



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

OSITRAN

OSITRAN

OFICIO CIRCULAR N° 022-17-SCD-OSITRAN

Lima, 13 de setiembre de 2017

Señora
ROSA VIRGINIA NAKAGAWA MORALES
Directora General de Concesiones en Transportes
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
Jr. Zorritos N° 1203
Lima.-

M.T.C.	
MESA DE PARTES	
E-	24/625
13 SET. 2017	
HORA	FIRMA
U:W	

Asunto : Opinión sobre propuesta de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión al Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte

Referencia : a) Oficio N° 3558-2017-MTC/25
b) Oficio N° 3576-2017-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 619-2017-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 13 de setiembre de 2017, adoptó el Acuerdo N° 2050-619-17-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el Informe N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y emitió opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, en los términos señalados en el Informe antes mencionado.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 2050-619-17-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

JORGE ARTOLA GRADOS
Secretario del Consejo Directivo (e)

Reg. Sal. SCD N° 33019

MTC	
DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES EN TRANSPORTES	
13 SEP 2017	
RECIBIÓ LA FIRMA	
09/40	





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

OSITRAN
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Infraestructura de Transporte de Uso Público

**ACUERDO N° 2050-619-17-CD-OSITRAN
de fecha 13 de setiembre de 2017**

Vistos, el Informe N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y los Oficios N° 3558-2017-MTC/25 y Oficio N° 3576-2017-MTC/25; en virtud a lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1224, que aprueba el "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos", y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, en los términos señalados en el referido informe.
- b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.
- c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a NORVIAL S.A.
- d) De conformidad con el artículo 82° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, notificar el presente Acuerdo y el Informe N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original

JORGE ARTOLA GRADOS
Secretario de Consejo Directivo (e)
OSITRAN

INFORME N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO
Gerente General

De : RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JORGE HERNAN ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Asunto : Opinión sobre proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión al Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.

Referencia : Oficio N° 3558-2017-MTC/25, recibido el 29.08.2017
Oficio N° 3576-2017-MTC/25, recibido el 01.09.2017

Fecha : 08 de setiembre de 2017

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
08 SEP 2017
RECIBIDO
Firma: [Firma] Hora: 5:04 PM

OSITRAN
SECRETARÍA CONSEJO DIRECTIVO
08 SEP 2017
RECIBIDO
Firma: [Firma] Hora: 5:19 PM

I. OBJETO

1. Emitir la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de los documentos de la referencia, respecto del proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo, Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte (en adelante, el Contrato de Concesión).

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de enero de 2003, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), en representación del Estado Peruano, suscribió con la empresa NORVIAL S.A. (en adelante, la Sociedad Concesionaria o NORVIAL), el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.
2. Con fecha 08 de noviembre de 2004, el Concedente y la Sociedad Concesionaria suscribieron la Adenda N° 1 del Contrato de Concesión, mediante la cual se modificaron las siguiente cláusulas: 1.5, 3.3 k, 4.2, 5.1, 5.2, 5.14, 5.18, 6.1, 6.2, 6.7, 6.19, 8.17, 8.18, 8.24, 9.5, 9.6, 9.7, 10.2, 10.5, 12.4, 14.2, 14.3, 14.4, 14.5, 14.6, 14.7, 14.9, 14.12, 14.13, 14.14, 14.15, 15.2, 15.12, 15.13, 15.14, 17.1, 17.2 y el anexo IV. Asimismo, se incorporaron las cláusulas 14.16, la sección XVIII y el anexo VI.
3. Con fecha 31 de octubre de 2005, el Concedente y la Sociedad Concesionaria suscribieron la Adenda N° 2 del Contrato de Concesión, mediante la cual se modificaron las cláusulas 8.19, 9.5, 9.6 y 11.7 literal a) del referido texto.



4. Con fecha 13 de junio de 2008, el Concedente y la Sociedad Concesionaria suscribieron la Adenda N° 3 del Contrato de Concesión, que versó sobre la inclusión de la cláusula 6.2.1A, referida a Obras Complementarias.
5. Con fecha 23 de diciembre de 2015, el Concedente y la Sociedad Concesionaria suscribieron la Adenda N° 4 del Contrato de Concesión, mediante la cual se modificaron las cláusulas 6.2 y la incorporación de la cláusula 6.2.A.
6. Mediante Oficio N° 1875-2017-MTC/25, recibido el 11 de mayo de 2017, el Concedente convocó a una reunión de Evaluación Conjunta, que se llevó a cabo el 15 de mayo.
7. A través del Oficio N° 2673-2017-MTC/25, recibido el 03 de julio de 2017, el Concedente convocó al Regulador a una Segunda Reunión de Evaluación Conjunta, que se llevó a cabo el viernes 14 de julio, con asistencia del Ministerio de Economía y Finanzas y el Concesionario.
8. Mediante Oficio N° 3423-2017-MTC/25 de fecha 18 de agosto de 2017, el Concedente convocó al Regulador a la Tercera Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto del Proyecto de Adenda N°5, la misma que se llevó a cabo el 24 de agosto.
9. A través del Oficio N° 3516-2017-MTC/25, recibido el 28 de agosto de 2017, el Concedente comunicó al Regulador la finalización de la Evaluación Conjunta del Proyecto de Adenda N°5.
10. Mediante Oficio N° 3558-2017-MTC/25, recibido el 29 de agosto de 2017, el Concedente remitió a OSITRAN el Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión y el Informe N° 738-2017-MTC/25 que lo sustenta, solicitando la opinión técnica correspondiente.
11. A través Oficio N° 3576-2017-MTC/25, recibido el 1 de setiembre de 2017, el Concedente remitió a OSITRAN información complementaria a la remitida mediante el oficio señalado en el numeral anterior, a efectos que el Regulador emita la opinión técnica correspondiente.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

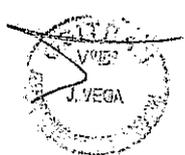
III.1 Sobre la modificación del Contrato de Concesión

12. El artículo 22.1 del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, DL 1224) establece:

"22.1 El Estado de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento"

(El subrayado es nuestro).

13. En la misma línea, el artículo 53 del Reglamento del Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF (en adelante, Reglamento del DL 1224) señala que las partes pueden convenir en modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, y, además, procurarán no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.



14. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual debe respetar los parámetros que el marco normativo establece.
15. De otro lado, el artículo 28 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM¹ y sus modificatorias, establece que corresponde a este Regulador, a través de su Consejo Directivo, emitir opinión respecto de las propuestas de modificación de los contratos de concesión. En tal sentido, dispone lo siguiente:

"Artículo 28.- Opinión técnica previa y supervisión de los contratos.

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa, sobre materias referidas a:

(...)

3. *La propuesta de modificación de los Contratos de Concesión. En este caso la opinión técnica previa es emitida por el OSITRAN respecto del acuerdo al que hayan arribado las partes, salvo que el respectivo contrato de concesión disponga procedimiento distinto".*

(El subrayado es nuestro).

16. La Sección XVI del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"Sección XVI: MODIFICACIONES AL CONTRATO

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al SUPERVISOR, con copia para el otro contratante, con el debido sustento técnico. El CONCEDENTE resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del SUPERVISOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

De conformidad con el artículo 33 del Reglamento del TUO, el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, cuando ello resulte necesario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:

- i) Que la SOCIEDAD CONCESIONARIA pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o
- ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en las cláusulas 9.5, 9.6 y 9.7 de este Contrato; o
- iii) Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción del Contrato".

(El subrayado y resaltado son nuestros).



¹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.



17. Por su parte, los artículos 22.2, 22.3 y 22.4 del DL 1224, regulan un mecanismo de Evaluación Conjunta, de acuerdo a los siguientes términos:

"22.2 En un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, a la cual también puede ser convocado el inversionista. En esta etapa se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces.
(...)"².

22.3 Culminado el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, y tratándose de materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, debe requerirse la opinión previa favorable de dicho Ministerio. Los acuerdos que contengan modificaciones al contrato Asociación Público Privada que no cuenten con opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

22.4 Los plazos y procedimientos dispuestos en el presente artículo, son establecidos en el Reglamento. De no emitirse opinión dentro de los plazos previstos, son considerados como favorables".

(El subrayado y resaltado son nuestros).

18. Con relación a lo anterior, los artículos 54, 55 y 56 del Reglamento del DL 1224, establecen lo siguiente:

"Artículo 54.- Límite temporal para la suscripción de adendas

Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se trate de:

- La corrección de errores materiales.*
- Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del contrato.*
- La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.*

Artículo 55.- Evaluación conjunta

55.1 Las modificaciones contractuales a solicitud del inversionista deben estar sustentadas y adjuntar los términos de la modificación propuesta. Esta propuesta de adenda es publicada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en su portal institucional, dentro del plazo de cinco (05) días calendario de recibida.

55.2 Recibida la propuesta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas.

55.3 De acuerdo a las fechas programadas por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, las entidades públicas convocadas tienen la obligación de asistir a las sesiones del proceso de evaluación conjunta³.

² Disposición modificada por el Decreto Legislativo N° 1251.

³ Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 243-2017-EF (22.08.2017).



55.4 Las entidades públicas convocadas, emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la adenda. Corresponde únicamente al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determinar la concurrencia del inversionista y sus financistas, de ser necesario⁴.

55.5 Las entidades públicas pueden suscribir actas y realizar reuniones presenciales o virtuales que resulten necesarias, considerando para ello el principio de Enfoque de Resultados. En caso el inversionista presente cambios a la propuesta de adenda, éstas se incorporan a la evaluación sin que ello implique retrotraer el análisis.

55.6 El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al inversionista.

55.7 Las disposiciones indicadas en el presente artículo son aplicables en lo que corresponda cuando la adenda es solicitada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

Artículo 56.- Reglas aplicables para la evaluación de adendas

56.1 Los contratos de Asociación Público Privada que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el Reglamento.

56.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evalúa la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada en el marco de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley⁵.

(El subrayado es nuestro).

19. De acuerdo a las referidas normas reglamentarias, se concluye que durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de suscripción de los contratos de APP, no pueden suscribirse adendas a los contratos de APP, salvo que se trate de:

- a) La corrección de errores materiales.
- b) Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto⁵.
- c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

20. Igualmente, el artículo 22 del DL 1224 y el artículo 55 de su Reglamento han establecido un mecanismo de Evaluación Conjunta de modificaciones contractuales, cuyas disposiciones se aplican en todos los casos de adendas solicitadas por el inversionista y, en lo que corresponda, en los casos de adendas solicitadas por el propio Ministerio. Así, entre otros aspectos, en el marco de dicho proceso, una vez recibida la propuesta, el Ministerio en el plazo máximo de diez (10) días hábiles convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas.

21. El artículo 56 de la referida norma reglamentaria también dispone como regla aplicable para la evaluación correspondiente que, si la adenda propuesta desvirtuara el objeto del proyecto

⁴ Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 243-2017-EF (22.08.2017).

⁵ Esta disposición fue modificada por el Decreto Supremo N° 68-2017-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28.03.2017.

original o involucrara un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto de APP, el Concedente -siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera- evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una adenda al contrato.

22. Finalmente, el artículo 57.1 del Reglamento del DL 1224, establece que, sobre la base de la información proporcionada en el proceso de Evaluación Conjunta, el Concedente debe determinar y sustentar las modificaciones contractuales, y luego de ello, solicitar la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.
23. Por su parte, el artículo 22.3 del DL 1224 y el artículo 57 de su Reglamento, prevén que las modificaciones que se produzcan a los contratos de concesión requieren opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, caso contrario, se considerará favorable. Así, el artículo 57 del Reglamento establece disposiciones específicas con relación a las modificaciones contractuales, señalando lo siguiente:

"Artículo 57.- Opiniones previas

57.1 En base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determina y sustenta las modificaciones contractuales y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.

57.2 Contando con la opinión del organismo regulador, la entidad pública solicita la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato, y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado.

57.3 Los acuerdos indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada, que regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

57.4 La opinión de las entidades públicas competentes se emite en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que estas entidades hubiesen emitido su opinión, se entiende que ésta es favorable⁶.

57.5 En caso dichas entidades requieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información se efectúa por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspende y sólo se reinicia una vez recibida la información requerida.

57.6 Emitida la opinión de las entidades públicas señaladas en los numerales precedentes, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local solicita el Informe Previo de la Contraloría General de la República en caso las modificaciones incorporen o alteren el cofinanciamiento o las garantías del contrato de Asociación Público Privada conforme lo señalado en el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1224.



⁶ Numeral modificado por el Decreto Supremo N° 68-2017-EF.

El Informe Previo únicamente puede referirse a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho Informe Previo no es vinculante, sin perjuicio de control posterior.

El plazo para la emisión del Informe Previo es de diez (10) días hábiles. La Contraloría General de la República, cuenta hasta con tres (03) días hábiles de recibida la información para requerir por única vez, mayor información. En este caso, el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, reanudándose a partir del día hábil siguiente de recibida la información requerida⁷;

(El subrayado y énfasis es nuestro).

24. De acuerdo con la referida norma, las opiniones sobre las modificaciones de los contratos de concesión deberán ser emitidas por los organismos reguladores en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, salvo que se requiera información complementaria, en cuyo caso los plazos quedarán suspendidos.
25. Al respecto, mediante el Oficio N° 3558-2017-MTC/25, recibido por OSITRAN el 29 de agosto de 2017, el Concedente presentó su solicitud de opinión previa al proyecto de adenda aludido para lo cual adjunto el Informe N° 738-2017-MTC/25 y sus adjuntos. Dicha información fue complementada a través del Oficio N° 3576-2017-MTC/25, de fecha de recepción 01 de setiembre de 2017 que adjunta el Informe N° 748-2017-MTC/OSITRAN, en el que se modifican ciertos aspectos del Informe de sustento remitido inicialmente por el MTC. En tal sentido, el plazo para que OSITRAN cumpla con emitir tal opinión vence el viernes 15 de setiembre de 2017, plazo computado desde la presentación del documento complementario remitido por el Concedente.
26. En ese orden normativo, en los acápites siguientes se procederá con el análisis de admisibilidad y procedencia de la solicitud de opinión técnica no vinculante presentada por el Concedente al Regulador, en atención de la propuesta de adenda efectuada por el Concesionario en el marco de la Sección XVI del Contrato de Concesión.

III.2 Sobre la función asignada a OSITRAN en materia de modificación contractual

27. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, en el ejercicio de sus funciones, este Organismo Regulador debe cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses de los usuarios, los inversionistas y el Estado.
28. Por otro lado, en lo que respecta a las modificaciones contractuales, el literal f) del numeral 7.1 del artículo 7 de la referida Ley, establece lo siguiente:

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(El subrayado es nuestro).

⁷ Numeral incorporado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 243-2017-EF (22.08.2017).



29. En concordancia con lo anterior, el artículo 28° del REGO establece lo siguiente:

"Artículo 28.- Opinión técnica previa y supervisión de los contratos

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, debe emitir opinión técnica previa, sobre materias referidas a:

(...)

3. La propuesta de modificación de los Contratos de Concesión. En este caso la opinión técnica previa es emitida por el OSITRAN respecto del acuerdo al que hayan arribado las partes, salvo que el respectivo contrato de concesión disponga procedimiento distinto.

(...)"

(El subrayado es nuestro).

30. Asimismo, el inciso 9 del artículo 7° del ROF establece que es función del Consejo Directivo, el aprobar la opinión técnica previa a la celebración de contratos de concesión, su renovación, modificación del plazo de concesión, renegociación o revisión; así como declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia.
31. Como puede advertirse, el marco legal vigente, de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre las que se encuentra el Concesionario, establece que corresponde al Regulador emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión.
32. De otro lado, los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión.
33. En concreto, el numeral 6.2 prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial, la opinión del Regulador deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sugiriendo los términos de la misma, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora; precisando además, en su quinto párrafo, los casos de modificaciones sustanciales de un contrato, señalándose a manera de ejemplo los siguientes: la alteración del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, la ampliación de su plazo de vigencia, la modificación del Régimen Tarifario, los cambios en el Plan de Inversiones a cargo del Concesionario, entre otros.



^a En relación a la "Modificación del Plan de Inversiones", el Anexo 1 de los Lineamientos, establece como elementos mínimos de análisis, los siguientes:

- Evaluación de las causas y gatillos que afectan el desarrollo del cronograma inicial de inversiones.
- Evaluación técnica y económica de la propuesta que incluya el análisis de la demanda y los efectos en la prestación de los servicios.
- Análisis de valor presente de las inversiones y de los flujos de caja con y sin modificaciones.

Asimismo, en relación a la "Modificación del alcance de una obligación", los Lineamientos establecen como elementos mínimos de análisis, los siguientes:

- Valorización de la obligación.
- Cumplimiento de obligaciones relacionadas.
- Riesgos por cambios en la obligación sobre la operatividad, prestación y calidad de servicios.
- Evaluación de la compensación ofrecida.



34. En lo que respecta específicamente al Contrato de Concesión materia de modificación, debemos señalar que la Sección XVI del mismo establece lo siguiente:

"Sección XVI: MODIFICACIONES AL CONTRATO

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al SUPERVISOR, con copia para el otro contratante, con el debido sustento técnico. El CONCEDENTE resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del SUPERVISOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

De conformidad con el artículo 33 del Reglamento del T.U.O., el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, cuando ello resulte necesario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

(...)"

(El subrayado y resaltado son nuestros).

35. Como puede observarse, el primer párrafo de la cláusula citada establece expresamente que el solicitante de la adenda asume la obligación contractual de presentar el "debido sustento técnico". En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la falta o la insuficiencia de dicho sustento implica no solo el incumplimiento de una obligación contractualmente asumida por las Partes, sino también la imposibilidad de emisión de opinión técnica previa a cargo del Regulador.

36. Adicionalmente, el Contrato de Concesión acota las causales que sustentan la necesidad de suscripción de una modificación contractual, a los siguientes supuestos:

"(...)

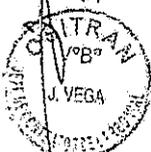
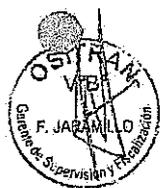
En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:

- i) Que la SOCIEDAD CONCESIONARIA pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o*
- ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en las cláusulas 9.5, 9.6 y 9.7 de este Contrato; o*
- iii) Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción del Contrato".*

(El subrayado es nuestro).

37. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto, será evaluado el proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.

38. Finalmente, debe señalarse que la opinión técnica emitida por OSITRAN y contenida en el presente Informe tiene carácter no vinculante, de conformidad con el numeral 171.2 del artículo 171° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), el cual establece que "Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley", y lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.



IV. ANÁLISIS

39. Luego de revisar la solicitud de opinión sobre el proyecto de Adenda N° 05 al Contrato de Concesión, remitida por el Concedente, así como lo establecido en el Contrato de Concesión y el marco legal vigente, se presenta nuestro análisis que consta de tres secciones:

- Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión
- Análisis del proyecto de Adenda
- Consideraciones Finales

IV.1 Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión

40. La Sección XVI del Contrato de Concesión prevé que toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al Supervisor, con copia a al otro contratante, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del Supervisor. Adicionalmente, dicha cláusula del Contrato de Concesión dispone que la propuesta de modificación deberá respetar, en lo posible, la naturaleza y las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

41. Por su parte, conforme se advirtió líneas arriba, el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 1224, establece que, "El Estado de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento".

42. En ese orden de ideas, corresponde evaluar el cumplimiento de los siguientes requisitos respecto de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión:

- Sustento legal, técnico y económico-financiero.
- La naturaleza y las condiciones técnicas y económicas contractualmente convenidas.
- El Equilibrio Económico – Financiero.
- Las condiciones de competencia del proceso de promoción.

IV.2.1. Sustento Legal, Técnico y Económico-Financiero

43. Tal como se ha indicado, con fecha 29 de agosto de 2017, el Concedente remitió el Oficio N° 3558-2017-MTC/25, con el cual remite el Informe N° 738-2017-MTC/25, por el que se sustenta el referido proyecto de adenda, y solicita a OSITRAN que emita opinión previa; asimismo, mediante el Oficio N° 3576-2017-MTC/25, de fecha de recepción 01 de setiembre del presente, el Concedente adjunta información complementaria entre la que se encuentra el Informe N° 748-2017-MTC/25.

44. A través de dichos documentos, el Concedente en el marco del artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1224, evalúa el cumplimiento de los requisitos formales de la propuesta de adenda, en lo que respecta a las condiciones de competencia del proceso de promoción, equilibrio económico financiero, así como respecto a la distribución de riesgos.



45. De otro lado, en relación al límite temporal para la suscripción de Adendas durante los tres (3) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, previsto en el artículo 54° del Reglamento del DL 1224, dicha restricción no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que, el Contrato materia de análisis fue suscrito el 15 de enero de 2003.
46. De igual modo, la propuesta cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, según la cual, la solicitud debe contener, entre otros, "La propuesta de redacción de la o las estipulaciones contractuales materia de modificación (...)".
47. En consecuencia, atendiendo a que la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente respecto del proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión, cumple con los requisitos de admisibilidad señalados anteriormente, la referida solicitud debe admitirse a trámite.
48. Sin embargo, debe advertirse que la verificación formal del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento técnico remitido. La evaluación técnica del contenido de la información, la suficiencia y pertinencia de la misma, así como la evaluación de la propuesta de adenda remitida por el Concesionario y el Concedente, serán desarrolladas en las secciones siguientes.

IV.2.2. La naturaleza del proyecto y las condiciones técnicas y contractualmente convenidas

49. Mediante el Informe N° 738-2017-MTC/25, el Concedente afirma que la Adenda propuesta no afecta ninguno de dichos parámetros en atención a lo siguiente:

"6.11 De conformidad con la cláusula 2.6 del Contrato de Concesión, la Concesión ha sido entregada bajo la modalidad de onerosa, en ese sentido el Concesionario paga al Concedente una compensación ("la Retribución") conforme a lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

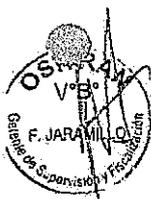
6.12 En el caso de la modificación propuesta para ejecutar las modificaciones al Expediente Técnico original, la aceptación parcial de las Obras y el encargo de labores de liberación de predios, se mantiene la naturaleza onerosa de la Concesión".

50. De lo expuesto por el Concedente, se advierte que, a su criterio, las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda no afectan la naturaleza del proyecto, toda vez que esta mantiene su condición de autofinanciada, permitiéndose la ejecución de modificaciones al Expediente Técnico, la aceptación parcial de obras y el encargo de liberación de predios al Concesionario. De esta manera, puede concluirse que se ha cumplido con el requisito formal en este extremo.

IV.2.3. El Equilibrio Económico – Financiero

51. Respecto a este punto, mediante Informe N° 738-2017-MTC/25, el Concedente afirma que la Adenda propuesta no afecta el Equilibrio económico financiero entre las partes del Contrato, sustentando su posición en el siguiente texto:

³ Inciso d) del artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, por el que Dictan disposiciones para presentación de solicitudes de reconversión y/o modificación de contratos de concesión y para emisión de opinión técnica.



"6.21 Los contenidos de la Adenda propuesta no afectan el Equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que i) la aceptación parcial de Obras, ii) la necesidad de ejecutar modificaciones al Expediente Técnico original distintos a lo previsto en el Contrato, y, iii) el encargo de liberación de predios; generen mayores obligaciones para conservar el Equilibrio Económico Financiero se deberá otorgar al Concesionario un mayor derecho, el cual podría consistir en una mayor compensación por los mayores deberes mediante el mecanismo que acuerden las Partes.

El proyecto de adenda propuesto establece un mecanismo por el cual el Concedente y la Sociedad Concesionaria deberán acordar, para cada caso específico, como deberá compensarse el mayor costo que se genere por las inversiones realizadas (SIC).

(...)

6.23 Los cambios propuestos implican modificaciones no sustanciales, por lo mismo no se ha afectado el equilibrio económico financiero del contrato, ni se ha modificado las prestaciones a cargo de las partes, la naturaleza, objeto o modalidad del contrato; las modificaciones propuestas, como se acreditará en el Contrato respectivo (SIC).

6.24 En síntesis, en el marco de la estructura legal y contractual, podemos afirmar que:

- Las propuestas de modificación contractual cumplen con respetar el diseño general del Contrato de Concesión, puesto que el Estado no ha brindado ninguna garantía adicional o generando endeudamiento público para hacer frente a algún aspecto del desarrollo de la Concesión.

- Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas no han sido alteradas.

- Todos los beneficios y riesgos contenidos en el Contrato han mantenido su asignación original. No se ha modificado porcentajes, mecanismos de ajuste, momentos de ajuste, diseño u condición contractual alguna que pudiere significar una transformación, revisión u alteración a las condiciones económicas y técnicas convenidas entre las partes.

(...)

6.29 Por ello, los contenidos de la Adenda propuesta no afectan el equilibrio económico financiero de la concesión, en la medida que estas propuestas no implican la inclusión de obligaciones injustificadas y desequilibradas para las Partes, ni implican cambios que transfieran riesgos entre estas; adicionalmente, debe tenerse en consideración que las presentes modificaciones permitirán, entre otros, el inicio de la Etapa de Explotación.

(...)"

52. Al igual que en los acápite precedentes, el Concedente manifiesta que las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda respetan el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes, toda vez que asegura que los términos del proyecto de Adenda no implican la inclusión de obligaciones injustificadas y desequilibradas para las Partes, siendo necesaria las modificaciones propuestas a efectos de viabilizar la explotación de la Concesión. De esta manera, puede concluirse que se ha cumplido con el requisito formal en este extremo. No obstante, tal como se ha indicado, la verificación formal del mismo no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido, lo cual se verificará en las siguientes secciones, sin perjuicio de la evaluación que le corresponda realizar al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en el marco de sus competencias.

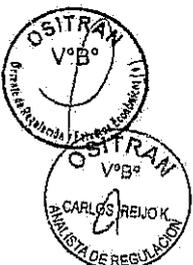


IV.2.4. Las condiciones de competencia del proceso de promoción

53. Respecto a este punto, mediante el Informe N° 738-2017-MTC/25, el Concedente presenta los siguientes argumentos para establecer que no se han alterado las Condiciones de Competencia del proceso de promoción:

(...)

6.13 El diseño del Contrato de Concesión establece que el Concesionario se haga responsable por la Construcción, Mantenimiento y Explotación de la infraestructura de servicio público del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte. Dicho tramo comprende los siguientes Sub-Tramos:



6.14 La concesión se diseñó bajo la modalidad Autosostenible, de acuerdo con lo previsto en el T.U.O. de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM, norma aplicable al momento del proceso de promoción. Se otorgó por un plazo de veinticinco (25) años.

6.15 El Factor de Competencia, fue la mayor retribución al Estado, ascendente al 5.50% de sus ingresos mensuales, por concepto de Peaje, de acuerdo a la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

6.16 En lo que respecta a los Ingresos del Concesionario, el diseño señalaba que el Concedente se compromete a asegurar al Concesionario un ingreso mínimo por peaje durante los primeros diez (10) años posteriores a la culminación de obras de la Primera Etapa, es decir desde la firma del Acta de Recepción del total de obras de dicha etapa. Los montos a garantizar serán los que se describen a continuación:

(...)

6.17 Tal como se desarrolla en la Adenda y se sustenta en el presente informe, los términos planteados en la presente adenda se enfocan en elevar el presupuesto para las modificaciones previamente acordado en la Adenda N° 4, la aceptación parcial de Obras, el encargo al Concesionario para la liberación de predios, por lo que, en ningún sentido se plantea la modificación de los términos asociados a la retribución.

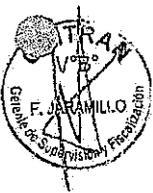
6.18 En el presente proyecto de Adenda, el Estado no ha brindado garantía o generado endeudamiento público para hacer frente a algún aspecto de la Concesión; las condiciones económicas contractualmente convenidas no se han alterado. Se mantiene así el equilibrio económico financiero del Contrato.

6.19 Por todo lo expuesto, la presente Adenda cumple con respetar el diseño original del Contrato, ya que no se ha introducido ninguna modificación en la naturaleza misma de la Concesión".

54. De acuerdo con lo expuesto, el Concedente manifiesta que las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda no desvirtúan las condiciones de competencia mediante las cuales se adjudicó el proyecto, toda vez que no se ha incorporado modificación alguna vinculada al Factor de Competencia, es decir, a la retribución al Estado. De esta manera, puede concluirse que se ha cumplido con el requisito formal en este extremo, sin perjuicio del análisis de fondo que se realice más adelante.

IV.2. Análisis del proyecto de Adenda

55. El marco legal aplicable exige que la modificación del Contrato de Concesión mantenga el equilibrio económico-financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. En tal sentido, el análisis de las modificaciones propuestas se realizará observando, entre otros, dichos parámetros.



IV.2.1. Cuestión previa: Asignación de riesgos

56. La identificación, evaluación y asignación de los riesgos son elementos claves en el diseño de un contrato de Asociación Público Privada (APP). En particular, la asignación de riesgos tiene un importante impacto en el costo de capital y el financiamiento de la concesión, dado que en el diseño del proyecto se busca establecer el equilibrio financiero de la concesión bajo una determinada asignación de riesgos. Así, una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión podría provocar una alteración del equilibrio económico de la concesión.

57. Lo anterior es reconocido por el Decreto Legislativo N° 1224, a través de su numeral 11.2 que establece que en los contratos de APP debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que éstos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para



administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto. En esa misma línea, el numeral 2.1 de su Reglamento establece como principios exclusivos de las APP los siguientes: i) adecuada distribución de riesgos, y ii) valor por dinero¹⁰. Con relación a este último, el numeral 2.5 de dicho cuerpo normativo dispone que en los procesos de renegociación de contratos de APP –es decir, en el proceso de modificaciones contractuales, como en el presente caso- el Concedente es responsable de garantizar el valor por dinero establecido en el contrato original de APP, con lo cual cualquier modificación contractual debería como mínimo mantener el valor por dinero con el cual se dio inicio al proyecto.

58. Asimismo, conforme a los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, que rigen el actuar de OSITRAN, los principios generales aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para las modificaciones y reconversiones de contratos, son los siguientes:

- Equilibrio¹¹
- No discriminación
- Beneficio – Costo
- Transparencia
- Bienestar de los Usuarios¹²

59. En esa línea de razonamiento, el análisis de las modificaciones contenidas en el proyecto de Adenda, se realizará verificando que las mismas no alteren la asignación de riesgos establecida en el Contrato de Concesión; y, en caso que alguna de las cláusulas propuestas no acompañe el debido sustento, se observará dicha circunstancia.

IV.2.2. Análisis de las modificaciones propuestas

60. La presente adenda tiene por objeto:

¹⁰ Al respecto, el numeral 2.4 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, ha identificado de manera enunciativa cuatro momentos en los que –dependiendo de la decisión adoptada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local responsable del proyecto- se genera valor por dinero para un proyecto APP: a) al momento de la priorización de proyecto, escogiendo aquellos que generen mayor valor para la sociedad en su conjunto considerando el manejo eficiente de los recursos, b) al momento de seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto (contrato de obra pública, por APP o por otro mecanismo previsto en la ley), teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad c) al momento de la identificación y distribución de los riesgos a la parte con mayores capacidades para administrarlos, y d) al momento de establecer las reglas para el proceso de promoción de la inversión privada, asegurando condiciones de competencia que garanticen la igualdad de condiciones entre todos los postores.

¹¹ Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión.-

"5.1 Equilibrio

Todo Contrato de Concesión busca, en lo posible, una igualdad en los derechos y obligaciones, es decir, que exista una equivalencia entre el derecho otorgado y los compromisos adquiridos. Se presume que el Contrato tiene y mantiene una adecuada distribución de riesgos, costos y beneficios entre las Partes, que derivan en el equilibrio de las ecuaciones económica y política del contrato.

Para la aplicación de este principio, se asocia a la ecuación económica un valor de la concesión y un retorno de referencia ajustado por riesgo, aspectos que no significan necesariamente garantizar un nivel de ganancia. En la práctica, el regulador puede establecer una tasa interna de retorno de la concesión y una varianza de referencia, estimadas para la explotación de las infraestructuras bajo condiciones óptimas y económicamente eficientes, y comparables con la experiencia internacional.

(...) Por tanto, las renegociaciones permiten restablecer el equilibrio económico con el que el Concesionario contrató, pero nunca ofrecer lucros adicionales, ni que se produzca un traspaso de riesgos entre las partes del contrato."

[El subrayado es nuestro]

¹² "5.5. Bienestar de los usuarios
Las modificaciones de contratos no podrán disminuir el nivel de bienestar de los usuarios (precios, calidad, riesgos y oportunidad), ni afectar el bienestar de terceros."



- (i) Permitir la recepción parcial de las Obras de la Segunda Etapa ejecutadas por la Sociedad Concesionaria, así como de las Obras Nuevas o Complementarias;
- (ii) Posibilitar la ejecución efectiva de las obras derivadas de los pedidos de modificación del Expediente Técnico de la Segunda Etapa solicitados por parte del Concedente en virtud de la Adenda N°4; y
- (iii) Permitir la colaboración de la Sociedad Concesionaria en gestiones específicas relacionadas a la liberación de los terrenos ubicados dentro del área de la Concesión necesarios para la Obras Complementarias y/o Nuevas:

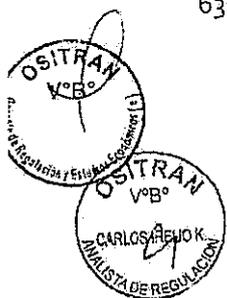
61. Cabe indicar que la opinión del OSITRAN en el presente informe se realiza tomando en consideración el proyecto de adenda remitido por el Concedente mediante el Oficio N° 3576-2017-MTC/25 del 1 de setiembre del 2017, que se encuentra visado por el Concesionario.

a. **Modificación del tope presupuestal para la ejecución de mayores inversiones debido a inconvenientes con la liberación de predios**

62. Mediante el proyecto de Adenda N° 5, las Partes plantean modificar el último párrafo de la cláusula 6.2 del Contrato de Concesión, referido al tope presupuestal para la ejecución de mayores inversiones debido a inconvenientes con la liberación de predios, la misma que se encuentra modificada en los siguientes términos:

CONTRATO ORIGINAL	PROYECTO DE ADENDA 5
<p>Último párrafo de la Cláusula 6.2:</p> <p>"En dicho supuesto, de ser mayor la nueva inversión respecto a la inversión originalmente prevista debidamente actualizada, la diferencia será de cargo del CONCEDENTE y en ningún caso dicha diferencia será asumida por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Igualmente, los mayores costos de supervisión y de la tasa de regulación, de ser el caso, así como los costos de elaboración de estudios generados por la solicitud de modificación al Expediente Técnico deberán ser asumidos por EL CONCEDENTE. El monto total a ser asumido por el CONCEDENTE, no podrá exceder de S/. 32,300,000.00 (Treinta y Dos Millones Trescientos Mil y 00/100 Soles). Las modificaciones planteadas por el CONCEDENTE o por la SOCIEDAD CONCESIONARIO no podrán constituir una afectación o disminución de los niveles de servicio establecidos en el Contrato. Asimismo, al respecto, se deja expresa constancia de que el CONCEDENTE no asumirá ningún gasto por concepto de conservación, el mismo que es efectuado con cargo a los recursos de la SOCIEDAD CONCESIONARIA".</p>	<p>2. Modificación del último párrafo de la Cláusula 6.2:</p> <p>"En dicho supuesto, de ser mayor la nueva inversión respecto a la inversión originalmente prevista debidamente actualizada, la diferencia será de cargo del CONCEDENTE y en ningún caso dicha diferencia será asumida por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Igualmente, los mayores costos de supervisión y de la tasa de regulación, así como los costos de elaboración de estudios generados por la solicitud de modificación al Expediente Técnico deberán ser asumidos por EL CONCEDENTE. El monto total a ser asumido por el CONCEDENTE no excederá el monto de S/.....(monto en letras). Las modificaciones planteadas por el CONCEDENTE o por la SOCIEDAD CONCESIONARIA no podrán constituir una afectación o disminución de los niveles de servicio establecidos en el Contrato. Asimismo, al respecto, se deja expresa constancia de que el CONCEDENTE no asumirá ningún gasto por concepto de conservación, el mismo que es efectuado a cuenta y costo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA".</p>

63. Con la modificación contractual, se permite modificar el monto máximo que se estableció en la Adenda N° 4 para la ejecución de mayores inversiones, debido a modificaciones al Expediente Técnico por dificultad del Concedente en la liberación de los predios.



64. Sobre la modificación propuesta, el Concedente en su Informe N° 738-2017-MTC/25 señala que, en concordancia con la Adenda N° 4, se han identificado y procedido a modificar los Expedientes Técnicos. Al respecto, en dicho informe, el Concedente presenta un cuadro resumen donde se muestra los costos que asumiría el Concedente por dichas modificaciones a nivel de costo Directo, según se muestra continuación:

Cuadro 1. Modificaciones al Expediente Técnico Original (Miles S/.)

I. Pasos a Desnivel ¹³	Diferencial (*)
Centenario	21,816
San Martín	4,876
Mi Perú	18,713
II. Sector La Chilampa	Diferencial (*)
Desplazamiento del Eje Longitudinal	254
III. Ramal 2 IV Barranca	Diferencial (*)
Obra de modificación	170
Total Costo Directo	45,829

Fuente: Informe N° 738-2017-MTC/25

65. En relación a las modificaciones al Expediente Técnico señalados en el cuadro anterior, el Concedente, mediante Informes N° 738-2017-MTC/25 y N° 748-2017-MTC/25 señala lo siguiente:

- i. Las modificaciones obedecen a las dificultades para liberar los terrenos afectados por la construcción de los Pasos a Desnivel de Centenario, San Martín y Mi Perú, ubicados en la zona urbana de la ciudad de Huachó, pues existe una oposición cerrada de los propietarios de las viviendas y comercios consolidados para vender sus predios.
- ii. En cuanto a la modificación al Expediente Técnico en el Sector La Chilampa, el acceso al Centro Educativo y a otros predios se ven afectados por el Derecho vía, lo cual generó problemas sociales en la zona, los mismos que se plasmaron en protestas e imposibilidad del Concesionario de ejecutar la calzada en este sector¹⁴.
- iii. En cuanto al Ramal 2 del Intercambio Vial de Barranca, la construcción de dicho ramal implica la afectación de cuatro (04) predios, así como la afectación por interferencias.

66. Asimismo, en el Informe N° 738-2017-MTC/25 se señala que el incremento total a ser asumido por el Concedente se basa en modificaciones al Expediente Técnico, debido a la dificultad del MTC para liberar predios para la ejecución de determinados sectores donde se realizarían las Obras de la Segunda Etapa (Pasos a Desnivel de Centenario, San Martín y Perú, Sector La Chilampa y Sector Paycuan).

67. Sobre la modificación propuesta, este Organismo Regulador no presenta objeciones, debido a que las mismas, según lo señalado por el Concedente, serían producto de las modificaciones al Expediente Técnico por inconvenientes en la liberación de predios por parte del Concedente, cuya implementación fue claramente aprobada y regulada mediante la Adenda N°4 al Contrato de Concesión. En efecto, en dicha Adenda se previó la ejecución de mayores



¹³ En relación a los montos establecidos para los Pasos a Desnivel, se debe indicar que mediante el Oficio N° 3576-2017-MTC/25 de fecha 01 de setiembre del 2017, el Concedente remitió la Resolución Directoral N° 643-2017-MTC/20, mediante la cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones aprobó el Costo Directo del Presupuesto las Obras "Pasos a Desnivel Centenario, San Martín y Perú de la Red Vial N° 5 Ancón - Huacho - Pativilca", el mismo que asciende a S/. 45 405 142,86 (cuarenta y cinco millones cuatrocientos cinco mil ciento cuarenta y dos con 86/100 Soles).

¹⁴ El Concedente mediante el Informe N° 748-2017-MTC/25 reemplazó el numeral 5.7 del Informe N° 738-2017-MTC/25.



inversiones debido a modificaciones al Expediente Técnico por dificultad del Concedente en la liberación de los predios, estableciéndose lo siguiente:

"6.2 (...)

El CONCEDENTE podrá solicitar modificaciones al Expediente Técnico, ante la dificultad de liberar predios para la ejecución de las Obras, para lo cual se seguirá el procedimiento establecido en la cláusula 6.2.A del Contrato.

En dicho supuesto, de ser mayor la nueva inversión respecto a la inversión originalmente prevista debidamente actualizada, la diferencia será de cargo del CONCEDENTE y en ningún caso dicha diferencia será asumida por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Igualmente, los mayores costos de supervisión y de la tasa de regulación, de ser el caso, así como los costos de elaboración de estudios generados por la solicitud de modificación al Expediente Técnico deberán ser asumidos por EL CONCEDENTE. El monto total a ser asumido por el CONCEDENTE, no podrá exceder de S/. 32,300,000.00 (Treinta y Dos Millones Trescientos Mil y 00/100 Soles). Las modificaciones planteadas por el CONCEDENTE o por la SOCIEDAD CONCESIONARIO no podrán constituir una afectación o disminución de los niveles de servicio establecidos en el Contrato. Asimismo, al respecto, se deja expresa constancia de que el CONCEDENTE no asumirá ningún gasto por concepto de conservación, el mismo que es efectuado con cargo a los recursos de la SOCIEDAD CONCESIONARIA".

68. En tal sentido, mediante la presente modificación se busca incrementar el tope para la ejecución de dichas inversiones, previsto en la Adenda N° 4. Cabe indicar que si bien en los numerales 7.2 y 7.4 del Informe N° 738-2017-MTC/25 se señala que el nuevo tope presupuestal ascendería a S/. 76 176 000,00; en el proyecto de adenda remitida por el Concedente mediante el Oficio N° 3576-2017-MTC/25, se ha dejado en blanco dicho monto. Así, en la parte pertinente de la modificación de la cláusula 6.2 se señala lo siguiente:

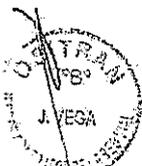
6.2 "(...)

"En dicho supuesto, de ser mayor la nueva inversión respecto a la inversión originalmente prevista debidamente actualizada, la diferencia será de cargo del CONCEDENTE y en ningún caso dicha diferencia será asumida por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Igualmente, los mayores costos de supervisión y de la tasa de regulación, así como los costos de elaboración de estudios generados por la solicitud de modificación al Expediente Técnico deberán ser asumidos por EL CONCEDENTE. El monto total a ser asumido por el CONCEDENTE no excederá el monto de S/.....(monto en letras).{...}"

69. En ese sentido, en la adenda que de ser el caso suscriban las Partes, de conformidad con el marco legal vigente, deberá establecerse claramente el monto del tope presupuestal máximo, el mismo que deberá estar debidamente sustentado por parte del Concedente. En línea con ello, dado que la presente modificación involucra mayores compromisos fiscales por parte del Concedente al Concesionario y en concordancia con lo establecido en el numeral 57.2 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224, dicho aspecto deberá ser validado por el Ministerio de Economía y Finanzas, por ser de su competencia.

- b. Sobre la aceptación parcial de las obras y el cambio en la denominación del nombre del MTC.

70. Mediante el proyecto de Adenda N° 5, las Partes plantean modificar el primer párrafo de la cláusula 6.17 del Contrato de Concesión, referido a la aceptación parcial de las obras, en los siguientes términos:



CONTRATO ORIGINAL	PROYECTO DE ADENDA 5
<p>Primer párrafo de la Cláusula 6.17</p> <p>"6.17.- Terminada la ejecución de las Obras en cualquiera de sus etapas, la SOCIEDAD CONCESIONARIA solicitará que se compruebe su correcta ejecución. La Obra, para su puesta en Servicio, deberá cumplir con todos los estándares y parámetros técnicos de construcción de carreteras y puentes del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, así como las disposiciones del Expediente Técnico en caso que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida acogerse a los mismos a su propia cuenta y riesgo o los diseños modificados que presente al inicio del Contrato".</p>	<p>Modificación del primer párrafo la Cláusula 6.17</p> <p>"6.17. Terminada la ejecución total o parcial de las Obras en cualquiera de sus etapas, la SOCIEDAD CONCESIONARIA solicitará que se compruebe su correcta ejecución. La Obra, para su puesta en Servicio, deberá cumplir con todos los estándares y parámetros técnicos de construcción de carreteras y puentes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como las disposiciones del Expediente Técnico en caso que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida acogerse a los mismos a su propia cuenta y riesgo o los diseños modificados que presente al inicio del Contrato."</p>

71. En principio, cabe indicar que con la modificación contractual se pretende viabilizar la aceptación parcial de las Obras de la Segunda Etapa. Al respecto, el Concedente en su Informe N° 738-2017-MTC/25 señala que la modificación propuesta permitirá poner en servicio 50 km continuos de la Segunda Calzada que se encuentran ejecutados. Asimismo, señala que la puesta en operación del tramo conllevará a mejorar los niveles de serviciabilidad, así como reducir el riesgo de choques frontales y el descongestionamiento de la vía.

72. Sobre el particular, la modificación propuesta se considera adecuada debido a que en la actualidad existen importantes tramos de la carretera construidos y que no se encuentran en servicio, toda vez que la cláusula 6.17 del Contrato no permite la recepción parcial de las Obras, por lo que, de no ponerse en operación los mismos, se podrían generar deterioros en la infraestructura debido a que no se efectúan actividades de conservación. Asimismo, se debe indicar que el permitir la aceptación parcial de las obras podría generar beneficios al usuario dado que éste podría disponer de la infraestructura en el plazo más breve posible, garantizándosele la calidad en el servicio señalada en el Contrato.



73. Complementando lo anterior, se debe indicar que si bien la cláusula 6.17 del Contrato de Concesión, no contempla que las obras puedan aceptarse de forma parcial, en la cláusula 1.5 del Contrato se regula que la recepción de las Obras por el Concedente pueda realizarse en forma total y/o parcial, por lo que este Regulador no tiene objeciones a la modificación contractual propuesta.

74. Finalmente, respecto al cambio de denominación de Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción por el de Ministerio de Transportes y Comunicaciones, este Organismo Regulador no presenta comentarios debido a que corresponde al nombre actual del sector Transportes.

c. Sobre el procedimiento de aceptación parcial de las obras

75. Mediante el proyecto de Adenda N° 5, las Partes plantean introducir las cláusulas 6.17.A, 6.17.A.1 y 6.17.A.2 al Contrato de Concesión, referidas al procedimiento de aceptación parcial de las obras, en los siguientes términos:



CONTRATO ORIGINAL	PROYECTO DE ADENDA 5
<p>Inclusión del párrafo de la Cláusula 6.17-A</p>	<p>6.17-A Para efectos de la aceptación parcial de las Obras de la Segunda Etapa, Obras Complementarias y/u Obras Nuevas se aplicará lo previsto en los numerales 6.15, 6.16, 6.17, 6.18 y 6.19 de la Sección VI del Contrato de Concesión, aplicando el porcentaje de avance que suponga cada entrega para el cálculo de penalidades y/o de monto máximo de observaciones. La aceptación parcial de las Obras de la Segunda Etapa, Obras Complementarias y/u Obras Nuevas se efectuará mediante Actas de Recepción de las Obras, iniciándose a partir de la suscripción de éstas las labores de Conservación y Explotación respectivas.</p> <p>Para dar inicio al procedimiento de aceptación parcial, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá haber alcanzado, por lo menos, un avance del 90% de las Obras de la Segunda Etapa, los mismos que deberán ser tramos continuos de la segunda calzada, a fin de que este primer sector sea sometido al procedimiento de aceptación parcial.</p> <p>El saldo de las Obras de la Segunda Etapa y Obras Complementarias y/u Obras Nuevas podrá ser entregado en una o más partes, de acuerdo a cómo se vayan culminando los tramos de la calzada y/o estructuras faltantes; hasta completar la entrega del 100% de las Obras de la Segunda Etapa, Obras Complementarias y/u Obras Nuevas.</p>
<p>Inclusión del párrafo de la Cláusula 6.17-A.1</p>	<p>6.17.A.1. - Para que se proceda con la puesta en servicio de las Obras de la Segunda Etapa que hayan sido materia de la aceptación parcial, podrá requerirse la implementación de empalmes provisionales, en los casos que corresponda, los que se mantendrán en uso mientras resulten necesarios.</p> <p>Para tal efecto, los expedientes técnicos de los empalmes provisionales serán elaborados por la SOCIEDAD CONCESIONARIA y aprobados por el CONCEDENTE, previa opinión del SUPERVISOR. El CONCEDENTE y el SUPERVISOR tendrán cada uno de ellos el plazo de quince (15) Días para pronunciarse. Transcurrido el plazo sin que se haya emitido el pronunciamiento del SUPERVISOR y/o del CONCEDENTE, se entenderá que éste es favorable. De existir observaciones, la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá quince (15) Días para proceder con su levantamiento. La evaluación del levantamiento de observaciones por parte del CONCEDENTE y el SUPERVISOR se sujetará a los plazos mencionados en este párrafo.</p> <p>La SOCIEDAD CONCESIONARIA asumirá el riesgo de diseño correspondiente, así como los costos de los empalmes provisionales. Mientras se encuentren en uso dichos empalmes provisionales le resultarán de aplicación los parámetros de condición y serviciabilidad señalados en el Anexo N° II-A del Contrato de Concesión.</p>
<p>Inclusión del párrafo de la Cláusula 6.17-A.2</p>	<p>6.17.A.2. - Una vez realizada la aceptación parcial y la puesta en servicio de los sectores de la Segunda Etapa, Obras Complementarias y/u Obras Nuevas correspondientes a dicha aceptación, estos serán retirados de la Póliza de siniestros de bienes afectados a que se refiere el literal d) del numeral 10.2 de la Sección X del Contrato de Concesión y serán incluidos a partir de dicha fecha en la póliza de Obras Civiles Terminadas contemplada en el literal e) del referido numeral 10.2 de la Sección X del Contrato de Concesión.</p> <p>Para realizar los trámites correspondientes al cambio de póliza, la SOCIEDAD CONCESIONARIA contará con quince (15) Días contados</p>



CONTRATO ORIGINAL	PROYECTO DE ADENDA 5
	desde la suscripción del Acta de Recepción de las Obras correspondientes, para someter a aprobación del SUPERVISOR dicho cambio, en aplicación con lo señalado en el numeral 10.1 de la Sección X del Contrato de Concesión.

76. Con la inclusión de las cláusulas 6.17.A, 6.17.A.1 y 6.17.A.2 al Contrato de Concesión, se pretende regular el procedimiento para la aceptación parcial de las obras de la segunda etapa y las obras complementarias y nuevas. Asimismo, se regula que el Concesionario a su costo pueda ejecutar los empalmes para que las obras de la Segunda Etapa puedan entrar en servicio.
77. Al respecto, el Concedente en los numerales del 7.11 al 7.16 del Informe N° 738-2017-MTC/25 señala lo siguiente:

7.11 La Segunda Calzada tiene una longitud de 57 km, que incluyen los intercambios Viales de Huacho, Huaura, Medio Mundo, San Nicolás, Barranca y Pativilca, y los Pasos a Densivel de Centenario, San Martin y Mi Perú, obras que deben ser concluidas para la puesta en servicio de la Segunda Etapa, estas últimas Obras registran problemas en la liberación de predios, debido a lo cual existen una dilatación indefinida en el tiempo para poder realizar la aceptación de las Obras de la Segunda Calzada.

7.12 Asimismo, se tiene que la carretera Panamericana Norte, en el tramo Huacho - Pativilca, solo cuenta con una calzada de doble carril, en la cual se genera elevados niveles de congestión vehicular y un alto índice de accidentes de tránsito, ocasionada por la demora en la marcha normal de los vehículos a velocidades inferiores a 30 Km/hora, lo que se vuelve crítico en feriados largos, como Semana Santa o Fiestas Patrias.

7.13 Si bien la Segunda Calzada ya se encuentra concluida, esta no puede ponerse en servicio, debido a que existen tramos de vía aun no concluidos, tal es el caso de los Pasos a Densivel de Centenario, San Martin y Mi Perú, razón por la cual no ha sido posible para la Sociedad Concesionaria, solicitar la Aceptación de las Obras, toda vez que el Contrato no establece la Aceptación Parcial de las Obras.

7.14 Asimismo, la propuesta de Adenda, contempla que en el caso de aceptación parcial, a fin de mantener los niveles de servicio, el Concesionario puede prever la incorporación de Empalmes Provisionales, los cuales se prevé construir entre las km 153 y km 154, donde será necesario construir una transición para pasar de una calzada de doble carril a una autopista o viceversa, la misma que tendrá un uso temporal hasta que se culmine la construcción de los Pasos a Densivel de Centenario, San Martin y Mi Perú.

7.15 Dentro de este contexto, se ha establecido en el proyecto de Adenda que los Estudios Técnicos de los empalmes provisionales serán elaborados por la Concesionario y aprobados por el Concedente, previa opinión del Supervisor, los mismos que permitirán cumplir con las normas técnicas orientadas a salvaguardar la seguridad e integridad de los usuarios.

7.16 Respecto al pago para la ejecución de los empalmes provisionales, las Partes han establecido que el costo y riesgo serán asumidos por el Concesionario y que respecto a la póliza de siniestros de bienes afectados, esta será retirada una vez puesta en servicio los sectores de la Segunda Etapa".

78. Sobre el particular, bajo los mismos fundamentos mencionados en el acápite anterior, la modificación propuesta se considera adecuada debido a que en la actualidad existen tramos construidos de la Segunda Etapa que no se encuentran en servicio; por lo que, los mismos se podrían deteriorar por falta de conservación debido a que no han sido aceptados por



parte del Concedente. Asimismo, permitir la aceptación parcial de las obras ejecutadas generaría beneficios al usuario dado que éste podría disponer de la infraestructura en el más breve plazo posible. Lo indicado podrá viabilizar también la entrega parcial de las obras complementarias y nuevas. Por lo expuesto, no se tienen objeciones a las modificaciones propuestas.

79. Sin perjuicio de lo anterior, se debe indicar que si bien en el segundo párrafo de la cláusula 6.17.A que se pretende agregar en la adenda se señala que la primera aceptación será por el 90% de las obras de la Segunda Etapa y serán tramos continuos; con el fin de no poner en riesgo la seguridad de los usuarios, se requiere que también se establezca en la adenda que para la aceptación parcial dél saldo de las obras de la Segunda Etapa sea realizada por tramos continuos.
80. Concordante con lo anterior, en el referido párrafo de la adenda se debe regular, que la aceptación parcial de las Obras Nuevas y Obras Complementarias deberá ser por tramos continuos, en los casos que correspondan.
81. Finalmente, se considera pertinente que el Concesionario realice la ejecución de los empalmes, debido a que con ello se beneficiará a los usuarios y de esta forma no se pondrá en riesgo la seguridad de los mismos, asegurándose así la continuidad de los tramos que se pongan en operación. Adicionalmente, no se presenta objeciones a la contratación de las pólizas de seguros, debido a que es un aspecto regulado en el Contrato de Concesión que permitirá dar cobertura a la infraestructura en caso se presente algún siniestro, según se encuentre en etapa constructiva o en etapa de operación y explotación.
- d. Sobre el encargo al Concesionario para la realización de actividades vinculadas a la liberación de predios e interferencias.
82. Mediante el proyecto de Adenda N° 5, las Partes plantean introducir la cláusula 6.25 al Contrato de Concesión, referido al encargo al Concesionario para la realización de actividades vinculadas a la liberación de predios e interferencias, en los siguientes términos:

CONTRATO ORIGINAL	PROYECTO DE ADENDA 5
Nueva Cláusula	<p>Inclusión de la Cláusula 6.25:</p> <p>"6.25. Previo acuerdo suscrito entre las Partes, y sin que esto limite la responsabilidad del CONCEDENTE sobre esta materia, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá: i) encargarse de identificar y formular los expedientes individuales de los predios para las expropiaciones, servidumbres y liberación de interferencias que correspondan y se encuentren en el Área de Concesión correspondientes a las Obras Complementarias y/o Nuevas, de acuerdo a los términos de referencia proporcionados por el CONCEDENTE y; (ii) asimismo, eventualmente la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá financiar la adquisición de los terrenos o servidumbres necesarias para las Obras Complementarias y/o Nuevas, previamente tasados o valuados por el CONCEDENTE, a través de contratos de cesión de derechos de cobro suscritos entre el propietario del terreno y la SOCIEDAD CONCESIONARIA, con participación del CONCEDENTE. Los términos y condiciones bajo los cuales se aceptan dichos encargos se encontrarán plasmados en el acta de acuerdo correspondiente.</p> <p>Todos y cada uno de los costos derivados de los Contratos de Cesión de Derechos correspondientes a las Áreas de Concesión y/o el Derecho de Vía</p>



CONTRATO ORIGINAL	PROYECTO DE ADENDA 5
	<p>para las Obras Complementarias u Obras Nuevas y gastos, incluyendo más no limitándose a los gastos notariales, registrales y tributarios, en que incurra la SOCIEDAD CONCESIONARIA para la ejecución de dichas actividades serán aprobados previamente por el CONCEDENTE, a efectos que sean posteriormente reembolsados en efectivo y conforme a los términos y condiciones que sean pactados mediante Acta suscrita por las Partes.</p> <p>En el caso de las interferencias, ya sea respecto de Obras de la Segunda Etapa, Obras Complementarias y/u Obras Nuevas, el CONCEDENTE podrá encargar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, previo acuerdo entre las Partes, la elaboración del Estudio de Ingeniería, así como la ejecución de las obras de remoción, no siendo la SOCIEDAD CONCESIONARIA responsable por hechos que puedan producirse por causas no imputables a ésta y que afecten los plazos y costos correspondientes. El presupuesto, así como el cronograma estimado de ejecución para la liberación de las interferencias formará parte del Estudio de Ingeniería de Detalle que será aprobado por el Concedente y con base en el cual se ejecutarán las obras correspondientes.</p> <p>Cualquier atraso por parte del CONCEDENTE respecto al reembolso de gastos y costos en que haya incurrido la SOCIEDAD CONCESIONARIA y/o respecto del pago por la elaboración de los expedientes individuales y/o del financiamiento para la adquisición de los terrenos y/o de encargos de liberación de interferencias, se encontrará sujeto a la aplicación de la tasa de interés legal permitida; siempre que dicha demora haya sido injustificada o imputable al Concedente.</p> <p>Bajo ningún concepto, el encargo prestado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, constituirá una reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión".</p>

83. Con la inclusión de la cláusula 6.25 al Contrato de Concesión, se pretende encargar al Concesionario la realización de actividades vinculadas a la liberación de predios e interferencias



84. Al respecto, el Concedente en su Informe N° 748-2017-MTC/25, señala que para viabilizar la entrega de predios de las Obras Complementarias y Obras Nuevas, se está implementando a través de la Cláusula 6.25, la posibilidad que la Sociedad Concesionaria pueda encargarse de formular los expedientes individuales de los predios afectados por el Área de Concesión, debido al incumplimiento del Concedente respecto a su obligación de liberación de predios afectados.

85. De igual forma, el Concedente afirma en su Informe N° 738-2017-MTC/25, que a la fecha sigue pendiente la entrega de 10 predios para la Segunda Etapa y 45 predios del primer grupo de Obras Complementarias, lo cual -según el Concedente- genera grandes pérdidas al Estado. Así también, el Concedente señala en el referido informe que no es posible estimar un monto de reembolso al Concesionario por la elaboración de expedientes y liberación de predios, debido a que con la adenda no se estaría comprometiendo un monto determinado por estos conceptos.



86. Sobre el particular, como ha señalado en más de una oportunidad este Regulador, en el desarrollo de proyectos concesionados bajo el ámbito de competencia del OSITRAN, se han registrado de manera recurrente controversias y retrasos en la entrega de terrenos libres de



interferencias por parte del Concedente a las Entidades Prestadoras, lo que ha ocasionado retrasos, tanto en la ejecución de las obras como en el inicio del mantenimiento y operación de las mismas²⁵.

87. Esta situación genera perjuicios tanto a los usuarios de la infraestructura como a las propias Entidades Prestadoras, debido a que estas últimas no pueden ejecutar las inversiones previstas en el Contrato de Concesión en los plazos establecidos, lo cual puede traer como consecuencia que la infraestructura no cumpla con los Niveles de Servicio previstos en los plazos establecidos en el respectivo Contrato de Concesión, en perjuicio de los usuarios.
88. Del mismo modo, se generan perjuicios económicos al Estado toda vez que el retraso en la ejecución de las obras (por causas no atribuibles a la Entidad Prestadora) genera costos adicionales que, eventualmente, el Estado deberá reconocer (gastos generales por ampliaciones de plazo de ejecución de obra, entre otros). Adicionalmente, el retraso en la entrega de terrenos liberados de interferencias y, por ende, en la ejecución de las obras genera contingencias económicas en la labor de supervisión de este Organismo Regulador, debido a los mayores costos de supervisión que son exigidos (vía arbitraje) por las empresas supervisoras contratadas por OSITRAN.
89. En virtud de lo expuesto, dado las demoras del Concedente en la entrega de terrenos para la ejecución de las obras, resulta razonable que se pueda encargar al Concesionario la elaboración de los expedientes, y de ser el caso, en la financiación de la adquisición de los predios, advirtiéndose que ello no implica transferencia del riesgo de adquisición de predios, el cual sigue manteniéndose en el Concedente. Sin perjuicio de ello, dado que esto conllevará en mayores compromisos fiscales por parte del Concedente, este aspecto debe ser evaluado por el Ministerio de Economía y Finanzas en marco de sus competencias.

e. Sobre los niveles de servicio exigibles a los empalmes provisionales.

90. Mediante el proyecto de Adenda N° 5, las Partes plantean introducir el Anexo N° II.A, referido a establecer los parámetros de condición y serviciabilidad que se deben exigir al Concesionario en relación a los empalmes provisionales, en los siguientes términos:



Nuevo Anexo	3.5 Incorporación del Anexo N° II-A al Contrato de Concesión		
	Anexo N° II-A		
	PARÁMETROS DE CONDICIÓN Y SERVICIABILIDAD EXIGIBLES EN EMPALMES PROVISIONALES LÍMITES ADMISIBLES Y PLAZOS DE SUBSANACIÓN POR INCUMPLIMIENTO.		
	RUBRO	LÍMITE	UNID

²⁵ Las Obras de la Segunda Etapa iniciaron el 01 de abril de 2014, de acuerdo al contrato debieron culminar el 01 de abril de 2016 (2 años), a la fecha las mismas no han concluido, debido entre otros aspectos a que el Concedente no ha entregado al Concesionario los terrenos libres de interferencias, oportunamente.



	%	DESCRIPCIÓN	PLAZO Días	
CALZADA	0	RUGOSIDAD MAYOR A 3.5 m/Km	90	KM
	10	PELADURAS, DESCASCARAMIENTO O DESPRENDIMIENTO DE ÁRIDOS	7	KM
	0	BACHES	2	M2
	15	FISURAS	7	KM
	0.1	GRIETAS ABIERTAS	7	ML
	0	OBSTÁCULOS	1	UND
SEÑALES	0	SEÑALES DETERIORADAS	7	UND
	0	MARCAS DEL PAVIMENTO CON RETROREFLECTIVIDAD MENOR A 150 MILICANDELAS/LUX/M2	7	KM
	0	SEÑALES VERTICALES NO VISIBLES POR OBSTÁCULOS CON RETROREFLECTIVIDAD MENOR A 150 MILICANDELAS/LUX/M2	7	UND
	0	GUARDAVÍAS ROTOS	7	UND
	0	DELINEADORES E HITOS KILOMETRICOS ROTOS Y/O SUCIOS	2	UND
	0	SEÑALES Y GUARDAVÍAS SUCIOS	2	UND

91. Al respecto, el Concedente en su Informe N° 748-2017-MTC/25, señala que teniendo en cuenta que los empalmes solo tendrán uso temporal, consideran que los niveles de servicio deberían estar relacionados a cumplir sobre todo con la seguridad vial de los usuarios y peatones. De igual forma, el Concedente en su Informe N° 738-2017-MTC/25 señala que dicho cambio no altera la asignación de riesgos, la naturaleza del proyecto, ni el equilibrio económico financiero ni las condiciones de competencia del proyecto.



92. Sobre el particular este Organismo Regulador no tiene objeciones al establecimiento de niveles de servicio establecidos para los empalmes provisionales, dado que va a permitir que OSITRAN pueda exigir al Concesionario el cumplimiento de dichas condiciones, en beneficio de los usuarios de la Red Vial N° 5.



V. CONCLUSIONES

i. Modificación del tope presupuestal para la ejecución de mayores inversiones debido a inconvenientes con la liberación de predios

98. El Regulador no presenta objeciones respecto de la modificación del tope presupuestal a S/.76 176 000,00 debido a las modificaciones al Expediente Técnico producto de los inconvenientes en la liberación de predios por parte del Concedente para la ejecución de determinados sectores donde se realizarían las Obras de la Segunda Etapa, cuya implementación fue prevista mediante la Adenda N°4.



99. No obstante, se observa que si bien en los numerales 7.2 y 7.4 del Informe N° 738-2017-MTC/25 se señala que el nuevo tope presupuestal ascendería a S/. 76 176 000,00; en la propuesta de adenda remitida por el Concedente mediante el Oficio N° 3576-2017-MTC/25, dicho monto ha sido dejado en blanco.

100. Asimismo, dado que la modificación conllevará mayores compromisos fiscales por parte del Concedente, este aspecto debe ser evaluado por el Ministerio de Economía y Finanzas en marco de sus competencias.

ii. Sobre la aceptación parcial de las obras y cambio en la denominación del nombre del MTC

101. El Regulador no tiene objeciones respecto a la aceptación parcial de obras, por cuanto existen tramos de la carretera que se encuentran construidos y que no están en servicio debido a que la cláusula 6.17 del Contrato no permite la recepción parcial de las Obras, pudiendo generarse deterioro en la infraestructura debido a la falta de conservación de la



misma. Adicionalmente, con dicha medida se le permite al usuario disponer de la infraestructura en el plazo más breve posible y con la calidad en el servicio esperada. Asimismo, resulta viable el cambio de denominación del sector, toda vez que este se encuentra vigente a la fecha.

iii. Sobre el procedimiento de la aceptación parcial de las obras

102. No se tienen objeciones a la introducción de las cláusulas 6.17.A, 6.17.A.1 y 6.17.A.2. Sin perjuicio de ello, se requiere que la condición de la continuidad en tramos establecida en la cláusula 6.17.A para la aceptación del 90% de las obras de la Segunda Etapa, sea también aplicada para el saldo restante de las mismas, así como para el caso de la aceptación de las Obras Nuevas y Complementarias, en los casos que correspondan.
103. De igual forma, no se presentan objeciones a que el Concesionario realice la ejecución de los empalmes, debido a que mediante los mismos no se pondrá en riesgo la seguridad de los usuarios cuando la infraestructura entre en operación.
104. Finalmente, no se presenta objeción a la contratación de las pólizas de seguros, dado que es un aspecto previsto en el Contrato de Concesión que permitirá cubrir potenciales siniestros.

iv. Sobre el encargo al Concesionario para la realización de actividades vinculadas a la liberación de predios e interferencias

105. Ante los perjuicios generados por el retraso en la entrega de terrenos liberados de interferencias y tramos (ejecutados) en los usuarios de la infraestructura como a las propias entidades prestadoras, los cuales se plasman a su vez en costos adicionales que, eventualmente el mismo Estado deberá reconocer, el Regulador considera razonable que se le pueda encargar al Concesionario la elaboración de los expedientes individuales de los predios afectados por el Área de Concesión, y de ser el caso, en la financiación de la adquisición de los predios, advirtiéndose que ello no implica transferencia de dicho riesgo, el cual seguirá manteniéndolo el Concedente.
106. Sin perjuicio de ello, dado que esto conllevará en mayores compromisos fiscales por parte del Concedente, este aspecto debe ser evaluado por el Ministerio de Economía y Finanzas en marco de sus competencias..

v. Sobre los niveles de servicio exigibles a los empalmes provisionales

107. No se presentan objeciones a la inclusión del Anexo N° II-A al Contrato de Concesión, a través del cual se establecen los niveles de servicio para los empalmes provisionales, en tanto ello lo cual permitirá al OSITRAN exigir al Concesionario el cumplimiento de las condiciones de serviciabilidad de esta nueva infraestructura, en beneficio de los usuarios de la Red Vial N°5.



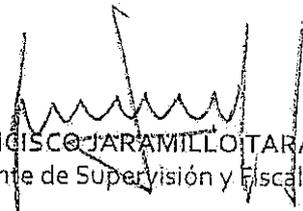
VI. RECOMENDACIÓN

109. En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe que contiene la opinión técnica requerida respecto del proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.

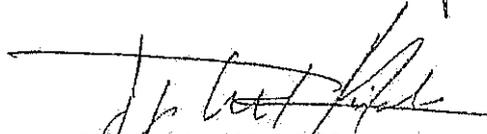
Atentamente,



RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)



FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización



JORGE HERNÁN ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Reg. Sal. 32473-17
Ref. H.T. 18464-18579-2017



PROVEIDO N° : 11626-2017
PARA : SCD
ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 08/09/17