

19 NOV. 2008

RECIBIDO

9:30

INFORME N° 038-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Para : Fernando LLanos Correa
Gerente General

De : Lincoln Flor Rojas
Gerente de Regulación

Humberto Ramírez Trucíos
Gerente de Asesoría Legal

Juan Carlos Polo Puelles
Gerente de Supervisión (e)

Christy García Godos Naveda
Gerente Adjunto de Regulación

Asunto : Opinión sobre la versión final del Proyecto de Contrato de
Concesión del Concurso de Proyectos para la Concesión
de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4
(28 de octubre 2008).

Fecha : 19 de noviembre de 2008

OBJETIVO

El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto a la concordancia normativa entre el Proyecto de Contrato de Concesión (Versión Final del Contrato para el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4); y la legislación regulatoria, que fuera recibida por OSITRAN el 23 de octubre del 2008, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria.

ANTECEDENTES

2. Mediante Oficio N° 33/2007/CPI-RV4/PROINVERSION de fecha 31 de mayo de 2007, PROINVERSION solicitó al OSITRAN opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión de los tramos de la Red Vial N° 4 (versión de mayo de 2007).

3. Mediante Oficio N° 077-07-SCD-OSITRAN de fecha 10 de julio de 2007, se remitió a PROINVERSION copia del Acuerdo N° 991-247-07-CD-OSITRAN que aprobó el Informe N° 032-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN sobre la versión final del



Contrato de Concesión para el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4.

4. El 15 de julio de 2007, PROINVERSION, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 27701, publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el acuerdo e Informe, citados en el acápite anterior.
5. Mediante Oficio N° 44/2007/DE-RV1y4/PROINVERSION, PROINVERSION remitió a OSITRAN, la Matriz de respuestas al Informe N° 032-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
6. Mediante Oficio N° 14/2008/RV4/PROINVERSION de fecha 30 de junio de 2008, el Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos remitió a OSITRAN copia del Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de los Tramos Viales Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry – Empalme R01N (Red Vial N° 4) para conocimiento y opinión correspondiente.
7. Mediante Oficio N° 082-08-GRE-OSITRAN de fecha 16 de julio de 2008, la Gerencia de Regulación de OSITRAN solicitó a PROINVERSION que remita el informe o sustento que determina la elección como factor de competencia para la licitación de la Red Vial N° 4.
8. El 22 de julio de 2008, mediante Oficio N° 21/2008-CPI-RV4/PROINVERSIÓN, la Agencia de Promoción a la Inversión de la Inversión Privada remitió su respuesta al Oficio N° 082-08-GRE-OSITRAN.
9. Mediante Oficio N° 065-08-SCD-ODITRAN, del 11 de agosto del 2008, se remitió el Acuerdo N° 1089-280-08-CD-OSITRAN que aprueba el Informe N° 024-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, conteniendo la Opinión sobre el "Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de los Tramos Viales Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry – Empalme R01N (Red Vial N° 4)".
10. El 16 de agosto de 2008, PROINVERSION, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 27701, publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el acuerdo e Informe, citados en el acápite anterior.
11. Mediante Oficio N° 44/2008/RV4/PROINVERSION, notificado el 02 de octubre de 2008, el Director de Proyectos de PROINVERSION remitió a OSITRAN la Versión Final del Contrato con las modificaciones no sustanciales efectuadas (Versión final del 29/09/2008); conjuntamente, anexan un Cuadro Matriz de las Principales Modificaciones efectuadas al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4. Asimismo, se adjunta la Matriz de respuestas al Informe N° 024-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
12. Mediante Oficio N° 096-08-PD-OSITRAN de fecha 06 de octubre de 2008, OSITRAN solicitó a PROINVERSIÓN sustente los cambios realizados al Contrato de Concesión.
13. Mediante Oficio N° 53-2008-PROINVERSIION /DEA de fecha 22 de octubre de 2008, PROINVERSIÓN remitió una nueva Versión Final del Contrato de Concesión (al 21 de octubre de 2008), además de sus comentarios al Oficio N° 096-08-PD-OSITRAN.



14. Mediante Oficio N° 59/2008/PROINVERSIÓN-DEA de fecha 30 de octubre de 2008, PROINVERSIÓN remitió la "Versión Final del Contrato de Concesión (28.10.08)" para conocimiento y fines pertinentes.

15. Mediante Oficio N° 508-08-GG-OSITRAN de fecha 05 de noviembre de 2008, OSITRAN solicitó a PROINVERSIÓN precise el objetivo de la comunicación citada en el numeral anterior, la misma que fue atendida mediante Oficio N° 63/2008/PROINVERSIÓN-DEA de fecha 12 de noviembre de 2008.

III. MARCO LEGAL

16. De acuerdo al texto del Artículo 1° de la Ley N° 27701¹, esta norma tiene por objeto garantizar la plena concordancia normativa entre los procesos de concesión y las disposiciones de los organismos reguladores establecidas en la Ley N° 27332 y otras normas de su marco regulatorio.

17. El Artículo 2° de la Ley 27701, establece lo siguiente:

"Artículo 2°.- Opinión del organismo regulador

*Las disposiciones que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de privatización y concesiones –sujetos al Decreto Legislativo N° 674 y al Decreto Supremo N° 059-96-PCM de las empresas cuya regulación está a cargo de los organismos reguladores precisados en la Ley 27332, **deberán contar con la opinión** del respectivo Consejo Directivo de éstos como requisito previo a su aprobación por parte de la COPRI."*

18. El mecanismo previsto por la Ley N° 27701 para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de concesión y las normas que regulan las facultades de los organismos reguladores, ha sido el establecimiento de la obligación de contar con la opinión del Consejo Directivo del Organismo Regulador competente, como requisito previo a la aprobación por parte de PROINVERSIÓN de un proceso de promoción inversión privada.

19. La mencionada opinión debe referirse a aquellas disposiciones comprendidas en los expedientes finales de los procesos de concesión que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores.

20. Se debe señalar que el propósito de esta legislación es establecer un mecanismo de control de la legalidad regulatoria aplicable sobre del contenido de los procesos de concesión de infraestructura de transportes implementados por PROINVERSIÓN.

21. En ese sentido, la opinión de OSITRAN se constituye para el organismo regulador en una obligación legal, que tiene como finalidad cautelar que el régimen regulatorio establecido en el marco normativo, haya sido correctamente aplicado en el diseño del proceso de concesión por PROINVERSIÓN, como organismo responsable en la etapa previa a la entrada en vigencia del Contrato de Concesión.

1° Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto garantizar la plena concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones de empresas de servicios públicos y las disposiciones de los organismos reguladores precisados en la Ley N° 27332."



22-510

MA 22-392

- 22. Asimismo, la Ley N° 27701 establece también una obligación legal a cargo de PROINVERSION, que es contar con la opinión previa del organismo regulador competente, lo cual se constituye en un requisito de validez de la aprobación de los expedientes finales de los procesos de concesión (**versiones finales** de dichos proyectos) por parte del Consejo Directivo de PROINVERSION; sin la cual, la aprobación realizada carecería de validez.
- 23. De hecho, la norma que reglamenta las funciones y obligaciones a cargo del OSITRAN, dentro de las que está comprendida la relativa a la emisión de las opiniones técnicas, previas a la aprobación de los expedientes finales de los contratos de concesión (establecida en la Ley N° 27701); es el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por Decreto Supremo N° 057-2006-PCM; el cual establece lo siguiente:

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

A fin de guardar **concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes**, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. **El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la INFRAESTRUCTURA, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN. (...)**"

(El subrayado es nuestro)

- 24. De acuerdo a lo anterior, es claro que la obligación legal del OSITRAN con relación al alcance de la opinión técnica a su cargo, establece un **contenido mínimo** ("incluirá") que debe ser cumplido.
- 25. Al respecto, es claro que el Artículo 37° del Reglamento General del OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM² señala, por ejemplo: "el referido pronunciamiento se referirá a... (x, y, materias)." Lo que se establece es simplemente un *contenido mínimo*, que en ningún modo puede ser interpretado como un máximo o una lista taxativa de materias que pueden ser incluidas en la opinión técnica. Lo contrario, significaría sostener absurdamente, que existe en el marco legal un límite respecto a una opinión técnica que, por lo demás, no es vinculante para el órgano licitante.
- 26. Asimismo, es evidente que al realizar el análisis técnico de un proyecto concesional no es posible ni razonable compartimentar artificialmente las materias, pues la estructura de riesgos e incentivos que contiene el Proyecto de Contrato de Concesión, **subyace a todas las estipulaciones contractuales**, no solo a aquellas donde se establece funciones específicas a cargo del OSITRAN, por lo que la eficiencia o ineficiencia de un proyecto, debe ser analizada necesariamente desde una perspectiva integral y multidisciplinaria³



² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006

En consecuencia, queda de manifiesto en el referido marco legal que **no existe ninguna limitación** respecto al alcance de la opinión técnica no vinculante del OSITRAN.

Por otro lado, se debe considerar que la Ley N° 26917 (norma de creación de OSITRAN) y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, otorgan al OSITRAN además de la función reguladora, que comprende los aspectos tarifarios, cargos de acceso y demás aspectos relativos al régimen de acceso a la infraestructura de transporte de uso público; la función supervisora del cabal cumplimiento de los contratos y la función normativa; aspectos todos que atañen a la explotación de la infraestructura concesionada y al comportamiento de la empresa concesionaria en cuestión.

Al respecto, el ejercicio de la función reguladora, supervisora, normativa y de resolución de controversias por parte del OSITRAN, debe converger hacia el cumplimiento de la misión institucional, recogida en el Artículo 3° de la Ley N° 26917, la cual señala:

"Artículo 3.- Misión del OSITRAN

*3.1. La misión del 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 (...).**"*

30. Asimismo, mediante Acuerdo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN, de fecha 12 de marzo de 2008, se aprobaron los Lineamientos de OSITRAN para la Emisión de Opinión Técnica de los Proyectos de Contratos de Concesión (Lineamientos de OSITRAN), estableciendo los principios y criterios para emitir las correspondientes opiniones.

31. Al emitir su opinión técnica, corresponde al OSITRAN velar por que haya un adecuado equilibrio de los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, lo que evidentemente pasa por pronunciarse sobre la estructura de riesgos y de incentivos en los que recae el modelo de contrato que se propone⁴.

IV. ANÁLISIS

32. De la revisión de la Versión Final del Contrato de Concesión para el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N°

³ En esa línea, mediante Acuerdo N° 967-243-07-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN estableció por unanimidad lo siguiente:

"b) Señalar que las Opiniones Técnicas del OSITRAN se orientan a cautelar la concordancia que debe existir entre los proyectos de contrato de concesión propuestos por el órgano licitante y el marco normativo regulatorio, así como promover la eficiencia de los esquemas contemplados en cada proyecto, así como una adecuada distribución de riesgos entre las partes, consistente con el modelo concesional."

⁴ Al respecto cabe anotar que de acuerdo con Estache, "La identificación de los distintos tipos de riesgos y su distribución entre los diversos agentes es muy importante, ya que influye de forma directa en los incentivos que estos agentes tendrán posteriormente de cara a la regulación de la actividad". Estache, Antonio y De Rus, Ginés Privatización y Regulación de Infraestructura de Transportes, Alfaomega, 2003, pág. 24.

04, remitido el 30 de octubre de 2008 observamos que algunos de los comentarios o recomendaciones planteadas por OSITRAN han sido incorporados en dicha versión.

- 33. Respecto de los comentarios o recomendaciones no aceptadas, consideramos que PROINVERSIÓN en su calidad de agencia encargada de los procesos de licitación de las Concesiones de Infraestructura de Transporte de Uso Público cuenta con las facultades para decidir respecto a las características y contenidos del Contrato de Concesión.
- 34. En las siguientes secciones se realizarán comentarios puntuales a la nueva versión del Contrato de Concesión.

IV.1 Acta de Aceptación de las Obras (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 9)

- 35. Consideramos conveniente que en esta Acta se deje constancia que las obras recibidas se ajusten al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) así como a las normas de Diseño de Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

IV.2 Actas de Entrega Parcial de Bienes (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 9)

- 36. Consideramos conveniente que en estas Actas se precise claramente las progresivas de inicio y fin de los tramos materia de concesión, y de ser posible se indique algún punto de referencia, con el objeto de tener una clara definición de los bienes materia de la Concesión.

IV.3 Estudio Definitivo de Ingeniería (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 15)

- 37. En el EDI, se debe señalar los criterios para la aceptación de las obras que deberá aplicar el Comité de aceptación de obras.
- 38. Por otra parte, debe indicarse que el EDI, debe ser compatible con el Estudio de Impacto Ambiental.

IV.4 Obras Adicionales (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 17)

- 39. En esta definición se señala que corresponderá al Concedente aceptar aquellas obras adicionales que considere "convenientes para el cumplimiento del objeto de la Concesión", en tal sentido resulta necesario que se precisen los criterios que se deben tomar en consideración para aceptar una obra adicional.

IV.5 Transitabilidad (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 20)

- 40. En el Contrato de Concesión se define transitabilidad como "Condición física de la vía que permite la circulación vehicular". Como se puede apreciar esta definición resulta bastante general, por lo que consideramos que es necesario que se establezcan algunos indicadores de este nivel, como por ejemplo la velocidad mínima de circulación, por ejemplo.

IV.6 Socio Estratégico (Sección I: Antecedentes y Definiciones, página 20)

20-310

MA 20-310



La nueva versión del Contrato de Concesión se excluye la responsabilidad solidaria del socio estratégico ante incumplimientos del Concesionario. De acuerdo a lo mencionado por PROINVERSION no es necesario mantener esta compartición de responsabilidades toda vez que el "contrato presenta las seguridades suficientes a favor del estado, a través de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato y de Construcción de Obras".

Toda vez que el objeto de la concesión no sólo se limita a la obtención de financiamiento sino al buen funcionamiento de la Concesión, el socio estratégico y el Concesionario deben compartir las responsabilidades y riesgos de la concesión.

Obligaciones del Concesionario a la fecha de suscripción del Contrato (Sección III: Eventos a la fecha de suscripción del Contrato, página 28)

En la nueva versión del Contrato de Concesión se ha eliminado el numeral vii) del acápite e) de la cláusula 3.5, que hacía referencia la obligación del Concesionario de establecer en su estatuto, una limitación a la libre transferencia, disposición, o gravamen de las acciones representativas del capital social del Concesionario, entre los propios socios o accionistas del Concesionario y/o de los socios y/o accionistas a favor de terceros incluyendo las personas jurídicas postoras o los integrantes de los otros consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso.

En atención a la experiencia en la ejecución del Contrato de Concesión suscrito con la empresa concesionaria Concesión Canchaque S.A., para la construcción, conservación y explotación del Tramo Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque, se recomienda la inclusión del texto del inciso vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 referida a la transferencia de acciones del concesionario, con la siguiente redacción:

Vii. Una limitación a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones representativas del capital social del CONCESIONARIO, entre los propios socios o accionistas del CONCESIONARIO y/o de los socios y/o accionistas a favor de terceros incluyendo las personas jurídicas o consorcios que hayan participado en cualquier etapa del Concurso hasta el segundo año de la Fecha de Inicio de la Explotación, de forma tal que no pueda realizarse ninguno de los actos antes mencionados sin la opinión previa del REGULADOR y la previa autorización del CONCEDENTE.

45. Por otra parte en el inciso iii) del literal e) de la Cláusula 3.5, se establece como plazo para la emisión de opinión de OSITRAN 15 días. Este plazo resulta corto para OSITRAN, toda vez que la elaboración del informe de opinión y la aprobación del mismo por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, requiere de por lo menos 30 días. Debemos recordar que el Consejo Directivo de OSITRAN sesiona 2 veces por mes.

IV.8 Descripción de las Obras (Sección VI: Ejecución de obras, página 38)

46. En la cláusula 6.1 se ha eliminado el punto de inicio de la construcción de la segunda calzada, pese a haberse ampliado el plazo para la entrega de las obras. Entendemos, que las obras a ejecutar corresponderán a kilómetros continuos de norte hacia el sur en concordancia con lo establecido en la cláusulas 5.11.



47. El no establecerse las progresivas de inicio de las obras, genera mayores costos para el concesionario en la etapa de construcción, debido a que no podrá planificar eficientemente la ejecución de los trabajos, por lo que la oferta de los postores podría ser menor a lo esperado.

IV.9 De los estudios definitivos de ingeniería e impacto ambiental para la construcción de la segunda calzada a cargo del concesionario (Sección VI: Ejecución de obras, página 39)

48. En la nueva versión del Contrato de Concesión, en la cláusula 6.4 se observa una modificación en el procedimiento de presentación y aprobación de los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) y de Impacto Ambiental (EIA). La redacción propuesta señala que el EDI será presentado en forma fraccionada y en cuatro entregas. Sin embargo, en dichas entregas no se incluye el EDI del trazo de la Segunda Calzada, en tal sentido recomendamos se especifique que la entrega del EDI se podrá realizar hasta en cinco partes. La primera entrega corresponde al EDI del Eje del Trazo de la segunda calzada, y las cuatro restantes a los EDI en las cuatro entregas, que deben corresponder al menos cada una a la cuarta parte de la longitud total ofertada.
49. En relación al cuadro se recomienda evitar colocar siglas no definidas en el Contrato como "PID". Así mismo, debe indicarse que las observaciones del Regulador serán canalizadas a través del Concedente.
50. Adicionalmente, toda vez que las obras a realizarse son construcciones nuevas, los plazos previstos para la elaboración y aprobación del EDI resultan cortos, se recomienda ampliar estos plazos y que los mismos sean realistas a fin de evitar caer en incumplimientos por las partes involucradas. De acuerdo a la experiencia del Regulador, la revisión de EDI requiere al menos de 30 días calendarios, así mismo debe tenerse presente que la presentación del EDI del primer tramo no debe ser menor a los 90 días calendario, dicho plazo permitirá al Regulador realizar el proceso de selección del Supervisor de Estudios y Obras.
51. En la nueva versión del Contrato de Concesión no se contempla expresamente la posibilidad de que el Concesionario decida presentar el EDI del total de la Concesión, para dicho caso debe preverse los plazos a se aplicados.
52. Por otra parte, en cláusula 6.4 no se regula los plazos de entrega ni de aprobación de EIA, toda vez que el inicio de la ejecución de las obras se encuentra supeditada a la aprobación EIA, resulta necesario que se establezcan claramente los plazos para su aprobación parcial o total, a fin de que el Concesionario tenga certeza sobre la fecha de inicio de las obras.

IV.10 Programa de Ejecución de las Obras (Sección VI: Ejecución de obras, página 40)

53. La cláusula 6.8 del Proyecto de Contrato regula el procedimiento de presentación del PEO por parte del Concesionario al Regulador, consideramos que el PEO debe ser aprobado por el Concedente con opinión favorable del Regulador, debiendo contemplarse la posibilidad de actualización, toda vez que se tiene prevista la posibilidad de entregas parciales del EDI.



Por otra parte el PEO, debe incluir los metrados y los precios unitarios aprobados en el EDI, a fin de viabilizar el porcentaje de avance del proyecto. Así mismo debe contemplarse la posibilidad de modificación del PEO por ejecución de partidas no previstas.

Finalmente en el último párrafo de la cláusula 6.8 debe precisarse si la penalidad a aplicar al Concesionario es de tres por diez mil o tres por mil del presupuesto aprobado en el EDI por cada día calendario de atraso.

IV.12 Inicio de Ejecución de las Obras Sección VI: Ejecución de obras, página 41)

En el literal d) de la cláusula 6.10, se indica como uno de los requisitos para el inicio de Obras la presentación del PEO por parte del Concesionario. Somos de la opinión que el requisito para el Inicio de las obras es la aprobación del PEO parcial o total por parte del Regulador.

IV.13 Aceptación de las Obras (Sección VI: Ejecución de obras, página 43)

En la cláusula 6.20 se señala que CONCESIONARIO solicitará al REGULADOR la aprobación de las Obras en forma total o parcial, consideramos necesario que se precise que el término parcial se refiere a un tramo de la segunda calzada que ha sido construido en cumplimiento del EDI y niveles de servicio entre dos progresivas.

IV.13 Inicio de Explotación (Sección VIII: Explotación de la Concesión, página 51)

En la cláusula 8.10, se regula que el inicio de la explotación se realizará al día siguiente de la suscripción de la primera acta de entrega parcial de bienes que incluye las Unidades de peaje existentes a favor del Concesionario. Al respecto, consideramos necesario que se establezca como obligación del Concesionario de contar con un sistema para el cobro de peaje (software) en un plazo no mayor de 20 días, lo que permitirá una correcta auditoria de flujos vehiculares y de recaudación al Regulador.

Por otra parte, consideremos necesario que los servicios obligatorios a que se hacen referencia en los literales a), c) y d) de la cláusula 8.12, deben estar implementados a los 30 días de iniciada la explotación, toda vez que estos servicios pueden ser subcontratados por el Concesionario, de esta manera se resguarda la seguridad de la carretera.

IV.14 Sobre el IMAG (Sección IX: Régimen Económico, página 53)

En la cláusula 9.2, se establece que el CONCEDENTE se compromete a asegurar un Ingreso Mínimo Anual por peaje, siendo el plazo a aplicarse el que resulte menor de:

- (i) Quince (15) años desde la fecha de aceptación de la totalidad de las Obras, o;
- (ii) El plazo correspondiente al repago de la deuda del CONCESIONARIO,

El plazo previsto en el segundo caso debe referirse al inicio del endeudamiento y por el periodo del plazo de repago de la deuda.

IV.15 Monto del IMAG (Sección IX: Régimen Económico, página 54)



62. Teniendo en cuenta que la ejecución de las obras se realizará en un plazo máximo de 48 meses, y que el IMAG se activaría luego de la conclusión total del las obras, no existe posibilidad que el IMAG se active en el año 2010. Consideramos conveniente que se mantenga la referencia a un periodo "1" (contado a partir de la fecha de aceptación de las Obras), como ocurría en la versión anterior del Contrato de Concesión.

IV.16 Procedimiento de Reconocimiento del IMAG (Sección IX: Régimen Económico, página 54-55)

63. En el literal a) de la Cláusula 9.3, debe ampliarse el plazo de revisión del informe de recaudación de peajes a diez días hábiles contados a partir de la recepción del referido reporte.
64. Por otra parte en la Cláusula 9.3, literal b) debe precisarse que la Contabilización a cargo de OSITRAN debe realizarse a partir de una auditoria de tráfico, de acuerdo a lo señalado en el Anexo VIII del Contrato de Concesión.

IV.17 El Peaje y la Tarifa (Sección IX: Régimen económico, página 56)

65. En el segundo párrafo de la cláusula 9.5, se señala que el Concesionario cobrará el peaje en un solo sentido (ida y vuelta) consideramos pertinente que el cobro del peaje se realice en ambos sentidos como viene siendo aplicado en la concesión de la Red Vial N° 5 y N° 6, de esta forma los usuarios pagarán por el servicio efectivamente recibido.
66. En relación a la reubicación de las unidades de peaje mantenemos los comentarios planteados en el Informe N° 024-08-GRE-GS-GAL.
67. Sin perjuicio de ello, observamos que se ha introducido la posibilidad de reubicación de la unidad de peaje cuando por causas de protestas sociales no se le permita al Concesionario cobrar el peaje, estos casos de reubicación deben ser evaluados por el Regulador e implicarían una modificación contractual, debiendo ceñirse a la regulación vigente.

IV.18 Pago del Concesionario por Concepto de Supervisión de Obras (Sección IX: Régimen económico, página 62)

68. Respecto a este punto reiteramos los comentarios planteados en el Informe N° 024-08-GRE-GS-GAL.
69. Como se señaló en el informe antes citado, debe tenerse presente que corresponde a OSITRAN seleccionar a la entidad que se encargará de la supervisión de las obras, y que para poder realizar dicha convocatoria, debe conocerse de forma anticipada un monto referencial, de manera que los postores puedan hacer sus propuestas.

IV.19 Equilibrio Económico y Financiero (Sección IX: Régimen económico, página 60)

70. Recomendamos que se incluya como un requisito para la presentación de la solicitud por parte del Concesionario o del Concedente de un estudio que acredite la magnitud del desequilibrio.



20. **Valorización por Caducidad por Incumplimiento de cualquiera de las partes o decisión Unilateral del Concedente (Sección XVI: Caducidad de la Concesión, página 91)**

En el segundo párrafo del literal a) de la cláusula 16.19, debe precisarse si se debe considerar intereses entre la fecha de acotación y la fecha de pago.

21. **Sobre el Informe de los Flujos Vehiculares (Anexo VIII, Página 173)**

En el punto 2 del Anexo VIII se establece que la información y periodicidad del informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.

Al respecto cabe mencionar que es OSITRAN, no necesariamente a través del mencionado Reglamento, quien establece los criterios de la contratación del Auditor, así como el contenido y periodicidad de la información auditada, la cual depende de la necesidad y oportunidad en que sea requerida.

En virtud de lo dicho anteriormente, reiteramos la recomendación planteada en el Informe N° 024-08-GRE-GS-GAL a fin de modificar la redacción del punto 2 del Anexo VIII del Proyecto de Contrato de Concesión:

"2.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, cuya información y periodicidad se deberá ceñir a las instrucciones que imparta OSITRAN, o supletoriamente a lo que establece el Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya."

IV.1 **Sobre el Fideicomiso de Recaudación (Anexo XI, Página 181)**

En el anexo XI, se regula el fideicomiso de recaudación. En dicho anexo se establece:

- Obligación del Concesionario de constituir y mantener a su costo el fideicomiso de hasta US\$ 20 millones.
- Que el Concesionario en su calidad de fideicomitente deberá delegar en el Concedente la facultad de emitir instrucciones al Fiduciario a fin de administrar la recaudación por peaje.
- Obligación del Concesionario de sustentar al Regulador los gastos citados a continuación a efectos de que el Fideicomiso libere los recursos:
 - Operación hasta un máximo acumulado de US\$ 13,4 millones.
 - Conservación Vial hasta un máximo acumulado de US\$ 3 millones.
- En la cuenta recaudadora del Fideicomiso el Concesionario deberá depositar el integro de la recaudación diaria por peaje (sin IGV).
- El Concedente instruirá al Fiduciario para que realice las siguientes acciones
 - Calcule y transfiera al REGULADOR el monto equivalente al pago por Supervisión de Obras, conforme a lo indicado en la Cláusula 9.11.
 - Con la finalidad de realizar la administración financiera de corto plazo de los recursos provenientes de los ingresos por Peajes, realice la inversión de dichos recursos en instrumentos financieros y/o depósitos de corto



plazo que tengan la misma calidad crediticia de los instrumentos invertidos por el Ministerio de Economía y Finanzas.

- o Con la finalidad de dotar al REGULADOR de fondos para el inicio del proceso de contratación del supervisor, transfiera hasta un máximo acumulado de Quinientos mil y 00/100 Dólares Americanos (US\$ 500 000.00). Para tal efecto, el CONCEDENTE, a requerimiento del REGULADOR, instruirá al fiduciario para que transfiera al REGULADOR los recursos solicitados.

76. Uno de los objetivos que se busca alcanzar con la entrega en concesión de la infraestructura de transporte de uso público, es un uso eficiente de los recursos, en tal sentido se confía en el Concesionario la adecuada administración y gestión de los recursos que garanticen el cumplimiento de los estándares de calidad exigidos en el Contrato de Concesión, siendo éste (el Concesionario) quien debe asumir los riesgos de la operación.
77. En tal sentido consideramos que se debe otorgar al Concesionario la libertad de administrar los recursos provenientes por peajes. Supeditar la liberación de recursos a autorizaciones del Regulador o del Concedente podría implicar una mayor percepción de riesgo por parte de las entidades financieras, toda vez que la recuperación del repago de la deuda debe tramitarse con la intervención del Concedente o del Regulador. De esta manera, el costo financiero podría ser mayor, a efectos que cubra los riesgos asociados a las aprobaciones de organismos del estado o la demora de éstos en cumplir las obligaciones. En tal sentido, no resulta conveniente una intervención de organismos del estado en el financiamiento de una Concesión Autosostenible. Adicionalmente, se puede identificar que la demora en la disponibilidad de los recursos, afectaría la gestión del Concesionario, poniéndose en riesgo la calidad de los servicios que debe prestar el Concesionario.
78. Se reitera que, si el objetivo de PROINVERSION es que se garantice un fondo para la ejecución de las obras de construcción, podría para tal fin constituirse el Fideicomiso, al cual se debería aportar un porcentaje de la recaudación por peajes, más no el 100%. Este porcentaje deberá ser determinado por PROINVERSIÓN en función a los flujos del proyecto y a los costos estimados.

V. CONCLUSIONES

1. Los comentarios realizados en las secciones precedentes por el OSITRAN a la Versión final del Contrato de Concesión complementan los comentarios vertidos en el Informe N° 024-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN y aprobados mediante el Acuerdo N° 1089-280-08-CD-OSITRAN; por tanto nos ratificamos en su contenido, comentarios y opiniones técnicas vertidas en el mismo, puesto que el presente informe evalúa, únicamente, las modificaciones no sustanciales⁵ al Contrato de Concesión.



⁵ Mediante Oficio N° 44/2008/RV4/PROINVERSIÓN, PROINVERSIÓN hace uso del término modificación no sustanciales, para referirse a las modificaciones introducidas a la Versión Final del Contrato de Concesión.



RECOMENDACIONES

Cometer el presente informe a aprobación del Consejo Directivo con la finalidad de que emita opinión respecto del "Proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión de los Caminos Viales: de la Red Vial N° 4".

Ententamente,



LINCOLN FLOR ROJAS
Gerente de Regulación



JUAN CARELOS POJO PUELLES
Gerente de Supervisión



HUMBERTO RAMÍREZ TRUCIOS
Gerente de Asesoría Legal



CHRISTY GARCÍA GODOS NAVEDA
Gerente Adjunto de Regulación

Rep. Sal. 2020