

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 012-2008-CD-OSITRAN

Lima, 27 de febrero de 2008

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión
Gerencia de Regulación
Gerencia de Asesoría Legal

ENTIDAD PRESTADORA : Concesionaria Vial del Perú S.A.

MATERIA : Recurso de Reconsideración contra la Resolución Nº 034-2007-CCD-OSITRAN, que aclaró la Resolución Nº 010-2007-CD-OSITRAN respecto a la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica

VISTOS:

El escrito impugnación de fecha 11 de julio de 2007, así como el escrito de fecha 26 de septiembre de 2007, presentados ambos por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, COVIPERU) y el Informe Nº 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 15 de febrero de 2008, emitido por las Gerencias de Regulación, de Supervisión y de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

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 (en adelante, Contrato de Concesión), entre el Estado de la República del Perú, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), y COVIPERU.
2. Mediante Carta Nº C.904.06 de fecha 14 de diciembre de 2006, COVIPERU, solicitó a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.

3. Sobre el particular, la empresa Concesionaria solicito que, en relación al décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, 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.

4. Como consecuencia de dicha solicitud, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-OSITRAN de fecha 24 de enero de 2007, se interpretó los alcances de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, 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 de 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.>>

[El subrayado es nuestro]

5. Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2007, denominado por el Concesionario en dicha oportunidad como recurso de reconsideración, COVIPERU solicitó lo siguiente:

<<En ese sentido, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el ajuste del Peaje antes mencionado, al inicio del quinto año de la concesión o a los 1,440 días, debe proceder en los siguientes supuestos:

- a) En el evento que el Concedente no haya entregado (en ningún momento) los terrenos;*
- b) En el evento que el Concedente a los 540 días haya entregado terrenos por menos del 80% de los predios y siempre que el Concesionario haya culminado la ejecución de las obras correspondientes al sub tramo; y*
- c) En el evento en que la entrega de los terrenos se efectúe de manera tardía o inoportuna por causa atribuible al Concedente, es decir, que se haya entregado después de los 540 días de iniciado el Contrato, independientemente de que se haya o no concluido la ejecución de las obras.*

- El supuesto contemplado en a), se encuentra expresamente previsto en el Contrato de Concesión.*
- El supuesto contemplado en b), se encuentra expresamente previsto en el Contrato de Concesión y ha sido objeto de la interpretación contenida en el Punto 1 del artículo 1 de la resolución recurrida.*
- El supuesto contemplado en c), en nuestra opinión se desprende de los alcances del Contrato de Concesión y requiere de una PRECISIÓN por parte de OSITRAN en virtud de su POTESTAD PARA EMITIR INTERPRETACIONES.>>*

[El subrayado y las mayúsculas son nuestras]

6. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2007-OSITRAN, notificado al administrado el 21 de junio de 2007, OSITRAN interpretó que lo solicitado por COVIPERU era un pedido de aclaración de la Resolución N° 010-2007-OSITRAN, que interpreta los alcances de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.
7. En la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN, se estableció lo siguiente:

<<Artículo 1.- ACLARAR los alcances de la INTERPRETACIÓN del décimo párrafo de 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:

De la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se concluye 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 del 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), independientemente de la fecha en que dichos predios hayan sido entregados.>>

8. Mediante escrito de fecha 11 de julio de 2007, recibido por OSITRAN el día 12 de julio, COVIPERU presentó recurso de reconsideración contra la Resolución N° 034-2007-OSITRAN. Al respecto, en su escrito de reconsideración, COVIPERU señaló que:

- Debe procederse a rectificar el alcance de la Resolución Recurrida en el extremo referido a que el Concedente podría entregar predios que representen menos del 80%, siendo que la interpretación que corresponde es que
 - a. El Concedente no puede entregar al Concesionario predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía; y,
 - b. El Concesionario no se encuentra obligado a recibir del Concedente predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía)
- Asimismo, solicitan se precise que el plazo con el que contaba el Concedente para entregar cuando menos el 80% de los predios, venció el 17 de mayo del 2007, encontrándose por tanto en situación de incumplimiento al no haber efectuado dicha entrega.

9. Mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2007, COVIPERU alcanzó un escrito complementario a su recurso de reconsideración, señalando entre otras cosas, que su interpretación de la mencionada cláusula se fundamenta en la existencia de un pronunciamiento previo efectuado por OSITRAN:

<<... mediante el Acuerdo N° 518-148-04-CD-OSITRAN de fecha 24 de agosto de 2004, se aprobó el Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN emitiendo Opinión Técnica respecto de la modificación al Contrato de Concesión de la RV [Red Vial 5], el cual señala:

(...) siendo obligación del Concesionario iniciar obras una vez que haya recibido al menos el 80% de éstos bienes de cada sección y no de toda la Concesión como indica el Contrato Original (...)

(...) Al postergarse el plazo para la entrega de las áreas de terreno de Derecho de Vía, es preciso que se modifique el derecho del Concesionario a cobrar la tarifa de peaje equivalente a US\$ 1,50 a partir de la supuesta fecha de terminación de las obras de la primera etapa (8.17C.) (...)

En ese sentido, siguiendo la lógica del informe antes citado, el Consejo Directivo se pronunció respecto a la RV5, señalando que (i) la entrega de predio debe de ser de por lo menos del 80% de éstos; y, (ii) que en caso no entregarse los predios, el Concesionario mantienen el derecho de cobrar la tarifa prevista (US\$1,50).

Teniendo en consideración el Principio de Transparencia que debe regir la actuación de OSITRAN... y en consideración al precedente referido a la RV5, COVIPERU esperaba que se cumpliera con la predictibilidad, pues ante cláusulas con idéntica finalidad (RV5 y RV6), el Consejo Directivo debió de emitir la misma interpretación.

(...)>>

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

10. En su escrito de Reconsideración de fecha 12 de julio de 2007, la Empresa Concesionaria señala que la interpretación que realizará OSITRAN sobre los alcances de la cláusula 5.2, del Contrato de Concesión es contraria al real alcance de la cláusula y lesiona directamente los intereses de la empresa Concesionaria, generando perjuicios al Concesionario al convertir en inviable el financiamiento.
11. Así la empresa Concesionaria, señala que la interpretación de OSITRAN permitiría la ocurrencia de los siguientes supuestos:
 - a) El Concedente entregue dentro de los 540 días de Contrato menos del 80% del total de los predios.
 - b) Obligación del Concesionario de recibir dentro de los primeros 540 días del Contrato menos del 80% del total de los predios.
 - c) Posibilidad de que el Concedente entregue después de los 540 días predios que representen el 80% o menos del total de predios y la obligación del Concesionario de recibirlos
 - d) Obligación del Concesionario para cobrar el peaje de US\$ 1,50 de haber culminado la totalidad de las obras respecto de los predios

recibidos, aún cuando estos hayan sido entregados después de los 720 días de suscrito el Contrato de Concesión.

12. De acuerdo a la interpretación de la Empresa Concesionaria, la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, prevé el derecho del Concesionario, para cobrar el peaje ajustado de US\$ 1,50 a partir de la fecha originalmente prevista para la terminación de las obras iniciales, es decir a partir del 20 de septiembre de 2009.
13. Asimismo, de acuerdo al Concesionario, la voluntad de las partes al suscribir el Contrato de Concesión era que ***“en ningún momento el Estado entregase menos del 80% de los predios al Concesionario, y por tanto que éste no se encuentra obligado en ningún momento, a recibir menos del 80% de los predios.”***
14. Sobre la base de los argumentos antes expuestos, el Concesionario ha señalado que pese a no estar de acuerdo con los alcances de la interpretación contenida en la Resolución N° 010-2007-OSITRAN, respecto de la oportunidad en la que el Concesionario se encuentra facultado para cobrar la tarifa de peaje de US\$ 1,50, el Consejo Directivo de OSITRAN debe rectificar el alcance de la resolución recurrida en el extremo referido a que el Concedente podría entregar predios que representen menos del 80%, en donde la interpretación que corresponde conforme al Contrato de Concesión, según lo manifestado por el Concesionario, es que, (i) el Concedente no puede entregar al Concesionario, predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el Derecho de Vía), y (ii) el Concesionario no se encuentra obligado a recibir del Concedente, predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el Derecho de Vía).
15. Finalmente, en su escrito complementario de fecha 26 de septiembre de 2007, COVIPERU ha señalado, entre otras cosas, lo siguiente:

“... mediante el Acuerdo N° 518-148-04-CD-OSITRAN de fecha 24 de agosto de 2004, se aprobó el Informe N° 008-04-GREGAL-OSITRAN emitiendo Opinión Técnica respecto de la modificación al Contrato de Concesión de la RV [Red Vial 5], el cual señala:

(...) siendo obligación del Concesionario iniciar obras una vez que haya recibido al menos el 80% de éstos bienes de cada sección y no de toda la Concesión como indica el Contrato Original (...)

(...) Al postergarse el plazo para la entrega de las áreas de terreno de Derecho de Vía, es preciso que se modifique el derecho del Concesionario a cobrar la tarifa de peaje

equivalente a US\$ 1,50 a partir de la supuesta fecha de terminación de las obras de la primera etapa (8.17C.) (...)

En ese sentido, siguiendo la lógica del informe antes citado, el Consejo Directivo se pronunció respecto a la RV5, señalando que (i) la entrega de predio debe de ser de por lo menos del 80% de éstos; y, (ii) que en caso no entregarse los predios, el Concesionario mantienen el derecho de cobrar la tarifa prevista (US\$1,50).

Teniendo en consideración el Principio de Transparencia que debe regir la actuación de OSITRAN... y en consideración al precedente referido a la RV5, COVIPERU esperaba que se cumpliera con la predictibilidad, pues ante cláusulas con idéntica finalidad (RV5 y RV6), el Consejo Directivo debió de emitir la misma interpretación.

(...)

[El Consejo Directivo]... en lugar de interpretar, indirectamente deja sin efectos disposiciones contractuales, tales como la obligación de entregar como mínimo el 80% de los predios, posibilitando que el Concedente entregue una cantidad menor, incluso en el momento en que éste lo considere, en contra del derecho que ampara al Concesionario de cobrar determinada tarifa.

... de acuerdo al señalado en la Cláusula 5.2, los siguientes constituyen supuestos de incumplimiento del Concedente:

- *El Concedente no entrega el 80% de los predios dentro de los 540 días previstos*

(...)

- *No entrega el 20% restante en los 180 días posteriores*

(...)

- *Concedente entrega el 80% de los predios a los 700 días (es decir, vencido el plazo de 540 días)*

(...)

- *Concedente ofrece entregar menos del 80% de los predios al día 540*

(...)

Como hemos señalado, existen una serie de posibilidades de incumplimiento por parte del Concedente, las cuales, de acuerdo a la interpretación del Consejo Directivo ..., carecerían de cualquier desincentivo para su comisión, toda vez que el Concedente se encontraría ante la facultad de entregar cualquier porcentaje de predios y estos en cualquier, lo que únicamente traería como consecuencia para el Concesionario el desmedro de su derecho de cobrar la tarifa de US 1,50.

En ese sentido, debido a las interpretaciones que el Consejo Directivo ha venido sosteniendo, nos encontramos ante una situación en la cual:

- *No se han precisado las consecuencias del incumplimiento del Concedente en la entrega de predios.*
- *La posición de OSITRAN implicaría, en la práctica, que el concedente quede liberado de sus obligaciones de (i) un porcentaje mínimo de predios a entregar; y (ii) los plazos para entrega de predios.*
- *La posición de OSITRAN no supone determinar el sentido de las cláusulas para que sea posible su aplicación. Al contrario, las hace inaplicables.*
- *No se supone “interpretar”, supone cambiar las reglas del Contrato bajo cuales el Concesionario hizo su oferta. ”*

III.- ANALISIS

16. De acuerdo al Recurso de Reconsideración de la Empresa Concesionaria, el extremo recurrido de la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN es únicamente el referido a la posibilidad del Concedente de entregar al Concesionario menos del 80% del total de los predios necesarios para la ejecución de las obras de construcción y, consecuentemente, determinar si el Concesionario tiene la facultad u obligación de recibir predios que representen menos del 80% en términos del área total que constituye el derecho de vía de cada sub-tramo involucrado.
17. No obstante ello, con el objeto de proceder al análisis de la solicitud de reconsideración solicitada por la empresa Concesionaria, realizaremos, en primer término, un breve recuento de algunas de las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión, para posteriormente abordar el análisis integral de la Cláusula 5.2.

III.1 Obligaciones de la Sociedad Concesionaria

18. 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.
19. 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.

III.2 Calendario y Plazos de Ejecución de la Obra

20. Conforme a lo establecido en la Cláusula 6.6 del Contrato de Concesión, COVIPERU se encuentra en la obligación de 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.

III.3 Inicio de la Construcción

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.
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 a 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.”

21. 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

III.4 Sub-tramos del Tramo “Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica” de la Carretera Panamerica Sur – R01S

22. 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.

III.5 Anexo II del Contrato de Concesión

23. Dicho Anexo II, comprende la descripción de las obras para:

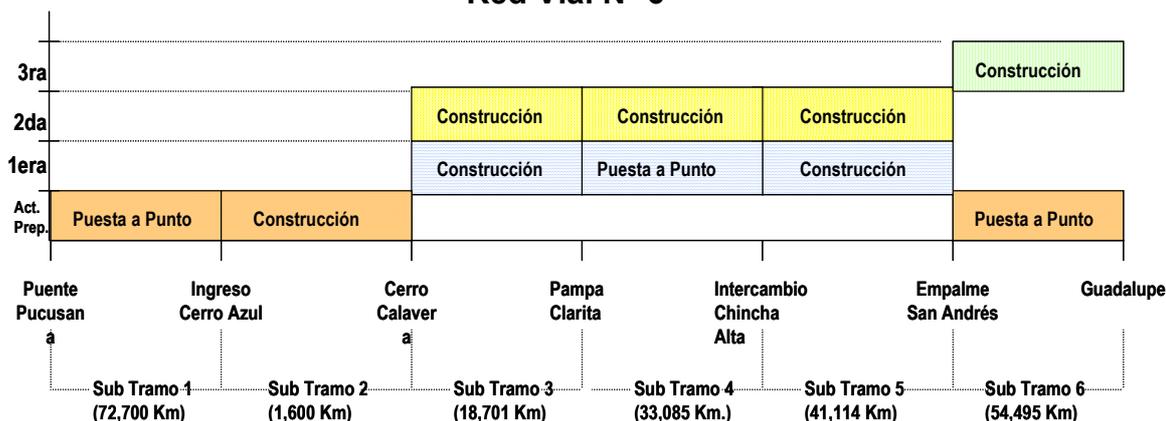
- (i) El mantenimiento del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul.
- (ii) La construcción de la autopista y mantenimiento del tramo Cerro Azul – Ica.

24. La construcción de la autopista está prevista a realizarse en tres etapas posteriores a las actividades preparatorias⁴; para efectos de la presente Resolución, 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, período 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.
- 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.

25. 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



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.

26. 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 reconsideración, para posteriormente analizar otros aspectos mencionados por el Concesionario tanto en su recurso impugnativo, como en su escrito complementario.

III.6 Análisis de la Cláusula 5.2

Respecto de la entrega de los bienes de la concesión:

<<Toma de Posesión de los Bienes

- [1] *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.*
- [2] *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.*
- [3] *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.*

[El subrayado es nuestro]

27. Los tres primeros párrafos de la Cláusula 5.2, establecen los supuestos para la entrega de bienes, que incluye los terrenos predios y demás inmuebles:

- En el primer párrafo se establece como REGLA que TODOS los BIENES deben ser entregados dentro de los 90 días calendario de suscrito el contrato de Concesión, para lo cual corresponderá la suscripción del Acta Final de Entrega de Bienes.
 - En ese sentido, como EXCEPCIÓN, plantea que el Concedente tendrá la FACULTAD de realizar entregas parciales mediante la suscripción de diversas actas de entrega física de bienes.
 - En virtud de dicha entrega parcial de bienes establecida en el segundo párrafo, el tercer párrafo prevé la FACULTAD de la Concesionaria de solicitar al Regulador el aplazamiento del cumplimiento de obligaciones afectadas por las entregas parciales.
28. En consecuencia, como puede observarse, la entrega de bienes podrá ser efectuada en diversos momentos, conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de estos, dado que es obligación de éste (conforme a lo establecido en la Cláusula 5.1) entregar los bienes libres de cargas y gravámenes, libre de personas u otros ocupantes, así como cualquier otro tipo de afectación.
29. En efecto, el primer párrafo de la Cláusula 5.2 establece la constitución de un Acta de Entrega Final de Bienes, en la cual se hace constar la toma de posesión por parte del Concesionario de **“...las áreas de terreno disponibles comprendidas en el Área de la Concesión y en el Derecho de Vía...”**. [El subrayado es nuestro]
30. No obstante ello, podría argumentarse que la definición contenida en la Cláusula 1.5, sobre el Acta Final de Entrega de Bienes, señala lo siguiente:
- “Acta Final de Entrega de los Bienes
Es el documento suscrito por el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA, mediante el cual se deja constancia que la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha tomado posesión de los Bienes Reversibles, muebles e inmuebles, que serán destinados a la ejecución del Contrato y del estado en el cual éstos se encuentran.”*
- [El subrayado es nuestro]
31. Teniendo en consideración que las diferentes cláusulas integrantes del Contrato de Concesión deben ser interpretadas de manera sistemática, consideramos que el concepto de **“acta final de entrega de bienes”** tiene por objeto abarcar todas las entregas de bienes que se realicen al Concesionario con miras al cumplimiento de sus obligaciones

contractuales. En concordancia con ello, observamos que el segundo párrafo de la Cláusula 5.2 señala que **“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.”**[El subrayado es nuestro].

32. Por tanto, en virtud de lo expuesto, podemos concluir que:
- (i) El Contrato de Concesión establece expresamente que el Acta Final de Entrega de Bienes es un acta que será actualizada conforme el Concedente se encuentre en capacidad de entregar los bienes necesarios para la ejecución de las obras por parte del Concesionario.
 - (ii) Es posible que la entrega de terrenos la realice el concedente en diversos momentos, conforme vaya obteniendo la disponibilidad de estos, lo que implica la obligación del Concesionario de recibir dichos predios.
33. En virtud de lo dicho anteriormente, somos de la opinión que el Contrato de Concesión contempla **EXPRESAMENTE** la posibilidad de que el Concedente pueda realizar entregas parciales de bienes (y por tanto de terrenos o predios), razón por la cual el Concesionario se encuentra **OBLIGADO** a recibir dicha entrega parcial de bienes dado que, concordante con ello, no se ha establecido en el Contrato de Concesión un porcentaje mínimo (de predios) para que dichas entregas sean RECIBIDAS por el Concesionario.

Respecto de la obligación de ejecutar obras, previsto en el numeral 4 de la Cláusula 5.2:

[4] <<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.>>

34. Como era lógico, el cuarto párrafo establece que una vez realizada la entrega de los bienes, la Concesionaria procederá a la EJECUCIÓN de las OBRAS. Al respecto, nótese que cuarto párrafo hace referencia a la ejecución de las **“obras FALTANTES”**, lo que implica que el Contrato de Concesión ha previsto que la falta de entrega parcial de bienes no impedirá el inicio de las obras por parte del Concesionario, como veremos a continuación.

Respecto de la obligación de entrega de predios a cargo del Concedente para el inicio de las Obras, previsto en los numerales 5, 6 y 7 de la Cláusula 5.2:

- [5] <<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.
- [6] 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 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 Chincha Alta – Empalme San Andrés).
- [7] 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.>>

35. El quinto y sexto párrafos establecen las condiciones para el inicio obligatorio de las obras, en el Sub-Tramo 2 de las Actividades Preparatorias (quinto párrafo) como en la Primera Etapa de Construcción (sexto párrafo).
36. 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) De un lado, se han establecido obligaciones con relación al CONCESIONARIO, para el inicio de las obras de la Primera Etapa (Sub tramos 3 y 5).
 - (ii) Como consecuencia de ello, de otro 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 de cada sub-tramo.
37. En ese sentido, consideramos que la Cláusula 5.2 establece obligaciones recíprocas, es decir, el Concesionario no se encontrará obligado a iniciar las obras en los sub-tramos 3 y 5 hasta que el Concedente no le entregue el porcentaje mínimo de predios establecidos (80% de los predios de cada sub-tramo), lo que no implica que el Concedente no tenga la facultad de entregar porcentajes menores.
 - En lo que se refiere a la construcción de la primera etapa, señala el sexto párrafo 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 que se INICIEN los trabajos en cada uno de los sub-tramos de la Carretera. Toda vez que la primera etapa implica construcción en los sub-tramos 3 y 5, debe entenderse que el porcentaje antes señalado está referido a los predios de cada uno de los tramos involucrados (3 y 5). Esta obligación de entrega, de como mínimo el 80% de los predios de cada sub-tramo, activa la obligación del Concesionario de iniciar las obras correspondientes a cada sub-tramo.
 - Como lo hemos señalado, la obligación del Concedente respecto a la entrega del 80% de los predios de cada sub tramo de la 1ra Etapa, en el plazo previsto, es aplicable para activar la obligación del Concesionario de iniciar las obras, lo que no implica o limita la

posibilidad que el Concedente realice entregas parciales (por porcentajes menores del 80%). Al respecto, cabe precisar que conforme a lo establecido en el séptimo párrafo de la cláusula 5.2, en caso el Concedente entregue menos del 80% de los predios de cada sub Tramo, corresponderá al Regulator evaluar si la Sociedad Concesionaria puede ejecutar las inversiones sobre los terrenos ya entregados⁶. En ese sentido, en caso el Regulator determine que, es viable para el Concesionario dar inicio a las obras, debido a que éste ha recibido los predios indispensables para ello, la Sociedad Concesionaria **DEBERÁ** iniciarlas.

38. De esta manera queda claro que, en lo que respecta a la obligación de la ejecución de obras por parte del Concesionario, en el séptimo párrafo de la cláusula materia de análisis, se ha establecido una delegación expresa del Concedente en favor de OSITRAN, a efectos que sea el Regulator 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.
39. En efecto, encontramos que el séptimo párrafo de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece LITERALMENTE que, *“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 (...) en este caso la SOCIEDAD CONCESIONARIA **deberá dar inicio a las Obras** (...)**”*
40. Como puede observarse, el párrafo citado contempla EXPRESAMENTE la posibilidad que los predios sean entregados de manera parcial por parte del Concedente, y en dicho supuesto, se está facultando al Regulator para que determine el inicio de las obras⁷; en ese sentido, observamos que en el Contrato existen dos supuestos para el inicio de las obras: i) en caso se haya entregado el 80% de los predios necesarios de cada sub tramo; y, ii) en caso se hayan entregado menos del 80% de los predios antes citados y el Regulator determine que es posible iniciar la ejecución de las obras.
41. En virtud de lo dicho anteriormente, somos de la opinión que el Contrato de Concesión contempla EXPRESAMENTE la posibilidad de que el Concedente pueda realizar entregas parciales de bienes (y por tanto de terrenos o predios), razón por la cual el Concesionario se encuentra OBLIGADO a recibir dicha entrega parcial de bienes dado que, concordante con ello, no se ha establecido en el Contrato de Concesión

⁶ Ver Ítem 2 del Artículo 1º de la Resolución N° 010-2007-CD-OSITRAN del 24 de enero de 2007.

un porcentaje mínimo (de predios) para que dichas entregas sean RECIBIDAS por el Concesionario.

Respecto del calendario de ejecución de obras

42. Conforme al sexto párrafo de la Cláusula 5.2, la Empresa Concesionaria se encuentra obligada a iniciar la construcción de las obras en los sub-tramos 3 y 5, 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. Asimismo, se encontrará obligado a iniciar las obras correspondientes a la primera etapa en caso el Regulador determine que el Concesionario ha recibido los predios indispensables para ello, conforme a lo establecido en el séptimo párrafo de la cláusula 5.2
43. Además, de acuerdo a la Cláusula 6.6, para el inicio de las obras por parte del Concesionario, éste deberá presentar al Regulador un calendario de ejecución de obras, con una anticipación de treinta (30) días al inicio de la construcción.
44. Al respecto, es pertinente señalar que el Calendario de Ejecución de Obras debe incluir todas las partidas relativas a la construcción de la carretera en la etapa correspondiente del tramo con sus respectivas mediciones.
45. La obligación de presentación de éste calendario nace a partir de la entrega, por parte del Concedente, de por lo menos el 80% de los predios de cada sub-tramo (Cláusula 5.2); así mismo, dicha obligación también nace cuando el Regulador establezca que los predios entregados por el Concedente (en porcentaje menor al 80% de cada sub-tramo) son los, indispensables para el inicio de las obras (séptimo párrafo de la Cláusula 5.2). Al respecto, debemos precisar que los supuestos antes mencionados no impiden que el Concesionario presente un calendario a partir de una entrega parcial (es decir, inferior al porcentaje antes señalado), en el cual asuma fechas posibles de cumplimiento de la entrega por parte del Concedente; en ese sentido, corresponderá al Regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, para efectos de la aplicación del incremento tarifario de acuerdo a los supuestos establecidos en el antepenúltimo párrafo de la Cláusula 5.2. del Contrato de Concesión.
46. En conclusión, con relación a las condiciones para el inicio de trabajos de la Primera Etapa, se establece como Regla General la entrega de los predios necesarios en 540 días calendario, debiendo entregar el Concedente como mínimo el 80% de los predios, estableciéndose en el séptimo párrafo la excepción, al darse a OSITRAN la facultad de evaluar

la pertinencia de las entregas menores al 100% de la totalidad de predios de cada sub-tramo de la primera etapa⁸. El Concesionario estará obligado a iniciar las obras sobre el porcentaje que determine OSITRAN.

Respecto del cómputo del plazo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa, previsto en el numeral 8 de la Cláusula 5.2:

[8] <<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.>>

47. Una vez iniciadas las obras de la Primera Etapa, el Concesionario contará con un plazo de dos años para concluir las. Al respecto, cabe señalar que 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. Es decir, si la Sociedad Concesionaria inició las obras de construcción, no obstante habersele 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 Concedente complete el 80%, y no a partir de la fecha en que empezó la labor de construcción.
 48. Como puede observarse la Regla que establece este octavo párrafo es que el cómputo del plazo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa se computará desde que el Concesionario reciba el 80% de los predios necesarios; debiéndose entregar el 20% restante dentro de los 180 días de entregados el 80% de predios antes señalados. Finalmente, dicho párrafo precisa, además, que si el Concesionario considera que el 20% restante es indispensable, podrá solicitar la ampliación del plazo.
-

Respecto de las condiciones necesarias para que el Concesionario proceda al cobro del peaje hasta el importe de la Tarifa a que se refiere el apartado c) de la Cláusula 8.17

[10] <<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.>>

49. 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), independientemente del momento de su entrega.

50. De esta manera, el Contrato en esta parte busca, por un lado, no afectar los ingresos del Concesionario por incumplimientos del Concedente, pero a la vez tiene por objetivo incentivar 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 Concedente 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.
51. En virtud de ello, consideramos que el adoptar la interpretación esbozada por el Concesionario atenta contra el interés de los Usuarios, dado que se pretendería 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 quinto año pero **SIN HABER CONCLUIDO** las obras correspondientes o, incluso, sin haberlas iniciado. Ello, no resulta consistente con el principio de que las tarifas constituyen el pago por un servicio efectivamente prestado y/o por la puesta a disposición de los usuarios una determinada infraestructura.
52. En tal sentido, no escapa al criterio de este colegiado que la interpretación propuesta por el Concesionario no refleja una racionalidad económica clara para una de las partes (el Estado), ni tampoco una reciprocidad en las obligaciones asumidas por las partes, en tanto el Concesionario estaría cobrando la contraprestación por una obra que no ha realizado, consideraciones que no pueden dejarse de lado al momento de determinar el espíritu, sentido y alcances de las estipulaciones acordadas por las partes.
53. En consecuencia, en este extremo, corresponde reiterar la conclusión arribada en la Resolución impugnada en cuyo artículo 1 se estableció que:

“De la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se concluye 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 del 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), independientemente de la fecha en que dichos predios hayan sido entregados.”

Respecto de la solicitud de análisis del cumplimiento de la entrega de predios

54. Con relación al pedido de pronunciamiento, solicitado por el Concesionario, para que OSITRAN **determine** el nivel de cumplimiento de la entrega de los Predios por parte del Concedente, debemos señalar que dicha solicitud escapa a los alcances del presente procedimiento de interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, razón por la cual no corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular en el acto que resuelva el recurso impugnativo; ello, sin perjuicio de la conveniencia de REITERAR la RECOMENDACIÓN al MTC en el sentido que cumpla con entregar a la brevedad posible el 80% de los predios a que se refiere el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, a efectos de evitar hechos que puedan enturbiar el normal desarrollo de la concesión.

Respecto al supuesto precedente

55. En su escrito complementario de fecha 26 de setiembre de 2007 COVIPERU ha señalado que existiría un caso precedente, vinculado a la red vial 5, en donde OSITRAN ya habría adoptado una interpretación similar a la que pretende aplicar el indicado Concesionario, efectuado mediante la aprobación del Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN, que se adoptó mediante Acuerdo N° 518-148-04-CD-OSITRAN.
56. Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:
- (i) El Acuerdo mencionado, en efecto, aprobó el Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN, relativo a la solicitud de Addenda **convenida entre el MTC y NORVIAL** para la modificación del Contrato de Concesión del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca, Red Vial 5.
 - (ii) El Informe citado en su página 10, señala lo siguiente:

“El MTC y Norvial HAN CONVENIDO lo siguiente:

<Toma de Posesión:

5.2.- (...)

(...) LA SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a iniciar la construcción de las obras correspondientes a cada sección de la primera etapa, de conformidad con lo detallado en la cláusula 6.1, siempre que hubiera recibido previamente de EL CONCEDENTE el 80% de las áreas del Derecho de Vía, necesarias para iniciar las obras correspondientes a cualquiera de las secciones ...

(...)

El plazo para la ejecución de las obras previsto en las cláusulas 6.7 y 6.9, se comenzará a computar, respecto de cada una de las secciones detalladas anteriormente, desde el momento que EL CONCEDENTE efectivamente entregue a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA el 80% de las áreas del Derecho de Vía correspondiente. (...)

(...)>

OSITRAN considera razonable la REDACCIÓN CONCORDADA entre el MTC y Norvial.

En efecto la propuesta del MTC busca, en primer lugar, postergar la entrega por parte del Concedente al Concesionario de los bienes de la primera etapa hasta el segundo año de la Concesión (el plazo original fue de 180 días Calendario), además divide las áreas del Derecho de Vía en tres secciones, siendo obligación del Concesionario iniciar obras una vez haya recibido al menos el 80% de los bienes de cada sección y no de toda la Concesión como indica el Contrato Original. Esta modificación resulta positiva para la Concesión en la medida que posibilita el inicio de la ejecución por secciones, no siendo necesario que el Concesionaria reciba el 80% del total de las áreas del derecho de vía para iniciar las obras de construcción.

(...)

Al postergarse el plazo para la entrega de las áreas de terreno de Derecho de Vía, es preciso que se modifique el derecho del Concesionario a cobrar la tarifa de peaje equivalente a US\$ 1,50 a partir de la supuesta fecha de terminación de las obras de la primera etapa (8.17C.) ya que ésta fecha también estaría cambiando. (...)

[El subrayado y mayúscula son nuestros]

- (iii) Como puede observarse OSITRAN sólo se limitó a manifestar su conformidad con una MODIFICACIÓN del Contrato de Concesión previamente ACORDADA entre el Concedente y el Concesionario, es decir, el Regulador no estableció interpretación sobre los alcances de cláusula alguna del mencionado contrato, razón por la cual, contrariamente a lo manifestado por COVIPERU, no nos encontramos ante precedente alguno.

Con relación al supuesto daño que se generaría al Concesionario

57. En su escrito de Reconsideración de fecha 12 de julio de 2007, la Empresa Concesionaria señala que la interpretación que ha efectuado

OSITRAN sobre los alcances de la Cláusula 5.2, del Contrato de Concesión es contraria al real alcance de la Cláusula, lesionando directamente sus intereses y generándole perjuicios al convertir en inviable el financiamiento.

58. Al respecto, COVIPERU ha señalado que:

“... el riesgo de incumplimiento del Estado en la entrega oportuna de terrenos en los plazos previstos, no puede ser trasladado al Concesionario, pues ello, haría que el financiamiento de la concesión sea inviable o que sus costos se eleven de manera innecesaria. ... el incumplimiento parcial o tardío del Estado en los plazos de entrega de los predios, no puede, de manera alguna, perjudicar los derechos e intereses de la sociedad concesionaria.”

59. Sobre el particular, debemos recordar que en los considerandos de la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN impugnada, OSITRAN ha señalado lo siguiente:

“Que, en ese sentido, teniendo en consideración que conforme al Artículo 3° de la Ley 26917, es misión de OSITRAN cautelar en forma IMPARCIAL y OBJETIVA los INTERESES del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;”

60. En ese sentido, no es función del Regulador el resarcir al Concesionario, vía aumentos en el peaje, ante el supuesto daño que un eventual incumplimiento del Concedente le genere al Concesionario (que, por lo demás, no resulta aparente para este regulador, como se verá más adelante); ello, sin perjuicio que COVIPERU, de estimarlo pertinente, acredite dicho incumplimiento, y solicite su resarcimiento, en la vía correspondiente.

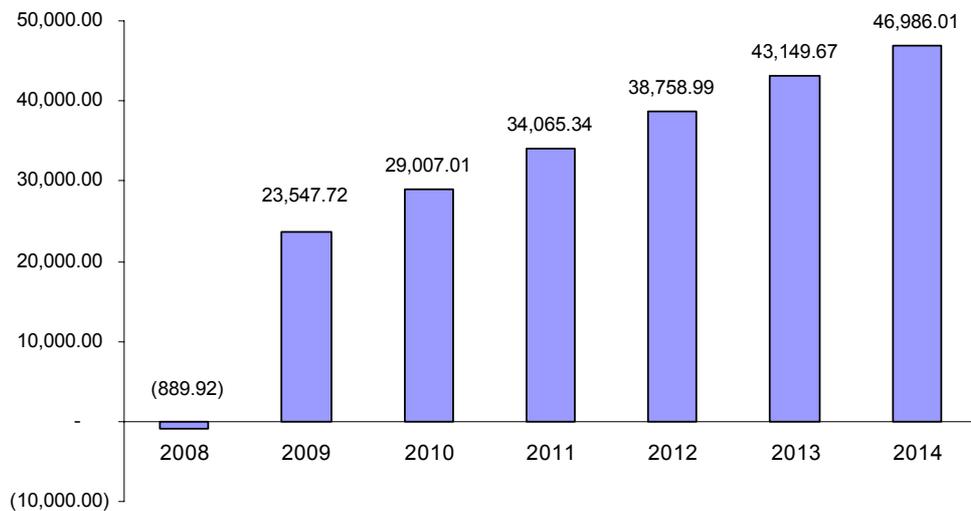
61. Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, consideramos conveniente evaluar el efecto financiero que la postergación de las obras podría tener sobre el proyecto.

62. Para tales efectos, se ha elaborado a partir de la información disponible⁹, un flujo de caja del concesionario y se han simulado diversos escenarios, en los que se puede evaluar el efecto que la postergación de las obras de construcción de la primera etapa y que dependen de la entrega de terrenos por parte del Concedente, pueden tener sobre el valor del proyecto.

⁹ OSITRAN ha solicitado en reiteradas oportunidades a PROINVERSIÓN el Modelo Matemático Financiero del Contrato de Concesión, sin embargo aún no ha sido entregado.

63. El modelo elaborado se basa en los siguientes supuestos:
- Ingresos y gastos históricos para el período 2005-2007
 - Tasa de crecimiento de Ingresos: 7,5%
 - Variación de Gatos Administrativos: 10%
 - Tasa de retribución hasta el año 3: 1%
 - Tasa de retribución a partir del año 4: 18,75%
 - Depreciación de las Obras de la Primera Etapa: 30 años
 - Depreciación de las Obras de Puesta a Punto. 10 años
 - Impuesto a la renta: 30%
 - Participación de Trabajadores: 5%
 - WACC : 10%
 - Inversión programada para el primer año de ejecución de la Primera Etapa: US\$ 26,44 millones
 - Inversión programada para el segundo año de ejecución de la Primera Etapa: US\$ 36,23 millones
64. Sobre la base de esta información se ha estimado el Valor Actual Neto del proyecto, asumiendo diferentes años para el inicio de las obras de la Primera Etapa. Así, el primer escenario fue asumiendo el inicio en la fecha establecida en el Contrato (al inicio del tercer año), para luego ir posponiendo en un año sucesivamente dichas obras. Como resultado de esta evaluación, se puede apreciar que la postergación de las obras de la Primera etapa implican un incremento significativo en el VAN del Proyecto a partir del cuarto año. La mejora en este resultado es explicada principalmente por los flujos del Concesionario, que no estarían siendo invertidos en las obras de construcción (Ver gráfico N° 1)

Gráfico N° 1
Variación del valor de VAN del Proyecto por postergación del inicio de obras



Fuente: Estados Financieros Auditados de COVI (2005 y 2006)

Elaboración: Gerencia de Regulación -OSITRAN

65. En efecto, bajo los supuestos antes citados, el incremento que se observa en el VAN del proyecto como consecuencia de la postergación de las obras, se explica básicamente por los mayores flujos de caja del Concesionario, quien si bien es cierto, deberá continuar con sus obligaciones de mantenimiento de la Carretera, a fin de cumplir con los niveles de serviacibilidad exigidos en el Contrato de concesión, no realizará mayores inversiones en las obras de construcción. Debe tenerse presente que la recaudación anual por peaje para el año 2007 fue de aproximadamente US\$ 19,24 Millones, de dicho monto el 80,39% deberá destinarse a las obras de mantenimiento, construcción y rehabilitación de la carretera, en la medida que las inversiones sean menores, mayores serán los flujos del Concesionario.
66. Un elemento adicional a evaluar, es el papel que juega el Fideicomiso de Administración de Flujos en el financiamiento de las obras a que se ha comprometido el Concesionario. El 6to y 7mo párrafo de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“Desde la Fecha de Suscripción del Contrato, hasta la fecha de entrega de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras señalada en el Numeral i) del Literal a) la Cláusula 9.2, la SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a transferir mensualmente a favor de un fideicomiso que constituirá para tales efectos, el monto obtenido de multiplicar: i) los ingresos mensuales por concepto de Peaje que la SOCIEDAD CONCESIONARIA perciba durante el mes que corresponda; y ii) un porcentaje equivalente a la

diferencia entre el porcentaje indicado en el literal b) de la presente cláusula y uno por ciento (1%).

El monto resultante de la operación antes indicada se depositará en el fondo de fideicomiso de manera mensual por mes vencido, dentro de los primeros cinco Días Calendario del mes siguiente, el cual tendrá por finalidad, garantizar que dichos recursos sean destinados a la correcta ejecución de las Obras conforme a los términos establecidos en el Anexo II del Contrato. En caso se produzca la resolución anticipada del Contrato por cualquier causa, los fondos del fideicomiso serán entregados al CONCEDENTE quien los destinará al Fondo Vial.”

67. En tal sentido, COVIPERU, tenía la obligación de constituir un fondo de fideicomiso destinado exclusivamente a garantizar que los fondos en él depositados (17,61% de los ingresos por concepto de recaudación de peajes), sean destinados a la correcta ejecución de las obras conforme a los términos establecidos en el Anexo II del Contrato de Concesión. Obligación que se extinguía con la entrega de la Carta Fianza establecida en el numeral i) del Literal a) de la Cláusula 9.2.
68. La Carta Fianza señalada en el párrafo anterior, fue entregada por el Concesionario en el mes de setiembre de 2007. En tal sentido, el último depósito al Fideicomiso fue realizado en el mes de octubre del 2007.
69. Durante el periodo de vigencia del fideicomiso, la Empresa Concesionaria efectuó depósitos por un monto total de S/. 18 344 576,36 (US\$ 5,6 millones aproximadamente), de los cuales S/. 17 822 180,81 (US\$ 5,4 millones aproximadamente) fueron utilizados para el pago de obras de la Etapa Preparatoria, quedando un saldo de S/. 616 727,38 (US\$ 186,89 miles aproximadamente), de acuerdo al Informe del IV Trimestre de 2007, elaborado por la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE), quien actúa como Fiduciario.
70. A continuación, se puede apreciar un cuadro que resume los principales movimientos de la cuenta del Fideicomiso de Administración de Flujos:

Cuadro N° 1
COVIPERU: Fideicomiso de Administración de Flujos
Red Vial N° 6 – Actividades Preparatorias

Año	Recaudación Peaje Real en soles	Depósitos Fideicomiso 17,61%	Egresos		Saldo
			Ingresos y Gastos Varios	Facturas por Obras Etapa Preparatoria	
2005	11,335,487.98	1,996,179.36			1,996,179.36
2006	50,438,372.27	8,882,338.00	47,691.61		10,830,825.75
2007*	42,394,383.61	7,466,059.00	(142,023.44)	17,822,180.81	616,727.38
		18,344,576.36		17,822,180.81	

(*) A setiembre 2007

71. Cabe señalar que el monto recaudado en el fideicomiso materia de comentario equivale aproximadamente al 66% de la ejecución del Proyecto de Inversión.

En atención a lo señalado en los considerandos que anteceden, este Órgano Colegiado estima que:

71. El Concesionario se encuentra obligado a recibir los bienes, sean terrenos o predios, conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de los mismos.

De acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el Concedente podrá realizar progresivamente las entregas de los bienes, y por tanto de terrenos o predios, no estableciéndose un porcentaje mínimo para entregar y/o recibir dichos bienes. Concordante con ello, el Concesionario se encuentra obligado a recibir los bienes que el Concedente disponga.

72. La obligación de entrega del 80% de predios, los cuales pueden ser entregados progresivamente conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de los mismos, genera la obligación del Concesionario de iniciar las obras.

Conforme a lo establecido por el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, la obligación del Concedente respecto a la entrega del 80% de los predios de cada sub-tramo de la 1ra Etapa, en el plazo previsto, los mismos que pueden ser entregados progresivamente conforme a lo establecido en el segundo párrafo de la citada Cláusula, es aplicable para generar la obligación del Concesionario de iniciar las obras.

73. Las partes han acordado que sea el Concedente, a través del Regulador, el que evalúe si los terrenos entregados permiten iniciar las obras.

De acuerdo a lo establecido, en el séptimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, en el supuesto que no se haya entregado el

80% de los predios de cada sub-tramo, el Concesionario se encontrará obligado a iniciar las obras cuando el Regulador DETERMINE que el Concedente ha entregado los predios necesarios para la construcción, es decir, cuando la falta de entrega de predios no constituya un impedimento para el inicio de las obras.

74. Corresponderá al regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución de obras únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, para efectos de la aplicación del incremento tarifario, de acuerdo a los supuestos establecidos en el antepenúltimo párrafo de la Cláusula 5.2. del Contrato de Concesión.
75. De la interpretación del décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se concluye 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 del 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), independientemente de la fecha en que dichos predios hayan sido entregados.

En mérito a 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; estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 21 de febrero del 2008 y, sobre la base del Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el recurso de Reconsideración interpuestos por Concesionaria Vial del Perú S.A. en contra de la Resolución N° 034-2007-CCD-OSITRAN, que aclaró la Resolución N° 010-2007-CD-OSITRAN respecto a la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul – Ica.

Artículo 2°.- Declarar IMPROCEDENTE el pedido de pronunciamiento solicitado por Concesionaria Vial del Perú S.A., para que OSITRAN determine el nivel de cumplimiento de la entrega de los Predios por parte del Concedente.

Artículo 3º.- REITERAR la RECOMENDACIÓN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el sentido que cumpla con entregar a la brevedad posible el 80% de los predios a que se refiere el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, a efectos de evitar hechos que puedan enturbiar el normal desarrollo de la concesión.

Artículo 4º.- INTERPRETAR los alcances del segundo y sexto párrafo de 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:

1º El Concesionario se encuentra obligado a recibir los bienes, sean terrenos o predios, conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de los mismos.

De acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el Concedente podrá realizar progresivamente las entregas de los bienes, y por tanto de terrenos o predios, no estableciéndose un porcentaje mínimo para entregar y/o recibir dichos bienes. Concordante con ello, el Concesionario se encuentra obligado a recibir los bienes que el Concedente disponga.

2º La obligación de entrega del 80% de predios, los cuales pueden ser entregados progresivamente conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de los mismos, genera la obligación del Concesionario de iniciar las obras.

Conforme a lo establecido por el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, la obligación del Concedente respecto a la entrega del 80% de los predios de cada sub-tramo de la 1ra Etapa, en el plazo previsto, los mismos que pueden ser entregados progresivamente conforme a lo establecido en el segundo párrafo de la citada Cláusula, es aplicable para generar la obligación del Concesionario de iniciar las obras.

3º Corresponderá al regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución de obras únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, para efectos de la aplicación del incremento tarifario, de acuerdo a los supuestos establecidos en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2. del Contrato de Concesión.

Artículo 5º.- PRECISAR que la interpretación efectuada en el Artículo 4º de la presente resolución se ha realizado en virtud de las consideraciones esgrimidas por el Concesionario en su recurso impugnativo, razón por la cual las mismas complementan las interpretaciones de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión realizadas por este cuerpo colegiado mediante Resolución N°

010-2007-OSITRAN, de fecha 24 de enero de 2007 y Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN, de fecha 13 de junio de 2007.

Artículo 6.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN a Concesionaria Vial del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 7°.- Difundir la presente Resolución y el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, mediante su publicación en la página web de OSITRAN.

Regístrese, comuníquese y publíquese

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.N°PD2850-08

INFORME N° 007-08-GRE-GS- GAL-OSITRAN

Para : Julio Escudero Meza
Gerente General

De : Christy García Godos Naveda
Gerente de Regulación (e)

Fernando Llanos Correa
Gerente de Supervisión

Humberto Ramírez Trucíos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Recurso de Reconsideración interpuesto por COVIPERU
contra la Resolución N° 034-2007-CD- OSITRAN, que
aclaro la Resolución N° 010-2007-CD-OSITRAN respecto a
interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión
del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica (Red
Vial N° 6)

Fecha : 15 de febrero de 2008

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 (en adelante, MTC), y la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, COVIPERU).
2. Mediante Carta N° C.904.06 de fecha 14 de diciembre de 2006, COVIPERU, solicitó a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.
3. Como consecuencia de dicha solicitud, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-OSITRAN de fecha 24 de enero de 2007, se interpretó los alcances de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, 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 de 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.”**

[El subrayado es nuestro]

4. Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2007, denominado por el CONCESIONARIO en dicha oportunidad como recurso de reconsideración, COVIPERU solicitó lo siguiente:

“En ese sentido, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el ajuste del Peaje antes mencionado, al inicio del quinto año de la concesión o a los 1,440 días, debe proceder en los siguientes supuestos:

- a) **En el evento que el Concedente no haya entregado (en ningún momento) los terrenos;**
- b) **En el evento que el Concedente a los 540 días haya entregado terrenos por menos del 80% de los predios y siempre que el Concesionario haya culminado la ejecución de las obras correspondientes al sub-tramo; y**
- c) **En el evento en que la entrega de los terrenos se efectúe de manera tardía o inoportuna por causa atribuible al Concedente, es decir, que se haya entregado después de los 540 días de iniciado el Contrato, independientemente de que se haya o no concluido la ejecución de las obras.**

- **El supuesto contemplado en a), se encuentra expresamente previsto en el Contrato de Concesión.**
- **El supuesto contemplado en b), se encuentra expresamente previsto en el Contrato de Concesión y ha sido objeto de la interpretación contenida en el Punto 1 del artículo 1 de la resolución recurrida.**
- **El supuesto contemplado en c), en nuestra opinión se desprende de los alcances del Contrato de Concesión y requiere de una PRECISIÓN por parte de OSITRAN en virtud de su POTESTAD PARA EMITIR INTERPRETACIONES.”**

[El subrayado y las mayúsculas son nuestras]

5. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2007-OSITRAN, notificado al administrado el 21 de junio de 2007, OSITRAN interpretó que lo solicitado por COVIPERU era un pedido de aclaración de la Resolución N° 010-2007-OSITRAN, que interpreta los alcances de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.
6. En la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN, se estableció lo siguiente:

“Artículo 1.- ACLARAR los alcances de la INTERPRETACIÓN del décimo párrafo de 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:

De la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se concluye 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 del 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), independientemente de la fecha en que dichos predios hayan sido entregados.”

7. Mediante escrito de fecha 11 de julio de 2007, recibido por OSITRAN el día 12 de julio, COVIPERU presentó recurso de reconsideración contra la Resolución N° 034-2007-OSITRAN. Al respecto, en su escrito de reconsideración, COVIPERU señaló que:

- Debe procederse a rectificar el alcance de la Resolución Recurrida en el extremo referido a que el Concedente podría entregar predios que representen menos del 80%, siendo que la interpretación que corresponde es que
 - a. El Concedente no puede entregar al Concesionario predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía; y,
 - b. El Concesionario no se encuentra obligado a recibir del Concedente predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía)
- Asimismo, solicitan se precise que el plazo con el que contaba el Concedente para entregar cuando menos el 80% de los predios, venció el 17 de mayo del 2007, encontrándose por tanto en situación de incumplimiento al no haber efectuado dicha entrega.

8. Mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2007, COVIPERU alcanzó un escrito complementario a su recurso de reconsideración, señalando entre otras cosas, que su interpretación de la mencionada cláusula se fundamenta en la existencia de un pronunciamiento previo efectuado por OSITRAN:

“... mediante el Acuerdo N° 518-148-04-CD-OSITRAN de fecha 24 de agosto de 2004, se aprobó el Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN emitiendo Opinión Técnica respecto de la modificación al Contrato de Concesión de la RV [Red Vial 5], el cual señala:

(...) siendo obligación del Concesionario iniciar obras una vez que haya recibido al menos el 80% de éstos bienes de cada sección y no de toda la Concesión como indica el Contrato Original (...)

(...) Al postergarse el plazo para la entrega de las áreas de terreno de Derecho de Vía, es preciso que se modifique el derecho del Concesionario a cobrar la tarifa de peaje equivalente a US\$ 1,50 a partir de la supuesta fecha de terminación de las obras de la primera etapa (8.17C.) (...)

En ese sentido, siguiendo la lógica del informe antes citado, el Consejo Directivo se pronunció respecto a la RV5, señalando que (i) la entrega de predio debe de ser de por lo menos del 80% de éstos; y, (ii) que en caso no entregarse los predios, el Concesionario mantienen el derecho de cobrar la tarifa prevista (US\$1,50).

Teniendo en consideración el Principio de Transparencia que debe regir la actuación de OSITRAN... y en consideración al precedente referido a la RV5, COVIPERU esperaba que se cumpliera con la predictibilidad, pues ante cláusulas con idéntica finalidad (RV5 y RV6), el Consejo Directivo debió de emitir la misma interpretación.

(...)”

II. OBJETO

9. El objeto del presente Informe es determinar si el Concedente tiene la facultad de entregar al Concesionario predios que representen menos del 80% de los predios indicados en la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión; asimismo, de manera consecuente, corresponde que OSITRAN analice si el Concesionario se encuentra obligado a recibir del Concedente, predios que representen menos del 80% de los predios indicados en la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.
10. Sin perjuicio de ello, a efectos de tener una interpretación integral de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, consideramos necesario en el presente informe, volver a analizar lo relativo a:
 - (i) El nacimiento de la obligación del Concesionario de iniciar las obras;
 - (ii) El nacimiento del derecho del Concesionario a aumentar el peaje, conforme a lo dispuesto por el literal c de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
11. Finalmente, nos pronunciaremos respecto de la solicitud efectuada por el Concesionario relativo al cumplimiento de la entrega de predios, por parte del Concedente.

III. MARCO LEGAL

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

“Artículo 7°

Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)”

13. Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión:

“Toma de Posesión de los Bienes

[1] *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.

- [2] 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.
- [3] 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.
- [4] 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.
- [5] 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.
- [6] 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 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).
- [7] 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.

- [8] *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.*
- [9] *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.*
- [10] *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.*
- [11] *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.*
- [12] *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.”*

[El subrayado es nuestro]

14. 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:

a) A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación y hasta la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar por concepto de Tarifa máxima: S/.4.62 por Peaje mas IGV y otros aportes de ley.

Aprobada la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará la Tarifa señalada en el inciso c) del presente artículo.

b) A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá cobrar la Tarifa, aplicando las siguientes reglas:

i) Cada vehículo ligero, definido como Categoría M1, M2 y Categoría N1 en el Reglamento Nacional de Vehículos – Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, o norma que la modifique o sustituya, pagará una Tarifa.

ii) Cada vehículo pesado, definido como Categoría M3, N2 y N3 en categoría en el Reglamento Nacional de Vehículos – Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, o norma que la modifique o sustituya, pagará una Tarifa por cada eje o norma que la modifique o sustituya y los vehículos de Categoría O1, O2, O3 y O4 que sean remolcados por los vehículos pesados incluidos en las categorías antes señalados, pagarán una Tarifa por cada eje.

iii) La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá implantar un esquema de descuento de peajes para usuarios frecuentes, por prepago o promociones, entre otras, respetando las leyes de libre competencia y previa autorización del REGULADOR quien velará porque se cautelen los intereses del CONCEDENTE. En ningún caso podrá acordarse la exoneración de la Tarifa.

iv) La SOCIEDAD CONCESIONARIA será responsable de variaciones en los ingresos como resultado de los esquemas de descuentos implementados por la misma. En caso de implantar estas modificaciones a la Tarifa, la retribución que debe pagar la SOCIEDAD CONCESIONARIA al CONCEDENTE deberá calcularse sobre los ingresos antes de aplicados los descuentos.

El CONCEDENTE asegurará a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el valor de la tarifa fijada contractualmente en los Literales c) y d) a continuación, de acuerdo con la garantía tarifaria estipulada en la Sección IX del presente Contrato.”

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:

$$Peaje = \left[(US\$1,50 * 50\%) \times \left(\frac{CPI_i}{CPI_0} \right) \times TC_i \right] + \left[(US\$1,50 * 50\%) \times \left(\frac{IPC_i}{IPC_0} \right) \times TC_0 \right]$$

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)

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."

15. Lineamiento para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.

Al respecto, el segundo párrafo del ítem 6.1 señala que "[l]a interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares."

IV. DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

16. En su escrito de Reconsideración de fecha 12 de julio de 2007, la Empresa Concesionaria señala que la interpretación que realizará OSITRAN sobre los alcances de la cláusula 5.2, del Contrato de Concesión es contraria al real alcance de la cláusula y lesiona directamente los intereses de la empresa Concesionaria, generando perjuicios al Concesionario al convertir en inviable el financiamiento.
17. Así la empresa Concesionaria, señala que la interpretación de OSITRAN permitiría la ocurrencia de los siguientes supuestos:
- a) El Concedente entregue dentro de los 540 días de Contrato menos del 80% del total de los predios.
 - b) Obligación del Concesionario de recibir dentro de los primeros 540 días del Contrato menos del 80% del total de los predios.

- c) Posibilidad de que el Concedente entregue después de los 540 días predios que representen el 80% o menos del total de predios y la obligación del Concesionario de recibirlos
 - d) Obligación del Concesionario para cobrar el peaje de US\$ 1,50 de haber culminado la totalidad de las obras respecto de los predios recibidos, aún cuando estos hayan sido entregados después de los 720 días de suscrito el Contrato de Concesión.
18. De acuerdo a la interpretación de la Empresa Concesionaria, la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, prevé el derecho del Concesionario, para cobrar el peaje ajustado de US\$ 1,50 a partir de la fecha originalmente prevista para la terminación de las obras iniciales, es decir a partir del 20 de septiembre de 2009.
19. Asimismo, de acuerdo al Concesionario, la voluntad de las partes al suscribir el Contrato de Concesión era que **“en ningún momento el Estado entregase menos del 80% de los predios al Concesionario, y por tanto que éste no se encuentra obligado en ningún momento, a recibir menos del 80% de los predios.”**
20. Sobre la base de los argumentos antes expuestos, el Concesionario ha señalado que pese a no estar de acuerdo con los alcances de la interpretación contenida en la Resolución N° 010-2007-OSITRAN, respecto de la oportunidad en la que el Concesionario se encuentra facultado para cobrar la tarifa de peaje de US\$ 1,50, el Consejo Directivo de OSITRAN debe rectificar el alcance de la resolución recurrida en el extremo referido a que el Concedente podría entregar predios que representen menos del 80%, en donde la interpretación que corresponde conforme al Contrato de Concesión, según lo manifestado por el Concesionario, es que, (i) el Concedente no puede entregar al Concesionario, predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el Derecho de Vía), y (ii) el Concesionario no se encuentra obligado a recibir del Concedente, predios que representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el Derecho de Vía).
21. Finalmente, en su escrito complementario de fecha 26 de septiembre de 2007, COVIPERU ha señalado, entre otras cosas, lo siguiente:

“... mediante el Acuerdo N° 518-148-04-CD-OSITRAN de fecha 24 de agosto de 2004, se aprobó el Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN emitiendo Opinión Técnica respecto de la modificación al Contrato de Concesión de la RV [Red Vial 5], el cual señala:

(...) siendo obligación del Concesionario iniciar obras una vez que haya recibido al menos el 80% de éstos bienes de cada sección y no de toda la Concesión como indica el Contrato Original (...)
(...) Al postergarse el plazo para la entrega de las áreas de terreno de Derecho de Vía, es preciso que se modifique el derecho del Concesionario a cobrar la tarifa de peaje equivalente a US\$ 1,50 a partir de la supuesta fecha de terminación de las obras de la primera etapa (8.17C.) (...)

En ese sentido, siguiendo la lógica del informe antes citado, el Consejo Directivo se pronunció respecto a la RV5, señalando que (i) la entrega de predio debe de ser de por lo menos del 80% de éstos; y, (ii) que en caso no entregarse los predios, el Concesionario mantienen el derecho de cobrar la tarifa prevista (US\$1,50).

Teniendo en consideración el Principio de Transparencia que debe regir la actuación de OSITRAN... y en consideración al precedente referido a la RV5, COVIPERU esperaba que se cumpliera con la predictibilidad, pues ante cláusulas con idéntica finalidad (RV5 y RV6), el Consejo Directivo debió de emitir la misma interpretación.

(...)

[El Consejo Directivo]... en lugar de interpretar, indirectamente deja sin efectos disposiciones contractuales, tales como la obligación de entregar como mínimo el 80% de los predios, posibilitando que el Concedente entregue una cantidad menor, incluso en el momento en que éste lo considere, en contra del derecho que ampara al Concesionario de cobrar determinada tarifa.

... de acuerdo al señalado en la Cláusula 5.2, los siguientes constituyen supuestos de incumplimiento del Concedente:

- El Concedente no entrega el 80% de los predios dentro de los 540 días previstos

(...)

- No entrega el 20% restante en los 180 días posteriores

(...)

- Concedente entrega el 80% de los predios a los 700 días (es decir, vencido el plazo de 540 días)

(...)

- Concedente ofrece entregar menos del 80% de los predios al día 540

(...)

Como hemos señalado, existen una serie de posibilidades de incumplimiento por parte del Concedente, las cuales, de acuerdo a la interpretación del Consejo Directivo ..., carecerían de cualquier desincentivo para su comisión, toda vez que el Concedente se encontraría ante la facultad de entregar cualquier porcentaje de predios y estos en cualquier, lo que únicamente traería como consecuencia para el Concesionario el desmedro de su derecho de cobrar la tarifa de US 1,50.

En ese sentido, debido a las interpretaciones que el Consejo Directivo ha venido sosteniendo, nos encontramos ante una situación en la cual:

- No se han precisado las consecuencias del incumplimiento del Concedente en la entrega de predios.
- La posición de OSITRAN implicaría, en la práctica, que el concedente quede liberado de sus obligaciones de (i) un porcentaje mínimo de predios a entregar; y (ii) los plazos para entrega de predios.
- La posición de OSITRAN no supone determinar el sentido de las cláusulas para que sea posible su aplicación. Al contrario, las hace inaplicables.
- No se supone "interpretar", supone cambiar las reglas del Contrato bajo cuales el Concesionario hizo su oferta. "

V. ANÁLISIS

22. De acuerdo al Recurso de Reconsideración de la Empresa Concesionaria, el extremo recurrido de la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN es únicamente el referido a la posibilidad del Concedente de entregar al Concesionario menos del 80% del total de los predios necesarios para la ejecución de las obras de construcción y, consecuentemente, determinar si el Concesionario tiene la facultad u obligación de recibir predios que representen menos del 80% en términos del área total que constituye el derecho de vía de cada sub-tramo involucrado.
23. No obstante ello, con el objeto de proceder al análisis de la solicitud de reconsideración solicitada por la empresa Concesionaria, realizaremos, en primer término, un breve recuento de algunas de las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión, para posteriormente abordar el análisis integral de la Cláusula 5.2.

V.1 Obligaciones de la Sociedad Concesionaria

24. 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.
25. 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

26. Conforme a lo establecido en la Cláusula 6.6 del Contrato de Concesión, COVIPERU se encuentra en la obligación de presentar a OSITRAN un calendario

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.

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)

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

27. 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

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

28. 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.

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.”

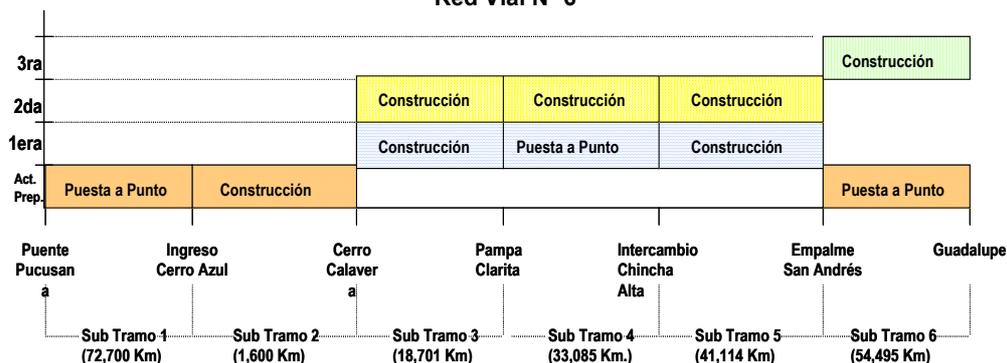
V.5 Anexo II del Contrato de Concesión

29. 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.
30. 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, período 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.
 - 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.
31. Las obras que deberá realizar la Empresa Concesionaria en cada uno de los sub tramos, se presentan de forma general en el siguiente gráfico:

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.

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



32. 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 reconsideración, para posteriormente analizar otros aspectos mencionados por el Concesionario tanto en su recurso impugnativo, como en su escrito complementario.

V.6 Análisis de la Cláusula 5.2

V.6.1 Respeto de la entrega de bienes de la Concesión:

- [1] <<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 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.
- [2] *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.*
- [3] *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.>>*

33. Los tres primeros párrafos de la Cláusula 5.2, establecen los supuestos para la entrega de bienes, que incluye los terrenos predios y demás inmuebles:

- En el primer párrafo se establece como REGLA que TODOS los BIENES deben ser entregados dentro de los 90 días calendario de suscrito el contrato

de Concesión, para lo cual corresponderá la suscripción del Acta Final de Entrega de Bienes.

- En ese sentido, como EXCEPCIÓN, plantea que el Concedente tendrá la FACULTAD de realizar entregas parciales mediante la suscripción de diversas actas de entrega física de bienes.
 - En virtud de dicha entrega parcial de bienes establecida en el segundo párrafo, el tercer párrafo prevé la FACULTAD de la Concesionaria de solicitar al Regulador el aplazamiento del cumplimiento de obligaciones afectadas por las entregas parciales.
34. En consecuencia, como puede observarse, la entrega de bienes podrá ser efectuada en diversos momentos, conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de estos, dado que es obligación de éste (conforme a lo establecido en la Cláusula 5.1) entregar los bienes libres de cargas y gravámenes, libre de personas u otros ocupantes, así como cualquier otro tipo de afectación.
35. En efecto, el primer párrafo de la Cláusula 5.2 establece la constitución de un Acta de Entrega Final de Bienes, en la cual se hace constar la toma de posesión por parte del Concesionario de **“...las áreas de terreno disponibles comprendidas en el Área de la Concesión y en el Derecho de Vía...”**. [El subrayado es nuestro]
36. No obstante ello, podría argumentarse que la definición contenida en la Cláusula 1.5, sobre el Acta Final de Entrega de Bienes, señala lo siguiente:
- “Acta Final de Entrega de los Bienes
Es el documento suscrito por el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA, mediante el cual se deja constancia que la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha tomado posesión de los Bienes Reversibles, muebles e inmuebles, que serán destinados a la ejecución del Contrato y del estado en el cual éstos se encuentran.”***
[El subrayado es nuestro]
37. Teniendo en consideración que las diferentes cláusulas integrantes del Contrato de Concesión deben ser interpretadas de manera sistemática, consideramos que el concepto de **“acta final de entrega de bienes”** tiene por objeto abarcar todas las entregas de bienes que se realicen al Concesionario con miras al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En concordancia con ello, observamos que el segundo párrafo de la Cláusula 5.2 señala que **“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.”** [El subrayado es nuestro].
38. Por tanto, en virtud de lo expuesto podemos concluir que:
- (i) El Contrato de Concesión establece expresamente que el Acta Final de Entrega de Bienes es un acta que será actualizada conforme el Concedente se encuentre en capacidad de entregar los bienes necesarios para la ejecución de las obras por parte del Concesionario.
 - (ii) Es posible que la entrega de terrenos la realice el concedente en diversos momentos, conforme vaya obteniendo la disponibilidad de estos, lo que implica la obligación del Concesionario de recibir dichos predios.

39. En virtud de lo dicho anteriormente, somos de la opinión que el Contrato de Concesión contempla **EXPRESAMENTE** la posibilidad de que el Concedente pueda realizar entregas parciales de bienes (y por tanto de terrenos o predios), razón por la cual el Concesionario se encuentra **OBLIGADO** a recibir dicha entrega parcial de bienes dado que, concordante con ello, no se ha establecido en el Contrato de Concesión un porcentaje mínimo (de predios) para que dichas entregas sean RECIBIDAS por el Concesionario.

V.6.2 Respetto de la obligación de ejecutar obras:

[4] <<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.**>>

40. Como era lógico, el cuarto párrafo establece que una vez realizada la entrega de los bienes, la Concesionaria procederá a la EJECUCIÓN de las OBRAS. Al respecto, nótese que cuarto párrafo hace referencia a la ejecución de las “**obras FALTANTES**”, lo que implica que el Contrato de Concesión ha previsto que la falta de entrega parcial de bienes no impedirá el inicio de las obras por parte del Concesionario, como veremos a continuación.

V.6.3 De la obligación de entrega de predios a cargo del Concedente para el inicio de las Obras

[5] <<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.

[6] 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 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 Chincha Alta – Empalme San Andrés).

- [7] *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.>>*
41. El quinto y sexto párrafos establecen las condiciones para el inicio obligatorio de las obras, en el Sub-Tramo 2 de las Actividades Preparatorias (quinto párrafo) como en la Primera Etapa de Construcción (sexto párrafo).
42. 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) De un lado, se han establecido obligaciones con relación al CONCESIONARIO, para el inicio de las obras de la Primera Etapa (Sub tramos 3 y 5).
- (ii) Como consecuencia de ello, de otro 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 de cada sub-tramo.
43. En ese sentido, consideramos que la Cláusula 5.2 establece obligaciones recíprocas, es decir, el Concesionario no se encontrará obligado a iniciar las obras en los sub-tramos 3 y 5 hasta que el Concedente no le entregue el porcentaje mínimo de predios establecidos (80% de los predios de cada sub-tramo), lo que no implica que el Concedente no tenga la facultad de entregar porcentajes menores.
- En lo que se refiere a la construcción de la primera etapa, señala el sexto párrafo 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 que se INICIEN los trabajos en cada uno de los sub-tramos de la Carretera. Toda vez que la primera etapa implica construcción en los sub-tramos 3 y 5, debe entenderse que el porcentaje antes señalado está referido a los predios de cada uno de los tramos involucrados (3 y 5). Esta obligación de entrega, de como mínimo el 80% de los predios de cada sub-tramo, activa la obligación del Concesionario de iniciar las obras correspondientes a cada sub-tramo.
 - Como lo hemos señalado, la obligación del Concedente respecto a la entrega del 80% de los predios de cada sub tramo de la 1ra Etapa, en el plazo previsto, es aplicable para activar la obligación del Concesionario de iniciar las obras, lo que no implica o limita la posibilidad que el Concedente realice entregas parciales (por porcentajes menores del 80%). Al respecto, cabe precisar que conforme a lo establecido en el séptimo párrafo de la cláusula 5.2, en caso el Concedente entregue menos del 80% de los predios de cada sub Tramo, corresponderá al Regulador evaluar si la Sociedad Concesionaria puede ejecutar las inversiones sobre los terrenos

ya entregados⁶. En ese sentido, en caso el Regulador determine que, es viable para el Concesionario dar inicio a las obras, debido a que éste ha recibido los predios indispensables para ello, la Sociedad Concesionaria **DEBERÁ** iniciarlas.

44. De esta manera queda claro que, en lo que respecta a la obligación de la ejecución de obras por parte del Concesionario, en el séptimo 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.
45. En efecto, encontramos que el séptimo párrafo de la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece LITERALMENTE que, “*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 (...) en este caso la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá dar inicio a las Obras (...)”*
46. Como puede observarse, el párrafo citado contempla EXPRESAMENTE la posibilidad que los predios sean entregados de manera parcial por parte del Concedente, y en dicho supuesto, se está facultando al Regulador para que determine el inicio de las obras⁷; en ese sentido, observamos que en el Contrato existen dos supuestos para el inicio de las obras: i) en caso se haya entregado el 80% de los predios necesarios de cada sub tramo; y, ii) en caso se hayan entregado menos del 80% de los predios antes citados y el Regulador determine que es posible iniciar la ejecución de las obras.
47. En virtud de lo dicho anteriormente, somos de la opinión que el Contrato de Concesión contempla EXPRESAMENTE la posibilidad de que el Concedente pueda realizar entregas parciales de bienes (y por tanto de terrenos o predios), razón por la cual el Concesionario se encuentra OBLIGADO a recibir dicha entrega parcial de bienes dado que, concordante con ello, no se ha establecido en el Contrato de Concesión un porcentaje mínimo (de predios) para que dichas entregas sean RECIBIDAS por el Concesionario.

V.6.4 Del calendario de ejecución de obras

48. Conforme al sexto párrafo de la Cláusula 5.2, la Empresa Concesionaria se encuentra obligada a iniciar la construcción de las obras en los sub-tramos 3 y 5, 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. Asimismo, se encontrará obligado a iniciar las obras correspondientes a la primera etapa en caso el Regulador determine que el Concesionario ha recibido los predios indispensables para ello, conforme a lo establecido en el séptimo párrafo de la cláusula 5.2

⁶ Ver Ítem 2 del Artículo 1º de la Resolución N° 010-2007-CD-OSITRAN del 24 de enero de 2007.

49. Además, de acuerdo a la Cláusula 6.6, para el inicio de las obras por parte del Concesionario, éste deberá presentar al Regulador un calendario de ejecución de obras, con una anticipación de treinta (30) días al inicio de la construcción.
50. Al respecto, es pertinente señalar que el Calendario de Ejecución de Obras debe incluir todas las partidas relativas a la construcción de la carretera en la etapa correspondiente del tramo con sus respectivas mediciones.
51. La obligación de presentación de éste calendario nace a partir de la entrega, por parte del Concedente, de por lo menos el 80% de los predios de cada sub-tramo (Cláusula 5.2); así mismo, dicha obligación también nace cuando el Regulador establezca que los predios entregados por el Concedente (en porcentaje menor al 80% de cada sub-tramo) son los, indispensables para el inicio de las obras (séptimo párrafo de la Cláusula 5.2). Al respecto, debemos precisar que los supuestos antes mencionados no impiden que el Concesionario presente un calendario a partir de una entrega parcial (es decir, inferior al porcentaje antes señalado), en el cual asuma fechas posibles de cumplimiento de la entrega por parte del Concedente; en ese sentido, corresponderá al Regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, para efectos de la aplicación del incremento tarifario de acuerdo a los supuestos establecidos en el antepenúltimo párrafo de la Cláusula 5.2. del Contrato de Concesión.
52. En conclusión, con relación a las condiciones para el inicio de trabajos de la Primera Etapa, se establece como Regla General la entrega de los predios necesarios en 540 días calendario, debiendo entregar el Concedente como mínimo el 80% de los predios, estableciéndose en el sétimo párrafo la excepción, al darse a OSITRAN la facultad de evaluar la pertinencia de las entregas menores al 100% de la totalidad de predios de cada sub-tramo de la primera etapa⁸. El Concesionario estará obligado a iniciar las obras sobre el porcentaje que determine OSITRAN.

V.6.5 Compuo del plazo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa

[8] <<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.>>

53. Una vez iniciadas las obras de la Primera Etapa, el Concesionario contará con un plazo de dos años para concluir las. Al respecto, cabe señalar que 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. Es decir, si la Sociedad Concesionaria inició las obras de construcción, no obstante habersele 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 Concedente complete el 80%, y no a partir de la fecha en que empezó la labor de construcción.

54. Como puede observarse la Regla que establece este octavo párrafo es que el computo del plazo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa se computará desde que el Concesionario reciba el 80% de los predios necesarios; debiéndose entregar el 20% restante dentro de los 180 días de entregados el 80% de predios antes señalados. Finalmente, dicho párrafo precisa, además, que si el Concesionario considera que el 20% restante es indispensable, podrá solicitar la ampliación del plazo.

V.6.6 De las condiciones necesarias para que el Concesionario proceda al cobro del peaje hasta el importe de la Tarifa a que se refiere el apartado c) de la Cláusula 8.17

[10] <<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.>>

55. 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), independientemente del momento de su entrega.
56. De esta manera, el Contrato en esta parte busca, por un lado, no afectar los ingresos del Concesionario por incumplimientos del Concedente, pero a la vez tiene por objetivo incentivar 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 Concedente 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.

57. En virtud de ello, consideramos que el adoptar la interpretación esbozada por el Concesionario atenta contra el interés de los Usuarios, dado que se pretendería 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 quinto año pero **SIN HABER CONCLUIDO** las obras correspondientes o, incluso, sin haberlas iniciado. Ello, no resulta consistente con el principio de que las tarifas constituyen el pago por un servicio efectivamente prestado y/o por la puesta a disposición de los usuarios una determinada infraestructura.
58. En consecuencia, en este extremo, corresponde reiterar la conclusión arribada en la Resolución impugnada en cuyo artículo 1 se estableció que:

“De la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se concluye 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 del 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), independientemente de la fecha en que dichos predios hayan sido entregados.”

V.7 Respecto de la solicitud de análisis del cumplimiento de la entrega de predios

59. Con relación al pedido de pronunciamiento, solicitado por el Concesionario, para que OSITRAN **determine** el nivel de cumplimiento de la entrega de los Predios por parte del Concedente, debemos señalar que dicha solicitud escapa a los alcances del presente procedimiento de interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, razón por la cual no corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular en el acto que resuelva el recurso impugnativo; ello, sin perjuicio de la conveniencia de REITERAR la RECOMENDACIÓN al MTC en el sentido que cumpla con entregar a la brevedad posible el 80% de los predios a que se refiere el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, a efectos de evitar hechos que puedan enturbiar el normal desarrollo de la concesión.

V.8 Con relación al supuesto precedente

60. En su escrito complementario de fecha 26 de setiembre de 2007 COVIPERU ha señalado que existiría un caso precedente, vinculado a la red vial 5, en donde OSITRAN ya habría adoptado una interpretación similar a la que pretende aplicar el indicado Concesionario, efectuado mediante la aprobación del Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN, que se adoptó mediante Acuerdo N° 518-148-04-CD-OSITRAN.
61. Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- (i) El Acuerdo mencionado, en efecto, aprobó el Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN, relativo a la solicitud de Addenda **convenida entre el MTC y NORVIAL** para la modificación del Contrato de Concesión del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca, Red Vial 5.
- (ii) El Informe citado en su página 10, señala lo siguiente:

“El MTC y Norvial HAN CONVENIDO lo siguiente:

<Toma de Posesión:
5.2.- (...)

(...) LA SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a iniciar la construcción de las obras correspondientes a cada sección de la primera etapa, de conformidad con lo detallado en la cláusula 6.1, siempre que hubiera recibido previamente de EL CONCEDENTE el 80% de las áreas del Derecho de Vía, necesarias para iniciar las obras correspondientes a cualquiera de las secciones ...

(...)

El plazo para la ejecución de las obras previsto en las cláusulas 6.7 y 6.9, se comenzará a computar, respecto de cada una de las secciones detalladas anteriormente, desde el momento que EL CONCEDENTE efectivamente entregue a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA el 80% de las áreas del Derecho de Vía correspondiente. (...)

(...)>

OSITRAN considera razonable la REDACCIÓN CONCORDAD[A] entre el MTC y Norvial.

En efecto la propuesta del MTC busca, en primer lugar, postergar la entrega por parte del Concedente al Concesionario de los bienes de la primera etapa hasta el segundo año de la Concesión (el plazo original fue de 180 días Calendario), además divide las áreas del Derecho de Vía en tres secciones, siendo obligación del Concesionario iniciar obras una vez haya recibido al menos el 80% de los bienes de cada sección y no de toda la Concesión como indica el Contrato Original. Esta modificación resulta positiva para la Concesión en la medida que posibilita el inicio de la ejecución por secciones, no siendo necesario que el Concesionaria reciba el 80% del total de las áreas del derecho de vía para iniciar las obras de construcción.

(...)

Al postergarse el plazo para la entrega de las áreas de terreno de Derecho de Vía, es preciso que se modifique el derecho del Concesionario a cobrar la tarifa de peaje equivalente a US\$ 1,50 a partir de la supuesta fecha de terminación de las obras de la primera etapa (8.17C.) ya que ésta fecha también estaría cambiando. (...)

[El subrayado y mayúscula son nuestros]

- (iii) Como puede observarse OSITRAN sólo se limitó a manifestar su conformidad con una MODIFICACIÓN del Contrato de Concesión previamente ACORDADA entre el Concedente y el Concesionario, es

decir, el Regulador no estableció interpretación sobre los alcances de cláusula alguna del mencionado contrato, razón por la cual, contrariamente a lo manifestado por COVIPERU, no nos encontramos ante precedente alguno.

V.9 Con relación al supuesto daño que se generaría al Concesionario

62. En su escrito de Reconsideración de fecha 12 de julio de 2007, la Empresa Concesionaria señala que la interpretación que ha efectuado OSITRAN sobre los alcances de la Cláusula 5.2, del Contrato de Concesión es contraria al real alcance de la Cláusula, lesionando directamente sus intereses y generándole perjuicios al convertir en inviable el financiamiento.

Al respecto, COVIPERU ha señalado que:

“... el riesgo de incumplimiento del Estado en la entrega oportuna de terrenos en los plazos previstos, no puede ser trasladado al Concesionario, pues ello, haría que el financiamiento de la concesión sea inviable o que sus costos se eleven de manera innecesaria. ..., el incumplimiento parcial o tardío del Estado en los plazos de entrega de los predios, no puede, de manera alguna, perjudicar los derechos e intereses de la sociedad concesionaria.”

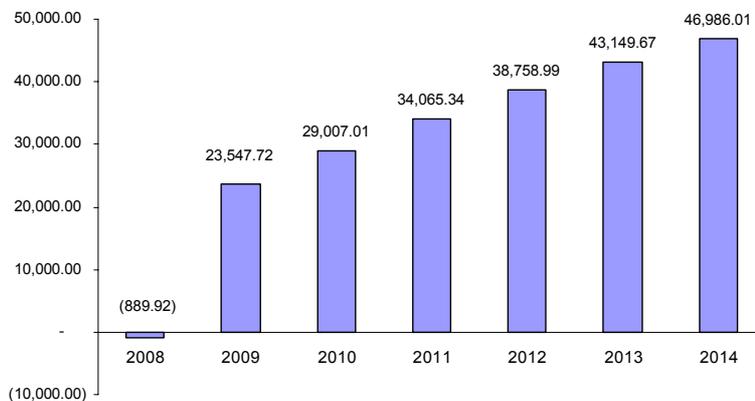
63. Sobre el particular, debemos recordar que en los considerandos de la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN impugnada, OSITRAN ha señalado lo siguiente:
“Que, en ese sentido, teniendo en consideración que conforme al Artículo 3° de la Ley 26917, es misión de OSITRAN cautelar en forma IMPARCIAL y OBJETIVA los INTERESES del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;
64. En ese sentido, no es función del Regulador el resarcir al Concesionario, vía aumentos en el peaje, ante el supuesto daño que un eventual incumplimiento del Concedente le genere al Concesionario; ello, sin perjuicio que COVIPERU, de estimarlo pertinente, acredite dicho incumplimiento, y solicite su resarcimiento, en la vía correspondiente.
65. Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, consideramos conveniente evaluar el efecto financiero que la postergación de las obras podría tener sobre el proyecto.
66. Para tales efectos, se ha elaborado a partir de la información disponible⁹, un flujo de caja del concesionario y se han simulado diversos escenarios, en los que se puede evaluar el efecto que la postergación de las obras de construcción de la primera etapa y que dependen de la entrega de terrenos por parte del Concedente, pueden tener sobre el valor del proyecto.
67. El modelo elaborado se basa en los siguientes supuestos:
- Ingresos y gastos históricos para el período 2005-2007
 - Tasa de crecimiento de Ingresos: 7,5%
 - Variación de Gatos Administrativos: 10%
 - Tasa de retribución hasta el año 3: 1%
 - Tasa de retribución a partir del año 4: 18,75%
 - Depreciación de las Obras de la Primera Etapa: 30 años
 - Depreciación de las Obras de Puesta a Punto. 10 años
 - Impuesto a la renta: 30%

⁹ OSITRAN ha solicitado en reiteradas oportunidades a PROINVERSIÓN el Modelo Matemático Financiero del Contrato de Concesión, sin embargo aún no ha sido entregado.

- Participación de Trabajadores: 5%
- WACC : 10%
- Inversión programada para el primer año de ejecución de la Primera Etapa: US\$ 26,44 millones
- Inversión programada para el segundo año de ejecución de la Primera Etapa: US\$ 36,23 millones

68. Sobre la base de esta información se ha estimado el Valor Actual Neto del proyecto, asumiendo diferentes años para el inicio de las obras de la Primera Etapa. Así, el primer escenario fue asumiendo el inicio en la fecha establecida en el Contrato (al inicio del tercer año), para luego ir posponiendo en un año sucesivamente dichas obras. Como resultado de esta evaluación, se puede apreciar que la postergación de las obras de la Primera etapa implican un incremento significativo en el VAN del Proyecto a partir del cuarto año. La mejora en este resultado es explicada principalmente por los flujos del Concesionario, que no estarían siendo invertidos en las obras de construcción (Ver gráfico N° 1)

Gráfico N° 1
Variación del valor de VAN del Proyecto por postergación del inicio de obras



Fuente: Estados Financieros Auditados de COVI (2005 y 2006)
Elaboración: Gerencia de Regulación -OSITRAN

69. En efecto, bajo los supuestos antes citados, el incremento que se observa en el VAN del proyecto como consecuencia de la postergación de las obras, se explica básicamente por los mayores flujos de caja del Concesionario, quien si bien es cierto, deberá continuar con sus obligaciones de mantenimiento de la Carretera, a fin de cumplir con los niveles de serviacibilidad exigidos en el Contrato de concesión, no realizará mayores inversiones en las obras de construcción. Debe tenerse presente que la recaudación anual por peaje para el año 2007 fue de aproximadamente US\$ 19,24 Millones, de dicho monto el 80,39% deberá destinarse a las obras de mantenimiento, construcción y rehabilitación de la carretera, en la medida que las inversiones sean menores, mayores serán los flujos del Concesionario.
70. Un elemento adicional a evaluar, es el papel que juega el Fideicomiso de Administración de Flujos en el financiamiento de las obras a que se ha comprometido el Concesionario. El 6to y 7mo párrafo de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“Desde la Fecha de Suscripción del Contrato, hasta la fecha de entrega de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras señalada en el Numeral i) del Literal a) la Cláusula 9.2, la SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a transferir mensualmente a favor de un fideicomiso que constituirá para tales efectos, el monto obtenido de multiplicar: i) los ingresos mensuales por concepto de Peaje que la SOCIEDAD CONCESIONARIA perciba durante el mes que corresponda; y ii) un porcentaje equivalente a la diferencia entre el porcentaje indicado en el literal b) de la presente cláusula y uno por ciento (1%).

El monto resultante de la operación antes indicada se depositará en el fondo de fideicomiso de manera mensual por mes vencido, dentro de los primeros cinco Días Calendario del mes siguiente, el cual tendrá por finalidad, garantizar que dichos recursos sean destinados a la correcta ejecución de las Obras conforme a los términos establecidos en el Anexo II del Contrato. En caso se produzca la resolución anticipada del Contrato por cualquier causa, los fondos del fideicomiso serán entregados al CONCEDENTE quien los destinará al Fondo Vial.”

71. En tal sentido, la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU), tenía la obligación de constituir un fondo de fideicomiso destinado exclusivamente a garantizar que los fondos en él depositados (17,61% de los ingresos por concepto de recaudación de peajes), sean destinados a la correcta ejecución de las obras conforme a los términos establecidos en el Anexo II del Contrato de Concesión. Obligación que se extinguió con la entrega de la Carta Fianza establecida en el numeral i) del Literal a) de la Cláusula 9.2.
72. La Carta Fianza señalada en el párrafo anterior, fue entregada por el Concesionario en el mes de setiembre de 2007. En tal sentido, el último depósito al Fideicomiso fue realizado en el mes de octubre del 2007.
73. Durante el periodo de vigencia del fideicomiso, la Empresa Concesionaria efectuó depósitos por un monto total de S/. 18 344 576,36 (US\$ 5,6 millones aproximadamente), de los cuales S/. 17 822 180,81 (US\$ 5,4 millones aproximadamente) fueron utilizados para el pago de obras de la Etapa Preparatoria, quedando un saldo de S/. 616 727,38 (US\$ 186,89 miles aproximadamente), de acuerdo al Informe del IV Trimestre de 2007, elaborado por la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE), quien actúa como Fiduciario.
74. A continuación, se puede apreciar un cuadro que resume los principales movimientos de la cuenta del Fideicomiso de Administración de Flujos:

Cuadro N° 1
COVIPERU: Fideicomiso de Administración de Flujos
Red Vial N° 6 – Actividades Preparatorias

Año	Recaudación Peaje Real en soles	Depósitos Fideicomiso 17,61%	Egresos		Saldo
			Ingresos y Gastos Varios	Facturas por Obras Etapa Preparatoria	
2005	11,335,487.98	1,996,179.36			1,996,179.36
2006	50,438,372.27	8,882,338.00	47,691.61		10,830,825.75
2007*	42,394,383.61	7,466,059.00	(142,023.44)	17,822,180.81	616,727.38
		18,344,576.36		17,822,180.81	

(*) A setiembre 2007

75. Finalmente, cabe señalar que el monto recaudado en el fideicomiso materia de comentario equivale aproximadamente al 66% de la ejecución del Proyecto de Inversión.

VI. CONCLUSIONES

Del análisis precedente, estas Gerencias arriban a las siguientes conclusiones:

- 6.1 El Concesionario se encuentra obligado a recibir los bienes, sean terrenos o predios, conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de los mismos.**

De acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el Concedente podrá realizar entregas parciales de bienes y por tanto de terrenos o predios, no estableciéndose un porcentaje mínimo para estas entregas. Concordante con ello, el Concesionario se encuentra obligado a recibir los bienes que el Concedente disponga.

- 6.2 La obligación de entrega del 80% de predios, los cuales pueden ser entregados progresivamente conforme el Concedente vaya obteniendo la disponibilidad de los mismos, genera la obligación del Concesionario de iniciar las obras.**

Conforme a lo establecido por el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, la obligación del Concedente respecto a la entrega del 80% de los predios de cada sub-tramo de la 1^{ra} Etapa, en el plazo previsto, es aplicable para generar la obligación del Concesionario de iniciar las obras.

- 6.3 Las partes han acordado que sea el Concedente, a través del Regulador, el que evalúe si los terrenos entregados permiten iniciar las obras.**

En ese sentido, en el supuesto que no se haya entregado el 80% de los predios de cada sub-tramo antes mencionados, el Concesionario se encontrará obligado a iniciar las obras cuando el Regulador DETERMINE que el Concedente ha entregado los predios necesarios para la construcción, es decir, cuando la falta de entrega de predios no constituya un impedimento para el inicio de las obras.

- 6.4 Corresponderá al regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución de obras únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, para efectos de la aplicación del incremento tarifario, de acuerdo a los supuestos establecidos en el antepenúltimo párrafo de la Cláusula 5.2. del Contrato de Concesión.**

- 6.5 De la interpretación del décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se concluye 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 del 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), **independientemente de la fecha en que dichos predios hayan sido entregados.**

- 6.6 La postergación de las obras que se encuentran supeditadas a la entrega de terrenos implicaran un incremento en el VAN del Proyecto a partir del cuarto año de la Concesión.

VII. RECOMENDACIÓN

De considerarlo pertinente, recomendamos que el Consejo Directivo del OSITRAN apruebe el presente Informe, para efectos de lo cual adjuntamos el correspondiente proyecto de Resolución, en donde se adoptan las conclusiones antes mencionadas y, adicionalmente, se dispone REITERAR la recomendación efectuada al MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, en el sentido que cumpla con entregar a la brevedad posible el 80% de los predios a que se refiere el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, a efectos de evitar hechos que puedan enturbiar el normal desarrollo de la concesión.

Atentamente,

CHRISTY GARCIA – GODOS NAVEDA
Gerente de Regulación (e)

FERNANDO LLANOS CORREA
Gerente de Supervisión

HUMBERTO RAMIREZ TRUCIOS
Gerente de Asesoría Legal