de Reajuste de Metrados). De acuerdo a lo señalado en el anexo XI del Contrato de Concesión.

⁶⁸ Las que representan la retribución por parte del Concesionario a los Adelantos aceptados por el Concedente, los cuales se encuentran inmersos en el punto 2 del anexo XI, "... La Fianza presentada podrá ser reducida de forma proporcional conforme al Avance de las Obras a la fecha de emisión de los siguientes CAO ...".

⁶⁹ Contempla los adelantos que se hallan otorgado al Concesionario por parte del Concedente, los cuales se encuentran inmersos en el punto 1.2 del Anexo XI, el que a la letra indica " El Concesionario podrá solicitar autorización al Concedente ... en la compra anticipada de materiales ... así como para la ejecución de las Actividades Preparatorias señaladas en este Anexo, contra carta de garantía y avance de Obra parcialmente ejecutadas. En estos supuestos, el Concedente previa opinión del Regulador, podrá aceptar incluir dichos gastos como parte del Programa de Ejecución de Obras ... incorporando dichos gastos al Certificado de Avance de Obra ...".

⁷⁰ Es la inversión realizada en cada Hito, dicha inversión debe estar inmersa dentro de lo que el Concesionario se comprometió a construir al inicio del Contrato de Concesión, siendo la Inversión Total la Inversión Referencial a la que se comprometió el Concesionario a realizar, para este caso asciende a US\$ 180,373,562.92 (precios del proyecto referencial por metrados del proyecto referencial).



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

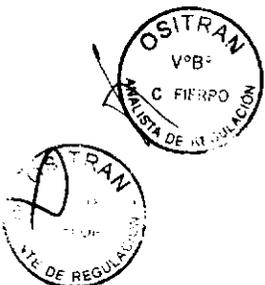
De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión en su Anexo IX, Numeral 1 acápite b.4 y en el Numeral 2 acápite b, los avances de obra referenciales se valorizan con metrados referenciales a precios referenciales, los avances de obra de variación de metrados se valorizan con metrados de variación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

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

En el Contrato de Concesión se define PAOCAO como:

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

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



ANEXO II: Estimación del CAO (CAON° 1- CAO N° 12)

AREA SUR TRAMO 4
PAO

PAO	US\$ SIGV
Etap: 25.00%	7.380.210,00
Etap: 38.00%	9.876.820,00
Etap: 33.00%	8.398.170,00
PAO Contrat	25.448.000,00

N°	Etap	CAO N°	Fecha Avance	CAO %		Inversión % Avance		CAO US\$		Inversión (US\$)	
				Referencial	Var. Mel.	Adelanto Ref.	Adelanto VM	Am. Adel. Ref.	Am. Adel. VM	Inv. Ejecutada	Inv. Ejecutada
1	1	CAO N° 01-T4	30/06/2008	7.826.449%	0,000000%	7.826.449%	28.813.700%	14.090.770,93	0,00	14.090.770,93	180.373.582,92
2	1	CAO N° 02-T4	30/11/2008	7.826.449%	3.780,71%	6.895.642%	28.813.700%	14.090.770,93	3.480.917,51	10.609.853,42	180.373.582,92
3	1	CAO N° 03-T4	09/04/2007	3.167,68%	2.260,47%	5.382.564%	18.441.568%	5.985.335,44	4.501.412,00	10.486.747,44	180.373.582,92
4	1	CAO N° 04-T4	15/09/2007	4.137,73%	1.725,32%	5.868,05%	20.228.924%	7.493.805,94	3.540.520,92	11.034.326,86	180.373.582,92
5	1	CAO N° 05-T4	20/08/2007	7.826.449%	9.355,32%	10.921,76%	21.740.941%	13.271.187,38	-2.307.479,06	10.963.708,32	180.373.582,92
6	1	CAO N° 06-T4	17/11/2007	9.866,67%	9.355,32%	10.921,76%	21.740.941%	13.271.187,38	1.514.311,17	12.486.019,55	180.373.582,92
7	1	CAO N° 07-T4	24/09/2007	3.435,11%	7.048,80%	5.438,41%	16.425,55%	6.202.761,37	4.403.761,94	10.606.523,31	180.373.582,92
8	1	CAO N° 08-T4	31/01/2008	3.556,67%	0,000000%	3.556,67%	18.441,56%	12.385.785,53	7.412.282,32	19.798.067,85	180.373.582,92
9	1	CAO N° 09-T4	31/01/2008	3.556,67%	0,000000%	3.556,67%	18.441,56%	12.385.785,53	7.412.282,32	19.798.067,85	180.373.582,92
10	1	CAO N° 10-T4	30/09/2008	8.882,87%	0,000000%	8.882,87%	21.740,94%	15.335.683,24	2.537.824,93	17.873.508,17	180.373.582,92
11	1	CAO N° 11-T4	30/09/2008	5.426,43%	3.456,60%	4.539,56%	16.425,55%	6.293.889,11	18.767.889,11	25.061.778,22	180.373.582,92
12	1	CAO N° 12-T4	30/11/2008	5.285.401,15	1.220,46%	6.505,86%	21.740,94%	7.324.873,38	5.725.661,15	13.050.534,53	180.373.582,92
				48.783.959%	22.360.00%	10.081.578%	4.710.048%	18.194.501,17	48.457.488,87	3.425.886,78	132.806.632,87
											93.5%

N°	Etap	CAO N°	Fecha Avance	Ajuste Variación de Métrados		Ajuste Variación de Métrados por Adelantos		Cuota VM	
				Var. Métrados	Tasa Interés Libor Am + 3%	Libor a 6 meses	Tasa Interés Libor Am + 3%		VF Futuro VM
1	1	CAO N° 01-T4	30/06/2008	0,00	8.589,380%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
2	1	CAO N° 02-T4	30/11/2008	7.480.917,61	5.348,880%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
3	1	CAO N° 03-T4	09/04/2007	4.601.412,00	8.264,380%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
4	1	CAO N° 04-T4	15/09/2007	3.580.520,92	5.438,330%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
5	1	CAO N° 05-T4	20/08/2007	13.271.187,38	8.347,500%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
6	1	CAO N° 06-T4	17/11/2007	13.271.187,38	8.347,500%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
7	1	CAO N° 07-T4	24/09/2007	4.400.761,04	8.106,250%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
8	1	CAO N° 08-T4	31/01/2008	4.314.209,32	7.810,000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
9	1	CAO N° 09-T4	31/01/2008	4.314.209,32	7.810,000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
10	1	CAO N° 10-T4	30/09/2008	830.574,85	6.108,750%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
11	1	CAO N° 11-T4	30/09/2008	16.365.992,11	3.975,000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
12	1	CAO N° 12-T4	30/11/2008	5.285.401,15	5.581,250%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
				48.457.488,87					-0,00

N°	Etap	CAO N°	Fecha Avance	Ajuste Variación de Métrados		Ajuste Variación de Métrados por Adelantos		Cuota VM	
				Var. Métrados	Tasa Interés Libor Am + 3%	Libor a 6 meses	Tasa Interés Libor Am + 3%		VF Futuro VM
1	1	CAO N° 01-T4	30/06/2008	0,00	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
2	1	CAO N° 02-T4	30/11/2008	7.480.917,61	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
3	1	CAO N° 03-T4	09/04/2007	4.601.412,00	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
4	1	CAO N° 04-T4	15/09/2007	3.580.520,92	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
5	1	CAO N° 05-T4	20/08/2007	13.271.187,38	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
6	1	CAO N° 06-T4	17/11/2007	13.271.187,38	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
7	1	CAO N° 07-T4	24/09/2007	4.400.761,04	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
8	1	CAO N° 08-T4	31/01/2008	4.314.209,32	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
9	1	CAO N° 09-T4	31/01/2008	4.314.209,32	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
10	1	CAO N° 10-T4	30/09/2008	830.574,85	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
11	1	CAO N° 11-T4	30/09/2008	16.365.992,11	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
12	1	CAO N° 12-T4	30/11/2008	5.285.401,15	0,000000%	0,00	0,000000%	0,00	0,00
				48.457.488,87					-0,00

