RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 034-2007-CD-OSITRAN

Lima, 13 de junio de 2007

VISTOS:

El escrito de fecha 20 de febrero de 2007, presentado por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, COVIPERU) y el Informe Nº 021-07-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 08 de junio de 2007, emitido por las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, 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 o el CONCESIONARIO);

Que, 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;

Que, como consecuencia de dicha solicitud, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 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:

> *"1º 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.*
>
> *(...)"*
>
> [El subrayado es nuestro]

Que, mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2007, denominado por el CONCESIONARIO como recurso de reconsideración, COVIPERU solicita lo siguiente:

*"… si conforme a lo indicado en el Punto 1 del Artículo 1 de la Resolución recurrida, el cobro del peaje con el respectivo reajuste antes mencionado está supeditado a que la Concesionaria haya realizado Obras en los terrenos que le fueron entregados por el Concedente y en los que no se compruebe imposibilidad de ejecución de obras; y dichos terrenos se entregan en un plazo muy cercano (en el peor de los escenarios, un mes o días antes) al inicio del quinto año de la Concesión, ello generaría que las Obras no se puedan culminar **OPORTUNAMENTE** y en consecuencia, el derecho de la Concesionaria a cobrar el peaje dolarizado y reajustado previsto en el Contrato de Concesión podría verse perjudicado."*

[El subrayado y mayúscula es nuestro]

"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:

(…)

*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 subrayado y negrilla son nuestros]

Que, respecto de la naturaleza del escrito interpuesto por el CONCESIONARIO, debemos señalar que el Artículo 206º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General -en adelante LPAG-, establece lo siguiente:

"Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108[1]*, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.*

(…)"

[1] La concordancia debe entenderse como referida al Artículo 109º de la LPAG.

Que, como puede observarse del contenido del escrito presentado por el CONCESIONARIO, en ninguna parte del mismo se señala o afirma que la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN, directa o indirectamente, ***"…viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo…"*** de COVIPERU;

Que, contrariamente a ello, podemos observar que en su escrito el CONCESIONARIO expresamente ha solicitado a OSITRAN, PRECISE el contenido de la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN;

Que, en consecuencia, somos de la opinión que el escrito presentado por COVIPERU NO constituye sustantivamente recurso impugnatorio alguno, sino una solicitud de ACLARACIÓN del contenido de la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN;

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

(i) Por un lado, se han establecido obligaciones respecto del CONCEDENTE, en relación al plazo para la entrega de un porcentaje determinado del área total de los predios que constituye el derecho de vía;

(ii) De otro lado, se ha establecido obligaciones con relación al CONCESIONARIO, para el inicio de las obras de la Primera Etapa (Sub tramos 3 y 5).

Que, en ese sentido, consideramos necesario PRECISAR lo siguiente:

a) Respecto del plazo para que el CONCEDENTE entregue los predios de la Primera Etapa de Construcción:

- El sexto párrafo de la Cláusula 5.2 señala que el CONCEDENTE se encuentra obligado a entregar dentro de los 540 días calendarios contados desde la fecha de suscripción del contrato de concesión, como mínimo el 80% de los predios necesarios para que la CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de cada uno de los Sub Tramos [sub tramos 3 y 5] de la Primera Etapa de Construcción.

b) Respecto del plazo para ejecución de las obras de la Primera Etapa:

- El Anexo II ("Descripción de las Obras") del Contrato de Concesión señala que en su ítem 2, primer párrafo, que las obras de la Primera Etapa ***"se ejecutará dentro de los dos (2) años posteriores a la entrega de los predios necesarios… según lo señalado en la Cláusula 5.2 y el presente anexo…"*** [El subrayado es nuestro];

- En ese sentido, el octavo párrafo de la Cláusula 5.2 señala que ***"***[e]***l plazo para la ejecución de las Obras de la Primera Etapa prevista 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*** [ubicados en los sub tramos 3 y 5]***… en términos del área total que constituye el Derecho de Vía. (…)"*** [El subrayado es nuestro].

Que, como puede observarse, en estricto, el Contrato de Concesión establece un plazo máximo sujeto a CONDICIÓN para la conclusión de las obras de la Primera Etapa; que es de 2 años, el cual que se empezará a computar a partir de la entrega del 80% de predios ubicados en los sub tramos 3 y 5;

Que, en consecuencia, el Contrato de Concesión no establece expresamente de manera absoluta que el plazo para la conclusión de las obras de la Primera Etapa sea el quinto año (de iniciada la concesión). Por tanto, a nuestro entender, independientemente del momento en que el CONCEDENTE entregue los terrenos necesarios, el CONCESIONARIO sólo estará facultado para cobrar la tarifa establecida en el literal c) de la Cláusula 8.17, siempre que las obras correspondientes a los sub-tramos cuyos predios hayan sido recibidos oportunamente por parte del CONCEDENTE, se hayan concluido, conforme a lo establecido en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2;

Que, en efecto, el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 establece que:

> *"En caso:*
>
> *(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… y [dicho supuesto] 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."*

[El subrayado y negrilla son nuestros]

Que, en ese sentido, teniendo en consideración que conforme al Artículo 3º 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*;

Que, 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;

Que, en consecuencia, nos ratificamos en la opinión que, de la lectura del décimo párrafo de la Cláusula 5.2, se infiere que la Empresa Concesionaria podrá empezar a realizar el cobro del peaje hasta por el monto de US $ 1,50 conforme a lo señalado en el literal c) de la Cláusula 8.17, a partir del inicio quinto año de la concesión, siempre que haya concluido las obras en los predios que le fueron entregados por el CONCEDENTE, incluso cuando estos predios representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía), independientemente del momento de su entrega;

Que, de esta manera, el Contrato en esta sección busca, por un lado, no afectar los ingresos del CONCESIONARIO por incumplimientos del CONCEDENTE, pero a la vez tiene por objetivo 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 CONCESIONARIO y no

posponer el inicio de la construcción hasta el momento en que se le entregue el 80% del área de los Sub tramos 3 y 5, en caso los terrenos faltantes no representen un obstáculo para la ejecución de las obras;

Que, cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el CONCEDENTE podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege el interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, solo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes;

Que, en consecuencia, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley Nº 26917 y el literal d) del artículo 53º del Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 13 de junio de 2007.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- ACLARAR los alcances de la INTERPRETACIÓN del décimo párrafo de la Cláusula 5.2 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 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.*

Artículo 2.- Notificar la presente resolución, el Informe Nº 021-07-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.NºPD8494-07

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
08 JUN. 2007
RECIBIDO
Firma ..... Nº .....

INFORME Nº 021-07-GRE-GAL-OSITRAN

S.G.G.:
Pase a la sesión del C.D. del 13.JUN.07.
08JUN07

Para : Julio Escudero Meza
Gerente General

De : Patricia Benavente Donayre
Gerente de Asesoría Legal (e)

Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Asunto : Solicitud de aclaración de la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN respecto a interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica (Red Vial Nº 6)

Fecha : 08 de junio de 2007

I. ANTECEDENTES

1.1 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).

1.2 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.

1.3 Como consecuencia de dicha solicitud, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 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:

> ***"1º*** ***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.***
>
> ***2º*** ***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.***
>
> ***3º*** ***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]

1.4 Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2007, denominado por el CONCESIONARIO como recurso de reconsideración, COVIPERU solicita 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]

II. CUESTIÓN PREVIA: De la naturaleza de la solicitud presentada por el Concesionario

2.1 Con relación a la naturaleza de los recursos impugnativos, el Artículo 206º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), señala lo siguiente:

"Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108[1]*, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía*

[1] La concordancia debe entenderse como referida al Artículo 109º de la LPAG.

***administrativa** mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.*

(...)"

2.2 Como puede observarse del contenido del escrito presentado por el CONCESIONARIO, en ninguna parte del mismo se señala o afirma que la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN, directa o indirectamente, *"...**viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo**... "* de COVIPERU.

Contrariamente a ello, podemos observar que en su escrito el CONCESIONARIO expresamente ha solicitado a OSITRAN, PRECISE el contenido de la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN.

2.3 En consecuencia, somos de la opinión que el escrito presentado por COVIPERU NO constituye sustantivamente recurso impugnatorio alguno.

Al respecto, el 1.6 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, establece lo siguiente:

> ***"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo***
>
> ***1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:***
>
> *(...)*
>
> ***1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.***
>
> *(...)"*

De esta manera, en aplicación del *principio de informalismo* dispuesto por la norma precedentemente citada, corresponde que OSITRAN tramite la petición presentada por COVIPERU como una solicitud de ACLARACIÓN del contenido de la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN.

III. OBJETO

3.1 Teniendo en consideración que el ítem 1 del Artículo Primero de la Resolución de Consejo Directivo Nº 010-2007-OSITRAN se estableció que:

> ***"1º** **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.*

Y, teniendo en consideración que en su solicitud de aclaración COVIPERU señala que:

> ***"... 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...***
> ***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."***

3.2 En consecuencia, el objeto del presente Informe es determinar si, de acuerdo con la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el ajuste de peaje establecido en la cláusula 8.17, se aplica aún en el supuesto que la entrega de los terrenos se efectúe luego de los 540 días de iniciado el Contrato de Concesión, con independencia de que se haya concluido o no la ejecución de las obras.

IV. MARCO LEGAL

4.1 El artículo 7º de la Ley Nº 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público establece lo siguiente.

> *"**Artículo 7º***
>
> *Funciones*
> *7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:*
> *(...)*
> *e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.*
> *(...)"*

4.2 Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión:

> *"Toma de Posesión de los Bienes*
>
> *5.2.- El CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberán suscribir el Acta Final de Entrega de los Bienes dentro de los noventa (90) Días Calendario de la suscripción del presente Contrato, en la que se dejará constancia que la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha tomado posesión de las áreas de terreno disponibles comprendidas en el Área de la Concesión y en el Derecho de Vía establecidos para el Tramo Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, así como de los Bienes Reversibles y del inventario vial que serán destinados a la ejecución del Contrato en lo que respecta a este tramo, especificando sus características, ubicación, estado de conservación, funcionamiento y rendimiento. Una copia del Acta deberá ser entregada al REGULADOR.*
>
> *El CONCEDENTE podrá elaborar diversas Actas de Entrega Física de Bienes, según vaya entregando los mismos, que complementan y en conjunto constituyen el Acta Final de Entrega de Bienes.*
>
> *La Toma de Posesión de los Bienes se da de manera individual respecto de cada uno de ellos, en la fecha en que son entregados, teniendo la SOCIEDAD CONCESIONARIA la facultad de solicitar al REGULADOR el aplazamiento del cumplimiento de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento*

se vea afectado directamente por la falta de entrega de cualesquiera de estos bienes.

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

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

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

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

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

criterio de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, indispensable para iniciar las Obras correspondientes a cada uno de los Sub-Tramos de la Primera Etapa, ésta podrá acogerse a lo previsto en la Cláusula 6.9. del Contrato.

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

En caso que:

(i) no se produzca la entrega del ochenta por ciento (80%) de los predios necesarios en términos del área total que constituye el Derecho de Vía, necesaria para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en los Sub-Tramos de la Primera Etapa de Construcción dentro del plazo de quinientos cuarenta (540) Días Calendario de suscrito el Contrato o, (ii) no se produzca la entrega del veinte por ciento (20%) restante de los bienes necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en los Sub-Tramos de la Primera Etapa de Construcción dentro de los ciento ochenta (180) Días Calendario siguientes a la entrega del ochenta por ciento (80%) inicial o, (iii) no se produzca la entrega de los predios correspondientes a la Segunda Etapa dentro del plazo señalado anteriormente y cualesquiera de estos supuestos no permita con la debida sustentación a la SOCIEDAD CONCESIONARIA iniciar o continuar con las Obras y entregarlas para su aceptación a la comisión de recepción de Obras en el plazo máximo de ejecución previsto en el Anexo II del Contrato, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá comenzar a efectuar el cobro del Peaje hasta el importe de la Tarifa a que se refiere el apartado c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, a partir de la fecha originalmente prevista para la terminación de las Obras iniciales siempre que hubiera concluido la ejecución de las Obras correspondientes a los Sub-Tramos respecto de los que si recibió del CONCEDENTE la totalidad de los predios necesarios para ella o que la falta de entrega no sea un impedimento real para la culminación de las Obras. En este último caso, también será de aplicación lo establecido en los incisos c) y d) de la Cláusula 8.17 del Contrato, así como el otorgamiento de las garantías a que se refieren las Cláusulas 9.9 y 9.10 del Contrato.

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

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

4.3 Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión:

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

(...)

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

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

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

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."

V. ANÁLISIS

5.1 Con el objeto de proceder al análisis de la solicitud de precisión (interpretación) 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 la petición materia del presente Informe.

V.1. Obligaciones de la Sociedad Concesionaria

5.2 Conforme a lo establecido en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, COVIPERU se encuentra obligada a realizar las obras[2] referidas en el Anexo II de dicho contrato, conforme a los plazos y condiciones ahí previstas.

5.3 La ejecución de dichas labores a cargo de COVIPERU se efectuará siguiendo el criterio por Etapas establecidas en el Anexo II del Contrato de Concesión[3].

V.2. Calendario y Plazos de Ejecución de la Obra

5.4 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 obras[4].

---

[2] 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."*

[3] *"... 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)

[4] 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.3. Inicio de la Construcción

5.5 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

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

Sub Tramo 1 : desde el ***Puente Pucusana*** hasta el ***Ingreso Cerro Azul***, que comprende una longitud de 72.700 km.

Sub Tramo 2 : desde el ***Ingreso Cerro Azul*** hasta el ***Cerro Calavera***, que comprende una longitud de 1.600 km.

Sub Tramo 3 : desde el ***Cerro Calavera*** hasta ***Pampa Clarita***, que comprende una longitud de 18.701 km.

Sub Tramo 4 : desde ***Pampa Clarita*** hasta ***Intercambio Chincha Alta***, que comprende una longitud de 33.085 km.

Sub Tramo 5 : desde ***Intercambio Chincha Alta*** hasta ***Empalme San Andrés***, que comprende una longitud de 41.114 km.

Sub Tramo 6 : desde ***Empalme San Andrés*** hasta ***Guadalupe***, que comprende una longitud de 54.495 km.

V.5. Anexo II del Contrato de Concesión

5.7 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.

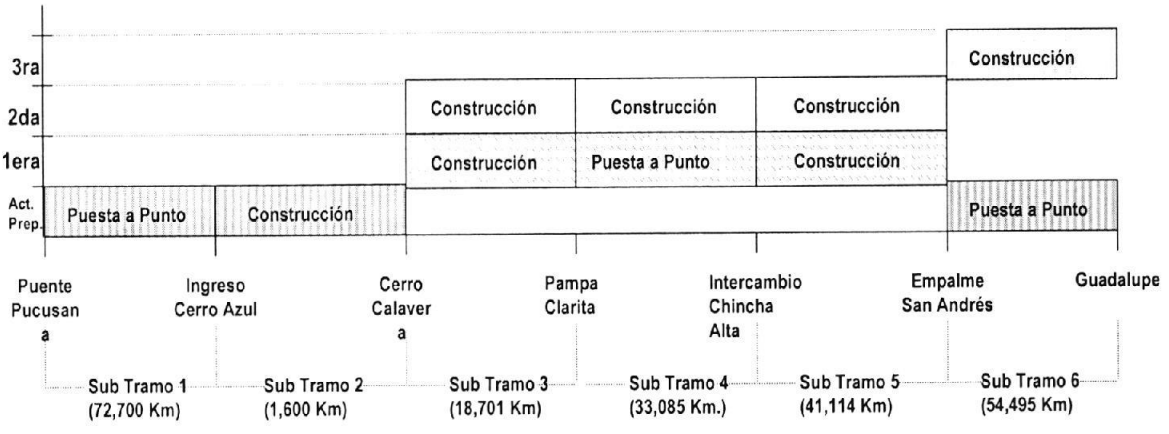
5.8 La construcción de la autopista está prevista a realizarse en tres etapas posteriores a las actividades preparatorias[5]; para efectos del presente Informe, nos interesa destacar únicamente lo relativo a *las obligaciones del CONCESIONARIO en las actividades preparatorias y primera etapa de construcción*:

- De acuerdo con lo establecido en el mencionado Anexo II, las ***Actividades Preparatorias*** se realizaran durante los dos primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, periodo en el cual COVIPERÚ se encuentra obligada a realizar obras de puesta a punto de la autopista existente, construcción de una calzada de la autopista, construcción del intercambio vial Cerro Azul y construcción de dos unidades de peaje[6].

- 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.

5.9 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 Nº 1
Descripción General de las Obras
Red Vial Nº 6



5.10 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

---

[5] 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...*"

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

en los puntos materia de la interpretación, para posteriormente pasar a precisar la opinión de OSITRAN respecto a la interpretación propuesta por la Empresa Concesionaria

V.6. Evaluación General de la Cláusula 5.2

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

(i) Por un lado, se han establecido obligaciones respecto del CONCEDENTE, en relación al plazo para la entrega de un porcentaje determinado del área total de los predios que constituye el derecho de vía.

(ii) De otro lado, se ha establecido obligaciones con relación al CONCESIONARIO, para el inicio de las obras de la Primera Etapa (Sub tramos 3 y 5)

- ***De la obligación de entrega de predios a cargo del Concedente***

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

- ***De la obligación del Concesionario***

5.13 Por otra parte, la Empresa Concesionaria se encontrará obligada a iniciar la construcción de las obras en los mencionados sub-tramos, siempre que hubiere recibido del CONCEDENTE el 80% de los predios (en términos del área total que constituye el derecho de vía) involucrados en cada sub-tramo.

5.14 En lo que respecta a la obligación de la ejecución de obras por parte del CONCESIONARIO, en el sétimo párrafo de la cláusula materia de análisis, se ha establecido una delegación expresa del CONCEDENTE en favor de OSITRAN, a efectos que sea el Regulador quien determine si los predios faltantes son indispensables para el inicio de la ejecución de obras; ello, sin perjuicio de la entrega de los predios restantes por parte del CONCEDENTE, en el menor tiempo posible.

5.15 En efecto, las partes intervinientes en el Contrato han acordado que el CONCEDENTE delegue a favor de OSITRAN la facultad de determinar si los predios faltantes son indispensables para la ejecución de las Obras. En ese sentido, el pronunciamiento que eventualmente emita el Regulador con ocasión de dicha delegación, constituirá un acto administrativo en tanto dicho pronunciamiento tiene efectos jurídicos sobre las obligaciones y derechos de las partes en el Contrato.

5.16 En lo que respecta al plazo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa (2 años), el octavo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece que el mismo se empezará a computar a partir de la fecha en que el CONCEDENTE cumpla con entregar a la Sociedad Concesionaria el 80% de los predios necesarios para la construcción de las obras en los sub tramos 3 y 5 (en términos del área total que constituye el derecho de vía). Es decir, si la Sociedad Concesionaria inició las obras de construcción, no obstante habérsele entregado un porcentaje menor al 80% antes mencionado, el plazo para la culminación de las obras empezará a correr recién a partir del momento en que el CONCESIONARIO complete el 80%, y no a partir de la fecha en que empezó la labor de construcción.

5.17 Por otra parte, a fin de poder tener un mejor entendimiento de los plazos que prevé el Contrato debe tenerse presente que según el penúltimo párrafo de la cláusula materia de comentario, la obligación del CONCESIONARIO para iniciar las obras de la Primera Etapa se inicia a partir del tercer año. Además, de acuerdo al Anexo II, el tiempo máximo para la ejecución de las obras de la Primera Etapa es de dos años.

V.7 Evaluación de la interpretación propuesta del Concesionario

5.18 El CONCESIONARIO señala lo siguiente:

> *"... si conforme a lo indicado en el Punto 1 del Artículo 1 de la Resolución recurrida, el cobro del peaje con el respectivo reajuste antes mencionado está supeditado a que la Concesionaria haya realizado Obras en los terrenos que le fueron entregados por el Concedente y en los que no se compruebe imposibilidad de ejecución de obras; y dichos terrenos se entregan en un plazo muy cercano (en el peor de los escenarios, un mes o días antes) al inicio del quinto año de la Concesión, ello generaría que las Obras no se puedan culminar **OPORTUNAMENTE** y en consecuencia, el derecho de la Concesionaria a cobrar el peaje dolarizado y reajustado previsto en el Contrato de Concesión podría verse perjudicado."*
>
> [El subrayado y mayúscula es nuestro]
>
> *"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:*
>
> *(...)*
>
> *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 subrayado y negrilla son nuestros]

5.19 En ese sentido, consideramos necesario PRECISAR lo siguiente:

a) Respecto del plazo para que el CONCEDENTE entregue los predios de la Primera Etapa de Construcción:

- El sexto párrafo de la Cláusula 5.2 señala que el CONCEDENTE se encuentra obligado a entregar dentro de los 540 días calendarios contados desde la fecha de suscripción del contrato de concesión, como mínimo el 80% de los predios necesarios para que la CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de cada uno de los Sub Tramos [sub tramos 3 y 5] de la Primera Etapa de Construcción.

b) Respecto del plazo para ejecución de las obras de la Primera Etapa:

- El Anexo II ("Descripción de las Obras") del Contrato de Concesión señala que en su ítem 2, primer párrafo, que las obras de la Primera Etapa ***"se ejecutará dentro de los dos (2) años posteriores a la entrega de los predios necesarios... según lo señalado en la Cláusula 5.2 y el presente anexo..."*** [El subrayado es nuestro].

- En ese sentido, el octavo párrafo de la Cláusula 5.2 señala que ***"***[e]***l plazo para la ejecución de las Obras de la Primera Etapa prevista 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*** [ubicados en los sub tramos 3 y 5]***... en términos del área total que constituye el Derecho de Vía. (...)"*** [El subrayado es nuestro].

Como puede observarse, en estricto, el Contrato de Concesión establece un plazo máximo sujeto a CONDICIÓN para la conclusión de las obras de la Primera Etapa; que es de 2 años, el cual que se empezará a computar a partir de la entrega del 80% de predios ubicados en los sub tramos 3 y 5.

5.20 En consecuencia, el Contrato de Concesión no establece expresamente de manera absoluta que el plazo para la conclusión de las obras de la Primera Etapa sea el quinto año (de iniciada la concesión). Por tanto, a nuestro entender, independientemente del momento en que el CONCEDENTE entregue los terrenos necesarios, el CONCESIONARIO sólo estará facultado para cobrar la tarifa establecida en el literal c) de la Cláusula 8.17, siempre que las obras correspondientes a los sub-tramos cuyos predios hayan sido recibidos oportunamente por parte del CONCEDENTE, se hayan concluido, conforme a lo establecido en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2.

5.21 En efecto el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 establece que:

> *"En caso:*
>
> *(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... y [dicho supuesto] 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."*

[El subrayado y negrilla son nuestros]

5.22. En ese sentido, teniendo en consideración que conforme al Artículo 3º de la Ley 26917[7], *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*;

- 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.

5.23. En virtud de lo anteriormente expuesto, nos ratificamos en la opinión que, de la lectura del décimo párrafo de la Cláusula 5.2, se infiere que la Empresa Concesionaria podrá empezar a realizar el cobro del peaje hasta por el monto de US $ 1,50 conforme a lo señalado en el literal c) de la cláusula 8.17, a partir del inicio quinto año de la concesión, siempre que haya concluido las obras en los predios que le fueron entregados por el CONCEDENTE, incluso cuando estos predios representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía), independientemente del momento de su entrega.

Así, el Contrato en esta sección busca, por un lado, no afectar los ingresos del CONCESIONARIO por incumplimientos del CONCEDENTE, pero a la vez tiene por objetivo 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 CONCESIONARIO y no posponer el inicio de la construcción hasta el momento en que se le entregue el 80% del área de los Sub tramos 3 y 5, en caso los terrenos faltantes no representen un obstáculo para la ejecución de las obras.

---

[7] Ley Nº 26917

"Artículo 3.- Misión de OSITRAN

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

Cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el CONCEDENTE podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege el interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, solo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes.

5.24. Por último, debemos señalar que el ajuste del nivel tarifario está directamente correlacionado al cumplimiento de las inversiones realizadas pues la tarifa representa tanto la recuperación del monto invertido como la rentabilidad proyectada en la oferta formulada por el concesionario. En ese sentido, un incremento tarifario sin materialización de obras equivale a una transferencia de utilidades marginales lo cual podría alterar en caso extremo el equilibrio económico financiero de la concesión.

IV. CONCLUSIÓN

Del análisis precedente estas Gerencias arriban a la siguiente conclusión:

De la interpretación 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, 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 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.

Atentamente,

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Gerente de Asesoría Legal (e)

GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación

AR-CGG
REG-SAL-GRE-GAL-8051-07
MP. 2360