

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 010-2007-CD-OSITRAN

Lima, 24 de enero de 2007

VISTOS:

La Carta N° C.904.06, de fecha 14 de diciembre de 2006, emitida por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y el Informe N° 002-07-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 19 de enero de 2006, emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal; y presentado por la Gerencia General al Consejo Directivo en su Sesión del 24 de enero de 2007;

CONSIDERANDO:

Que, la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal han presentado al Consejo Directivo el Informe de vistos, que analiza la solicitud presentada por el Concesionario para interpretar la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S;

Que, en relación a la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el Concesionario ha solicitado se le confirme la interpretación de dicha cláusula en los siguientes términos:

- Que, la fecha de aplicación del peaje previsto en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, así como el reajuste anual del mismo, no se verá alterado cuando por causas imputables al Concedente, no sea posible culminar las obras correspondientes a la Primera Etapa por el incumplimiento total o parcial de su obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las obras de la Primera Etapa.
- Que, el competente para evaluar si los predios entregados por el Concedente, son suficientes para ejecutar totalmente las inversiones a cargo de la Sociedad Concesionaria es OSITRAN.
- Que, el acápite (iii) de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión no guarda relación con lo establecido en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo a la parte considerativa de la presente resolución;

Que, en consecuencia, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a

interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 24 de enero de 2007;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Interpretar la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, en los términos siguientes:

- 1° La fecha de aplicación del cobro del peaje a que se refiere el literal c) de la Cláusula 8.17, así como el método de ajuste respectivo, dependerá de que el Concesionario realice las obras correspondientes en el área de los predios que le fueron entregados por el Concedente y sobre los cuales no se compruebe imposibilidad de ejecución de obras.
- 2° El concedente ha delegado en OSITRAN la facultad de determinar si los predios faltantes son indispensables para el inicio de la ejecución de obras; ello, sin perjuicio de la entrega de los predios restantes por parte del Concedente, en el menor tiempo posible.
- 3° Para la fecha máxima de entrega de los predios de la Segunda Etapa, año 9, las obras de la Primera Etapa deberían haberse culminado, y en tal sentido la tarifa establecida en el literal c) de la cláusula 8.17, ajustada conforme lo precisa el literal d) de la misma, ya debería encontrarse vigente, salvo que haya ocurrido alguna postergación en las obras.

Artículo 2.- Notificar la presente resolución, el Informe N° 002-07-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 3.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JAVIER H. ILLESCAS
Presidente (e)

Reg. Sal N° PD-1066-07

PARA EL CONSEJO DIRECTIVO DEL 24.01.07

INFORME N° 002-07-GRE-GAL-OSITRAN

Para : Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Christy García Godos Naveda
Analista de Regulación

Asunto : Solicitud de Interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de
Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica
(Red Vial N° 6)

Fecha : 19 de enero de 2007



I. ANTECEDENTES

1. El 20 de septiembre de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, entre el Estado de la República del Perú, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU.
2. Mediante Carta N° C.904.06 de fecha 14 de diciembre de 2006, la Empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU, solicitó a OSITRAN la interpretación de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.

II. OBJETO

3. El objeto del presente Informe es analizar la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión presentada por la Empresa Concesionaria, a fin de que sea elevada al Consejo Directivo de OSITRAN para que proceda a emitir opinión, según las competencias que legalmente se le han atribuido.



09/17

III. MARCO LEGAL

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

"Artículo 7º

Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)"

5. Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión:

"Toma de Posesión de los Bienes

5.2.- El CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberán suscribir el Acta Final de Entrega de los Bienes dentro de los noventa (90) Días Calendario de la suscripción del presente Contrato, en la que se dejará constancia que la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha tomado posesión de las áreas de terreno disponibles comprendidas en el Área de la Concesión y en el Derecho de Vía establecidos para el Tramo Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica de la Carretera Panamericana Sur - R01S, así como de los Bienes Reversibles y del inventario vial que serán destinados a la ejecución del Contrato en lo que respecta a este tramo, especificando sus características, ubicación, estado de conservación, funcionamiento y rendimiento. Una copia del Acta deberá ser entregada al REGULADOR.

El CONCEDENTE podrá elaborar diversas Actas de Entrega Física de Bienes, según vaya entregando los mismos, que complementan y en conjunto constituyen el Acta Final de Entrega de Bienes.

La Toma de Posesión de los Bienes se da de manera individual respecto de cada uno de ellos, en la fecha en que son entregados, teniendo la SOCIEDAD CONCESIONARIA la facultad de solicitar al REGULADOR el aplazamiento del cumplimiento de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento se vea afectado directamente por la falta de entrega de cualesquiera de estos bienes.

Producida la entrega de los bienes restantes o levantado el impedimento real, dentro del plazo de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA procederá a la ejecución de las Obras faltantes, dentro del plazo señalado en el cronograma de ejecución de Obras presentado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

Los predios urbanos o rurales afectados, necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en el Sub-Tramo 2 correspondiente a las Actividades Preparatorias, deberán ser entregados dentro de los Ciento Ochenta Días (180) Días Calendario contados desde la fecha de suscripción del Contrato. El CONCEDENTE entregará el 100% de los predios en término de área total que constituye el Derecho de Vía necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro del Sub-Tramo 2 correspondiente a las Actividades Preparatorias.

Los predios urbanos o rurales afectados, necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de la Primera Etapa de Construcción, deberán ser entregados por el CONCEDENTE dentro de los Quinientos Cuarenta (540) Días Calendario contados desde la fecha de suscripción



297

del Contrato. El CONCEDENTE entregará como mínimo el 80% de los predios necesarios en términos del área total que constituye el Derecho de Vía, necesaria para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de cada uno de los Sub-Tramos de la Primera Etapa de Construcción. La SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a iniciar la Construcción de las Obras correspondientes a cada Sub-Tramo de la Primera Etapa, de conformidad con lo detallado en el Anexo II del Contrato, siempre que respecto de cada Sub.-Tramo de la Primera Etapa, hubiera recibido previamente del CONCEDENTE el ochenta por ciento (80%) de los predios en términos del área total que constituye el Derecho de Vía, necesarios para iniciar las Obras correspondientes a cualesquiera de los siguientes Sub-Tramos:

Sub-Tramo 3: Aquel comprendido entre los kms 1+600 al 20+301 (Cerro Calavera-Pampa Clarita).

Sub-Tramo 5: Aquel comprendido entre el Km. 53+386 al 94+500 (Intercambio Chíncha Alta – Empalme San Andrés).

El CONCEDENTE a través del REGULADOR podrá evaluar si aún no habiendo sido entregados la totalidad de los predios correspondientes a cada Sub-Tramo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA puede ejecutar las inversiones, regularizándose los derechos de vía en el menor plazo posible. En este caso, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá dar inicio a las Obras correspondientes a la Primera Etapa.

El plazo para la ejecución de las Obras de la Primera Etapa previstas en el Anexo II se comenzará a computar, desde el momento en que el CONCEDENTE efectivamente entregue a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el ochenta por ciento (80%) de los predios antes mencionados en términos del área total que constituye el Derecho de Vía. La entrega del veinte por ciento (20%) restante de los predios correspondientes a los Sub tramos de la Primera Etapa deberá producirse dentro de los ciento ochenta (180) Días Calendario siguientes a la entrega del ochenta por ciento (80%) inicial, tal y como se establece en el párrafo precedente. Si el 20% restante fuera, a criterio de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, indispensable para iniciar las Obras correspondientes a cada uno de los Sub-Tramos de la Primera Etapa, ésta podrá acogerse a lo previsto en la Cláusula 6.9. del Contrato.

Los predios necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en la Segunda Etapa de Construcción, deberán ser entregados por el CONCEDENTE a más tardar tres (03) años antes del año doce de la Concesión, salvo acuerdo distinto entre las Partes.

En caso que:

(i) no se produzca la entrega del ochenta por ciento (80%) de los predios necesarios en términos del área total que constituye el Derecho de Vía, necesaria para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en los Sub-Tramos de la Primera Etapa de Construcción dentro del plazo de quinientos cuarenta (540) Días Calendario de suscrito el Contrato o, (ii) no se produzca la entrega del veinte por ciento (20%) restante de los bienes necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en los Sub-Tramos de la Primera Etapa de Construcción dentro de los ciento ochenta (180) Días Calendario siguientes a la entrega del ochenta por ciento (80%) inicial o, (iii) no se produzca la entrega de los predios correspondientes a la Segunda Etapa dentro del plazo señalado anteriormente y cualesquiera de estos supuestos no permita con la debida sustentación a la SOCIEDAD CONCESIONARIA iniciar o continuar con las Obras y entregarlas para su aceptación a la comisión de recepción de Obras en el plazo máximo de ejecución previsto en el Anexo II del Contrato, la SOCIEDAD



CONCESIONARIA podrá comenzar a efectuar el cobro del Peaje hasta el importe de la Tarifa a que se refiere el apartado c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, a partir de la fecha originalmente prevista para la terminación de las Obras iniciales siempre que hubiera concluido la ejecución de las Obras correspondientes a los Sub-Tramos respecto de los que si recibió del CONCEDENTE la totalidad de los predios necesarios para ella o que la falta de entrega no sea un impedimento real para la culminación de las Obras. En este último caso, también será de aplicación lo establecido en los incisos c) y d) de la Cláusula 8.17 del Contrato, así como el otorgamiento de las garantías a que se refieren las Cláusulas 9.9 y 9.10 del Contrato.

Las Partes acuerdan que aún en el caso en que el CONCEDENTE haya cumplido con la entrega de los predios necesarios para iniciar las Obras de la Primera Etapa de conformidad con lo establecido en la presente cláusula, la SOCIEDAD CONCESIONARIA no se encontrará obligada a iniciar las mismas hasta el tercer Año de la Concesión, calculándose el plazo a que se refiere el Anexo II para el inicio de las Obras de la Primera Etapa a partir de esa fecha.

El retraso por falta de entrega de los bienes que impida ejecutar las Obras no implicará, una vez ejecutadas, que se prolongue el plazo de la Concesión."

6. Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión:

"8.17.- El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en los Estudios Técnicos que regulan las Tarifas que estará autorizada a cobrar la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la Explotación del Área de la Concesión, conforme lo siguiente:

(...)

c) La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa, está compuesta por un Peaje máximo de Un y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,50), al Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) siguiente, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, dentro de los cuales no se incluyen los aportes por regulación.

d) Los Peajes, a partir de la aprobación de la culminación de las obras de la Primera Etapa, podrán ser reajustados en forma ordinaria por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. El reajuste ordinario se podrá realizar cada doce (12) meses a partir de la puesta en vigencia de la Tarifa establecida en el Literal c) de la presente cláusula, y se llevará a cabo de acuerdo al siguiente método de ajuste de Tarifas:

$$\text{Peaje} = [(\text{US\$}1,50 * 50\%) \times \left(\frac{\text{CPI}_i}{\text{CPI}_0} \right) \times \text{TC}_i] + [(\text{US\$}1,50 * 50\%) \times \left(\frac{\text{IPC}_i}{\text{IPC}_0} \right) \times \text{TC}_0]$$

Peaje es el monto a cobrar en Nuevos Soles, sin incluir el Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, para vehículos livianos o por eje para vehículos pesados.

i es el mes anterior al que se realiza el ajuste tarifario.

0 es el mes de finalización de las obras de la Primera Etapa

CPI es el Índice de Precios al Consumidor (Consumer Price Index) de los Estados Unidos de América, publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales (The Bureau of Labour Statistics). Para el mes i de ajuste se utilizará el CPI publicado para el mes anterior. En caso de no haber sido publicado se utilizará el del mes precedente.

TC es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula primera del presente Contrato.

IPC es el Índice de Precios al Consumidor, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)



297

En la eventualidad de que se produzca una variación de más del 10% desde el último reajuste ordinario, el REGULADOR a solicitud de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, procederá a realizar un reajuste extraordinario en el cual el Peaje será fijado incorporando a la fórmula anterior, en el primer componente, el tipo de cambio del día en que se produzca el reajuste extraordinario.

Para determinar la Tarifa a cobrar, a los Peajes mencionados en esta cláusula deberá sumarse el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas (IGV) y otros aportes de ley, que no incluyen los aportes por regulación, y el resultado se deberá redondear a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente."

IV. SOLICITUD DEL CONCESIONARIO

7. La Empresa Concesionaria ha solicitado se le confirme la interpretación de la cláusula 5.2 en los siguientes términos:

6.1 Que, la fecha de aplicación del peaje previsto en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, así como el reajuste anual del mismo, no se verá alterado cuando por causas imputables al Concedente, no sea posible culminar las obras correspondientes a la Primera Etapa por el incumplimiento total o parcial de su obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las obras de la Primera Etapa.

6.2 Que, el competente para evaluar si los predios entregados por el Concedente, son suficientes para ejecutar totalmente las inversiones a cargo de la Sociedad Concesionaria es OSITRAN.

6.3 Que, el acápite (iii) de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión no guarda relación con lo establecido en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.

V. ANÁLISIS

8. Con el objeto de proceder al análisis de la solicitud de interpretación solicitada por la empresa concesionaria, en primer lugar, realizaremos un breve repaso de algunas de las obligaciones establecidas al Concesionario en el Contrato de Concesión, para posteriormente abordar la petición materia del presente Informe.

V.1 Obligaciones de la Sociedad Concesionaria

9. Conforme a lo establecido en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, COVIPERU se encuentra obligada a realizar las obras¹ referidas en el Anexo II de dicho contrato, conforme a los plazos y condiciones ahí previstas.

¹ Conforme a lo establecido en la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, se define por **Obras** al:

"...resultado de los trabajos de Construcción y Puesta a Punto que son ejecutados durante la vigencia de la Construcción.



10. La ejecución de dichas labores a cargo de COVIPERU se efectuará siguiendo el criterio por Etapas establecidas en el Anexo II del Contrato de Concesión².

V.2 Calendario y Plazos de Ejecución de la Obra

11. Conforme a lo establecido en la Cláusula 6.6 del Contrato de Concesión, COVIPERU se encuentra obligado a presentar a OSITRAN un calendario de ejecución de obras, el mismo que deberá ser presentado con una anticipación de 30 días hábiles al inicio de la construcción de cada etapa de las obras³.

V.3 Inicio de la Construcción

12. De acuerdo con lo prescrito por la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, las Obras a ser ejecutadas durante la Concesión serán realizadas conforme se precisa en el Anexo II:
- a. Actividades Preparatorias
 - b. Etapas Constructivas
 - Primera Etapa
 - Segunda Etapa
 - Tercera Etapa

Asimismo, involucra a los bienes a ser utilizados, construidos o explotados y/o mantenidos por la SOCIEDAD CONCESIONARIA para la operación y el mantenimiento de la concesión, bajo los términos del Contrato de Concesión.

Por otra parte, en la misma cláusula 1.5, se define por **Puesta a Punto** a:

“... las Obras y actividades necesarias a realizar en el Área de Concesión y en el Derecho de Vía de los demás Sub-Tramos para alcanzar los índices de servicialidad previstos en el Contrato.”

Finalmente, la misma Cláusula 1.5 del contrato define por **Sub – Tramo** a la:

“Parte (s) componente (s) de un tramo de la carretera.”

² *“... y según los diseños definitivos que presente la SOCIEDAD CONCESIONARIA o de acuerdo con el Estudio Definitivo de Ingeniería en caso que la Sociedad Concesionaria decida utilizar el expediente a su propia cuenta y riesgo como se estipula en la cláusula 6.2”*

(segundo párrafo de la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión)

³ Sobre el particular la Cláusula 6.6 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“6.6.- Con una anticipación de treinta (30) Días al inicio de la Construcción de cada Etapa de las Obras, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar al REGULADOR un Calendario de Ejecución de Obras que incluya todas las partidas relativas a la Construcción y Puesta Punto de las carreteras de la Etapa correspondiente del Tramo, con sus respectivas mediciones. El calendario de Ejecución de Obras deberá respetar los plazos de inicio y terminación de la Obra de la Etapa correspondiente, así como garantizar el tránsito ininterrumpido durante todo el periodo de ejecución.”



097

V.4 Sub-tramos del Tramo "Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica" de la Carretera Panamerica Sur – R01S

13. Conforme a lo establecido en el Apéndice 1 del Anexo I (*Procedimiento para la Conservación, la Explotación y el Control de la Gestión del Tramo Vial*) del Contrato de Concesión, los sub-tramos del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, son los siguientes:

- Sub Tramo 1 : desde el **Puente Pucusana** hasta el **Ingreso Cerro Azul**, que comprende una longitud de 72.700 km.
- Sub Tramo 2 : desde el **Ingreso Cerro Azul** hasta el **Cerro Calavera**, que comprende una longitud de 1.600 km.
- Sub Tramo 3 : desde el **Cerro Calavera** hasta **Pampa Clarita**, que comprende una longitud de 18.701 km.
- Sub Tramo 4 : desde **Pampa Clarita** hasta **Intercambio Chincha Alta**, que comprende una longitud de 33.085 km.
- Sub Tramo 5 : desde **Intercambio Chincha Alta** hasta **Empalme San Andrés**, que comprende una longitud de 41.114 km.
- Sub Tramo 6 : desde **Empalme San Andrés** hasta **Guadalupe**, que comprende una longitud de 54.495 km.

V.5 Anexo II del Contrato de Concesión

14. Dicho Anexo II, comprende la descripción de las obras para:
- (i) El mantenimiento del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul.
 - (ii) La construcción de la autopista y mantenimiento del tramo Cerro Azul – Ica.
15. La construcción de la autopista está prevista a realizarse en tres etapas posteriores a las actividades preparatorias⁴; para efectos del presente Informe, nos interesa destacar únicamente lo relativo a las obligaciones del concesionario en las actividades preparatorias y primera etapa de construcción:
- De acuerdo con lo establecido en el mencionado Anexo II, las **Actividades Preparatorias** se realizarán durante los dos primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, periodo en el cual COVIPERÚ se encuentra obligada a realizar obras de puesta a punto de la autopista existente, construcción de una calzada de la autopista, construcción del intercambio vial Cerro Azul y construcción de dos unidades de peaje⁵.

⁴ Conforme a lo establecido en la cláusula 1.5 del Contrato de Concesión las actividades preparatorias son: "... el conjunto de actividades que realizará la SOCIEDAD CONCESIONARIA conforme a lo establecido en el Punto 1 del Anexo II..."

⁵ El detalle de dichas actividades preparatorias se encuentra en el ítem 1 del Anexo II del Contrato de Concesión.

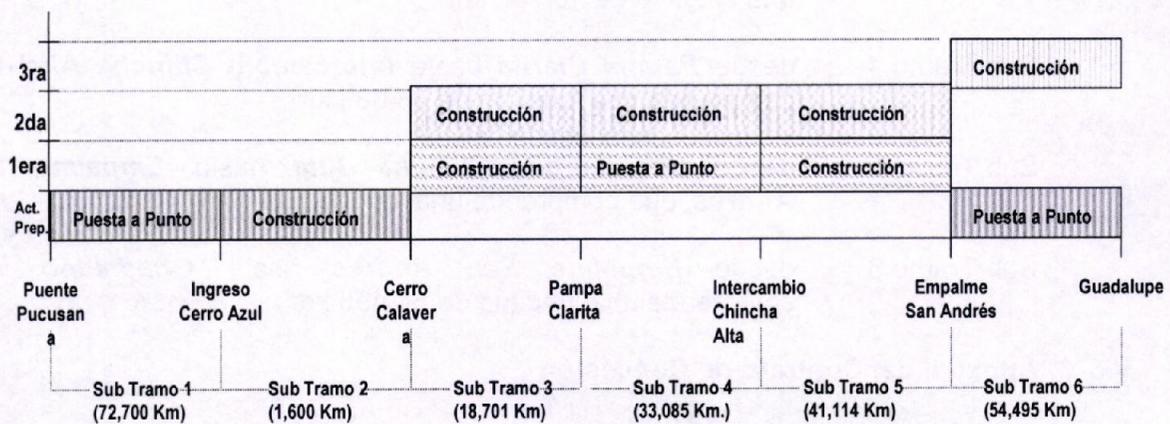


297

- Por otra parte, de acuerdo con lo prescrito en el Anexo II, con relación a la **Primera Etapa** de construcción, COVIPERU se encuentra obligada a ejecutarla dentro de los dos años posteriores a la entrega de los predios necesarios pero en ningún caso el inicio de dichas obras podrá efectuarse antes del inicio del tercer año de la concesión, conforme a lo señalado en la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.

16. Las obras que deberá realizar la Empresa Concesionaria en cada uno de los sub tramos, se presentan de forma general en el siguiente gráfico:

**Gráfico N° 1
Descripción General de las Obras
Red Vial N° 6**



17. Habiendo efectuado una breve descripción de algunas de las obligaciones establecidas al Concesionario en el Contrato de Concesión, a continuación realizaremos un análisis general de la Cláusula 5.2 del contrato, poniendo énfasis en los puntos materia de la interpretación, para posteriormente pasar a precisar la opinión de OSITRAN respecto a la interpretación propuesta por la Empresa Concesionaria

V.6 Evaluación General de la Cláusula 5.2

18. Como puede observarse en el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se han establecido obligaciones para cada una de las partes intervinientes en el contrato:

- (i) Por un lado, se han establecido obligaciones respecto del Concedente, en relación al plazo para la entrega de un porcentaje determinado del área total de los predios que constituye el derecho de vía.
- (ii) De otro lado, se ha establecido obligaciones con relación al Concesionario, para el inicio de las obras de la Primera Etapa (Sub tramos 3 y 5)

• **Obligación de entrega de predios a cargo del Concedente**



097

19. La cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, en lo que refiere a la construcción de la primera etapa, señala que el Concedente, dentro de los 540 días calendarios contados a partir de la fecha de suscripción del Contrato, deberá entregar como mínimo el 80% de los predios necesarios (en términos del área total que constituye el derecho de vía) para la construcción de las obras. Toda vez que la primera etapa implica construcción en los sub-tramos 3 y 5, debe entenderse que el porcentaje antes señalado está referido al total de predios involucrados en ambos sub tramos.

• **Obligación del Concesionario**

20. Por otra parte, la Empresa Concesionaria se encontrará obligada a iniciar la construcción de las obras en los mencionados sub-tramos, siempre que hubiere recibido del Concedente el 80% de los predios (en términos del área total que constituye el derecho de vía) involucrados en cada sub-tramo.
21. En lo que respecta a la obligación de la ejecución de obras por parte del Concesionario, en el sétimo párrafo de la cláusula materia de análisis, se ha establecido una delegación expresa del Concedente en favor de OSITRAN, a efectos que sea el Regulador quien determine si los predios faltantes son indispensables para el inicio de la ejecución de obras; ello, sin perjuicio de la entrega de los predios restantes por parte del Concedente, en el menor tiempo posible.
22. En efecto, las partes intervinientes en el Contrato han acordado que el Concedente delegue a favor del Regulador la facultad de terminar si los predios faltantes son indispensables para la ejecución de las Obras. En ese sentido, el pronunciamiento que eventualmente emita el Regulador con ocasión de dicha delegación constituirá un acto administrativo en tanto dicho pronunciamiento tiene efectos jurídicos sobre las obligaciones y derechos de las partes en el Contrato.
23. En lo que respecta al plazo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa (2 años), el octavo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece que el mismo se empezará a computar a partir de la fecha en que el Concedente cumpla con entregar a la Sociedad Concesionaria el 80% de los predios necesarios para la construcción de las obras en los sub tramos 3 y 5 (en términos del área total que constituye el derecho de vía). Es decir, si la Sociedad Concesionaria inicio las obras de construcción no obstante, habérsele entregado un porcentaje menor al 80% antes mencionado, el plazo para la culminación de las obras empezará a correr recién a partir del momento en que el Concesionario complete el 80% y no a partir de la fecha en que empezó la labor de construcción.
24. Por otra parte, a fin de poder tener un mejor entendimiento de los plazos que prevé el Contrato debe tenerse presente que según el penúltimo párrafo de la cláusula materia de comentario, la obligación del Concesionario para iniciar las obras de la Primera Etapa se inicia a partir del tercer año. Además, de acuerdo al Anexo II, el tiempo máximo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa es de dos años.
25. En el párrafo noveno de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se establece el plazo máximo para la entrega de los terrenos necesarios para la Segunda Etapa. Así, el Concedente se encuentra obligado a entregar estos terrenos a más tardar tres años antes del año doce de la concesión, es decir, a más tardar al



inicio del año nueve de la Concesión, salvo acuerdo distinto entre las partes. Debe tenerse presente que de acuerdo al Anexo II del Contrato de Concesión, el inicio de las obras de la Segunda Etapa no podrán iniciarse antes del año 17 de la Concesión.

26. Somos de la opinión que, de la lectura del décimo párrafo de la Cláusula 5.2, se infiere que la Empresa Concesionaria podrá empezar a realizar el cobro del peaje hasta por el monto de US\$ 1,50 conforme a lo señalado en el literal c) de la cláusula 8.17, a partir del inicio quinto año de la concesión, siempre que haya concluido las obras en los predios que le fueron entregados por el Concedente, incluso cuando estos predios representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía). Así el Contrato en esta sección busca, por un lado, no afectar los ingresos del Concesionario por incumplimientos del Concedente, pero a la vez tiene por objetivo garantizar que el Concesionario, si desea comenzar a aplicar el cobro del peaje hasta por el importe de la tarifa a que se refiere el apartado c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, realice las obras en aquellos sectores que efectivamente le fueron entregados por el Concesionario y no posponer el inicio de la construcción hasta el momento en que se le entregue el 80% del área de los Sub tramos 3 y 5, en caso los terrenos faltantes no representen un obstáculo para la ejecución de las obras. Cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el Concedente podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal.

V.7 Evaluación de la interpretación propuesta del Concesionario

27. En relación al primer punto de la solicitud de interpretación de la Empresa Concesionaria⁶, debemos señalar que en efecto, en caso el Concedente no cumpla con la entrega de los predios necesarios para la ejecución de las obras de la Primera Etapa en los plazos previstos, el Concesionario se encontrará facultado a cobrar las tarifa establecida en el literal c) de la cláusula 8.17 a partir del quinto año de la Concesión, sólo si ha realizado los trabajos correspondientes a las áreas que recibió y en que las actividades previstas no se verían afectadas por los terrenos no entregados.
28. En relación al segundo punto de la solicitud de interpretación⁷, somos de la opinión que en el sétimo párrafo de la cláusula materia de análisis, se ha establecido una delegación expresa del Concedente en favor de OSITRAN, a efectos que sea el Regulador quien determine si los predios faltantes son indispensables para el inicio de la ejecución de obras; ello, sin perjuicio de la entrega de los predios restantes por parte del Concedente, en el menor tiempo posible.

⁶ Ver ítem 6.1 del presente Informe.

⁷ Ver ítem 6.2 del presente Informe.



047

29. Finalmente, respecto del tercer punto de la solicitud de interpretación propuesta por el Concesionario⁸, debemos señalar que para la fecha máxima de entrega de los predios de la Segunda Etapa, año 9, las obras de la Primera Etapa deberían haberse culminado, y en tal sentido la tarifa establecida en el literal c) de la cláusula 8.17, ajustada conforme lo precisa el literal d) de la misma, ya debería encontrarse vigente, salvo que haya ocurrido alguna postergación en las obras.

VI. CONCLUSIÓN

En consecuencia, somos de la opinión que debe interpretarse el Contrato de Concesión en el sentido que:

- a) La fecha de aplicación del cobro del peaje a que se refiere el literal c) de la Cláusula 8.17, así como el método de ajuste respectivo dependerá de que el Concesionario realice las obras correspondientes en el área de los predios que le fueron entregados por el Concedente y sobre los cuales no se compruebe imposibilidad de ejecución de obras.
- b) El Concedente ha delegado en OSITRAN la facultad de determinar si los predios faltantes son indispensables para el inicio de la ejecución de obras; ello, sin perjuicio de la entrega de los predios restantes por parte del Concedente, en el menor tiempo posible.
- c) Para la fecha máxima de entrega de los predios de la Segunda Etapa, año 9, las obras de la Primera Etapa deberían haberse culminado, y en tal sentido la tarifa establecida en el literal c) de la cláusula 8.17, ajustada conforme lo precisa el literal d) de la misma, ya debería encontrarse vigente, salvo que haya ocurrido alguna postergación en las obras.

VII. RECOMENDACIÓN

En virtud de lo expuesto, recomendamos lo siguiente:

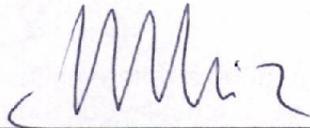
- (i) Elevar el presente Informe al Consejo Directivo para que, en ejercicio de sus facultades en materia de interpretación de Contratos de Concesión, se pronuncie sobre el sentido de las cláusulas analizadas en el presente informe, para tal efecto se adjunta al presente Informe el Proyecto de Resolución del Consejo Directivo correspondiente.

⁸ Ver ítem 6.3 del presente Informe.

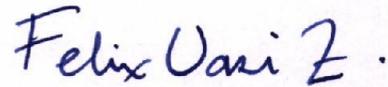


- (ii) Formular una recomendación al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el sentido que tome nota que el plazo para entrega del 80% de los predios a que se refiere la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, vence el 14 de marzo del presente año, y en tal sentido, proceda a realizar las gestiones pertinentes para que pueda cumplir con dicho compromiso dentro del plazo establecido, a efectos de evitar hechos que puedan enturbiar el normal desarrollo de la concesión.

Atentamente,



GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación



FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal



CHRISTY GARCÍA-GODOS NAVEDA
Analista de Regulación

CGG-AR/jb
REG-SAL-GRE-GAL-07-827
T.D. 13440

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº XX-2007-CD-OSITRAN

Lima, 24 de enero de 2007

VISTOS:

La Carta Nº C.904.06, de fecha 14 de diciembre de 2006, emitida por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y el Informe Nº 002-07-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 19 de enero de 2006, emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal han presentado al Consejo Directivo el Informe de vistos, que analiza la solicitud presentada por el Concesionario para interpretar la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S;

Que, en relación a la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el Concesionario ha solicitado se le confirme la interpretación de dicha cláusula en los siguientes términos:

- Que, la fecha de aplicación del peaje previsto en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, así como el reajuste anual del mismo, no se verá alterado cuando por causas imputables al Concedente, no sea posible culminar las obras correspondientes a la Primera Etapa por el incumplimiento total o parcial de su obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las obras de la Primera Etapa.
- Que, el competente para evaluar si los predios entregados por el Concedente, son suficientes para ejecutar totalmente las inversiones a cargo de la Sociedad Concesionaria es OSITRAN.
- Que, el acápite (iii) de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión no guarda relación con lo establecido en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo a la parte considerativa de la presente resolución;

Que, en consecuencia, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley Nº 26917 y el literal d) del artículo 53º del Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 24 de enero de 2007;

SE RESUELVE:



Artículo 1.- Interpretar la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, en los términos siguientes:

- 1° La fecha de aplicación del cobro del peaje a que se refiere el literal c) de la Cláusula 8.17, así como el método de ajuste respectivo, dependerá de que el Concesionario realice las obras correspondientes en el área de los predios que le fueron entregados por el Concedente y sobre los cuales no se compruebe imposibilidad de ejecución de obras.
- 2° El concedente ha delegado en OSITRAN la facultad de determinar si los predios faltantes son indispensables para el inicio de la ejecución de obras; ello, sin perjuicio de la entrega de los predios restantes por parte del Concedente, en el menor tiempo posible.
- 3° Para la fecha máxima de entrega de los predios de la Segunda Etapa, año 9, las obras de la Primera Etapa deberían haberse culminado, y en tal sentido la tarifa establecida en el literal c) de la cláusula 8.17, ajustada conforme lo precisa el literal d) de la misma, ya debería encontrarse vigente, salvo que haya ocurrido alguna postergación en las obras.

Artículo 2.- Notificar la presente resolución, el Informe N° 002-07-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 3.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JAVIER ILLESCAS MUCHA
Presidente (e)

