

Resolución de Gerencia General

N° 021-2008-GG-OSITRAN

EMPRESA PRESTADORA : CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A.

MATERIA : Suspensión de obligaciones de los tramos 04 al 17 (Olmos - Corral Quemado - Pedro Ruiz) del Contrato de Concesión del Eje Multimodal Amazonas Norte.

Lima, 05 de mayo de 2008

VISTOS:

La Carta N° 547-CINSA-MTC de fecha 03 de abril de 2008, elaborada por la Concesionaria IIRSA Norte S.A., así como la Nota N° 350-GS-OSITRAN y el Informe N° 256-08-GS-OSITRAN, ambos de fecha 30 de abril de 2008, elaborado por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

- 1.- El 17 de junio de 2005 se firmó el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión), entre el Estado de la República del Perú, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) y la empresa CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. (en lo sucesivo, la Concesionaria);
- 2.- El 04 de abril de 2008, mediante Carta N° 547-CINSA-MTC el Concesionario solicita al MTC la suspensión de obligaciones como consecuencia del agravamiento de la situación de emergencia en la cual se encuentran los tramos 4 al 12 (Olmos-Corral Quemado) y 13 al 17 (Corral Quemado-Pedro Ruiz). Específicamente solicita la suspensión de las obligaciones contenidas en las cláusulas 7.1 a 7.3, 7.7 (referidas a la conservación de los bienes y transitabilidad), 8.14 a 8.17 (referidas al cobro de peaje) del contrato así como las 3.5, 3.6 (referidas al cumplimiento de niveles de servicio) y 7.22 (referida a plazos para la atención de transitabilidad) del Anexo I del contrato.
- 3.- El 17 de abril de 2008, mediante Oficio N° 880-08-GS-OSITRAN, el Gerente de Supervisión de OSITRAN, se dirige al Director General de Concesiones en Transportes del MTC, en relación a la Carta N° 547-CINSA-MTC, manifestando que es necesario que la empresa

Concesionaria precise el apartado y el ítem de la cláusula 15.1 por la cual solicitan la suspensión de obligaciones y caracterice los eventos que ocasionaron la situación de los tramos 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz).

- 4.- El 17 de abril de 2008, mediante Oficio N° 379-2008-MTC/25, el Director General de Concesiones en Transportes del MTC, en relación a la Carta N° 547-CINSA-MTC (indicada en el antecedente anterior), se dirige al Gerente General de OSITRAN, manifestando que se ha verificado la existencia de daños en la carretera entre el Km. 10 y el Km. 268 por lo que el MTC considera “atendible” la solicitud del Concesionario.
- 5.- El 23 de abril de 2008, mediante Oficio N° 926-08-GS-OSITRAN, el Gerente de Supervisión, solicita al Director de la empresa Concesionaria sustente el pedido de suspensión de obligaciones con mayor información.
- 6.- El 24 de abril de 2008, mediante Carta N° 403-CINSA-OSITRAN, el Director de la empresa Concesionaria se dirige al Gerente General de OSITRAN, en relación al Oficio N° 880-08-GS-OSITRAN, manifestando que se encuentran en la imposibilidad fáctica para cumplir con dichas obligaciones y adjunta un informe pluviométrico, elaborado en base a información obtenida de SENAMHI.
- 7.- El 24 de abril de 2008 mediante Carta N° 559-CINSA-MTC, el Director de la empresa Concesionaria se dirige la Ministra del MTC, respecto a las Cartas N° 547 y 549-CINSA-MTC y Oficio N° 379-2008-MTC/25, donde presentan una planteamiento sobre la suspensión de obligaciones solicitando un acuerdo para implementar las acciones y labores a realizar durante este periodo de suspensión así como los plazos máximos, remuneración y forma de pago.
- 8.- El 30 de abril 2008 el Coordinador In-situ emite el Informe N° 252-08-GS-OSITRAN, sobre la Inspección de Verificación de Campo de Atención de Emergencias, Tarapoto - Paita del Corredor Vial Eje Multimodal Amazonas Norte.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN.-

- 9.- En virtud de lo expuesto, en la presente resolución se debe determinar:
 - Si se ha constituido alguno de los supuestos para declarar la existencia de una causal de suspensión de las obligaciones, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión.
 - Si procede la aplicación del supuesto de eficacia anticipada, previsto en el numeral 17.1 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, a efectos que la suspensión se aplique de manera retroactiva a la emisión del acto administrativo que la otorgue.

III. ANÁLISIS TÉCNICO.-

Planteamiento de la Suspensión de Obligaciones del Concesionario

10. En su carta la empresa Concesionaria, ***para la suspensión de obligaciones considera pertinente tener en cuenta la cláusula 15.1 por situaciones de fuerza mayor o casos fortuitos.***

Cláusula 15.1

El incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes, contempladas en este contrato, no será considerada como causa imputable de incumplimiento, durante el tiempo y hasta la medida que tal incumplimiento sea causado por alguna de las siguientes causales:

- c) *Fuerza mayor o caso fortuito, conforme estos conceptos son definidos por el Contrato y el Código Civil Peruano. Para tales efectos las Partes declaran que entienden como caso fortuito, entre otros eventos, alguna(s) de las siguientes situaciones:*

...

- ii) *La destrucción total o parcial de la Obra¹, de los equipos y/o maquinarias que no sea cubierta por los seguros, a consecuencia de hechos de la naturaleza tales como terremotos, temblores, erupción volcánica, maremotos, tifón, huracán, ciclón, aluvión u otra convulsión de la naturaleza o perturbación atmosférica de esas características.*

Sobre las cláusulas por las que se solicita suspensión de obligaciones

11. La Concesionaria, informa que de manera general las obligaciones contractuales determinadas por las Secciones VII, VIII, XI y Anexo I del Contrato de Concesión, se encuentran afectadas en los tramos del 4 al 12 (Olmos – Corral Quemado) y 13 al 17 (Corral Quemado – Pedro Ruíz); en consecuencia solicitan suspensión de las siguientes obligaciones:

- a. Cláusulas 7.1 a 7.3 y 7.7: conservación de los bienes y transitabilidad.
- b. Cláusulas 8.14 a 8.17: cobro de peaje.
- c. Cláusulas 3.5 y 3.6 del Anexo I: cumplimiento de niveles de servicio.
- d. Cláusulas 7.22 del Anexo I: plazos para la atención de transitabilidad.

Respecto del Plazo de la suspensión de obligaciones que plantea

12. Acorde a lo establecido en la cláusula de 15.3 del Contrato de Concesión, en su carta de referencia manifiesta que, *“la suspensión deberá mantenerse en tanto se vean imposibilitados de cumplir, precisando que, esto es hasta que los tramos deberán estar completamente rehabilitados con las obras que se han identificado necesarias y que no eran previstas ejecutar”, y proponen “un acuerdo entre las Partes que contenga las condiciones y las actividades que permitan ejecutar la rehabilitación de estos tramos, como el desarrollo de Estudios de Ingeniería, Proyectos de Ingeniería de Detalle, labores de transitabilidad*

¹ Obras Es el resultado de los trabajos de Construcción, Rehabilitación y Mantenimiento que son ejecutados durante la vigencia de la Concesión. Así mismo involucra a los bienes a ser utilizados, construidos, operados, explotados y/o mantenidos por el Concesionario para la operación y el Mantenimiento de la Concesión, bajo los términos del Contrato de Concesión.

durante la etapa de estudios que permitan un tráfico seguro para los usuarios y finalmente la ejecución de las obras”.

13. Lo propuesto por la empresa Concesionaria es mantener el plazo de suspensión de obligaciones hasta después de ejecutar las “Obras Accesorias”, las mismas que ellos han identificado en la vía; pero, considerando que a la fecha, no se conocemos con detalle el número y los alcances de dichas Obras Accesorias requeridas, el plazo de suspensión de obligaciones propuesto tendría una fecha límite incierta.

De la evaluación de los hechos ocurridos

14. Desde el mes de febrero (periodo de lluvias de la zona) el Concesionario ha cumplido con informar respecto a la situación de la infraestructura vial², reportando pérdida parcial de la

² En efecto, desde el mes de febrero de 2008, se han efectuado las siguientes comunicaciones:

- Mediante Carta N° 515-CINSA-MTC, del 15/02/2008, el Concesionario solicita opinión del Regulador respecto a los informes técnicos de diagnóstico presentados, para el tramo Olmos – Tarapoto.
- Carta N° 520-CINSA-MTC, del 22/02/2008, informa sobre la afectación al puente Chamaya 2 (164+900), Puente Mochenta (182+000) y plataforma km 144+600, 167+200 y 167+350.
- Carta N° 529-CINSA-MTC, del 07/03/2008, informa de situación del tramo Olmos – Corral Quemado, donde determinan la necesidad de ejecutar actividades preparatorias que permitirán el tráfico seguro durante el periodo de desarrollo de los Estudios de Ingeniería de Obras de Protección / Estabilización.
- Oficio N° 247-2008-MTC/25, del 14/03/2008, el MTC, responde la Carta N° 529-CINSA-MTC, y autoriza la ejecución de actividades preparatorias y la realización de los estudios para la ejecución de Obras Accesorias, cuyo presupuesto incluirá las actividades preparatorias que se ejecuten.
- Oficio N° 501-08-GS-OSITRAN, del 25/03/2008, el Regulador, comunica que el costo a cubrir por el Concedente por las obras accesorias en el km 168+500, será la diferencia entre el costo total y lo que cubrirá la póliza de seguro.
- Carta N° 540-CINSA-MTC, del 28/03/2008, informa la ocurrencia de un evento fortuito (huayco de grandes proporciones), producido por las intensas lluvias, que ocasionaron la intransitabilidad de la vía y la inundación de la Unidad de Peaje de Pomahuaca (la altura de lodo alcanza el 1.20m y tiene un radio de 100m).
- Carta N° 391-CINSA-OSITRAN, del 02/04/2008, responde el Oficio N° 501-08-GS-OSITRAN, haciendo notar que las Obras Accesorias no son parte de los bienes reversibles, por lo que no hay forma que el seguro cubra la reparación de una infraestructura inexistente.
- Carta N° 542-CINSA-MTC, del 02/04/2008, solicita al MTC su autorización y opinión del Regulador, para la elaboración de estudios de ingeniería referidas a obras de protección/estabilización, a fin de determinar el presupuesto de las Obras Accesorias.
- Carta N° 543-CINSA-MTC, del 02/04/2008, informa la ocurrencia de un evento fortuito de la naturaleza que ocurrió en el km 266+700 del tramo Rioja – Corral Quemado (entre Naranjitos y Tingo), y hace referencia a la cláusula 15.1 Suspensión de Obligaciones del Contrato de Concesionaria IIRSA Norte.

plataforma en los tramos 4 al 12 (Olmos – Corral Quemado) y 13 al 17 (Corral Quemado – Pedro Ruiz) del Eje Multimodal Amazonas Norte, además de las atenciones de emergencia que viene realizando para devolver la transitabilidad a la vía, en el marco del Contrato de Concesión.

15. El único evento reportado por la empresa Concesionaria, por el cual solicitó mayor plazo para devolver la transitabilidad, que el establecido por la Cláusula 7.22, es el ocurrido en la progresiva 266+700, tramo 15 (Naranjitos – El Tingo).
16. De acuerdo a lo informado por el Coordinador In-situ de OSITRAN, a la fecha los tramos de carretera del 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz), cuentan con transitabilidad, esto es, la empresa Concesionaria ha cumplido con lo establecido en el Contrato de Concesión.
17. De la información proporcionada por la empresa Concesionaria, la Supervisión de la Concesión, así como de los Informes del Coordinador In situ de la Concesión y de la Gerencia de Supervisión, se han podido evaluar lo siguientes hechos:
 - (i) Los eventos de la naturaleza que han causado la pérdida parcial o total de la plataforma de la vía, han sido atendidos en su mayoría, dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, como corresponde al Mantenimiento de Emergencia establecido en la Cláusula 7.7 del Contrato, la empresa Concesionaria solicitó oficialmente mayor plazo para la devolución de la transitabilidad en el caso del evento ocurrido en la progresiva 266+700 tramo 15 (Naranjitos – El Tingo).
 - (ii) Para el evento de la naturaleza ocurrido en la progresiva 266+700 tramo 15 (Naranjitos – El Tingo), debido a su magnitud este fue atendido en 5 días (solicitud de la empresa Concesionaria Carta N° 543-CINSA-MTC), por lo que es factible otorgar la suspensión de obligaciones de forma retroactiva desde el día de ocurrencia del evento, hasta el día en que se restableció la transitabilidad en el tramo.
 - (iii) De acuerdo a lo informado por el Coordinador In-situ, a la fecha, todos los tramos afectados, inclusive en los cuales se ha presentado, la pérdida parcial o total de la plataforma, se encuentran transitables, por lo que no se evidencia imposibilidad de parte de la empresa Concesionaria para cumplir con la cláusula 7.7 Mantenimiento de Emergencia.
 - (iv) Respecto a las obligaciones que tiene la empresa Concesionaria, de ejecutar el Mantenimiento durante la presente Etapa de Puesta a Punto en que se encuentra la Concesión, de acuerdo a lo señalado por las cláusulas 3.5 y 3.6 del Anexo I del Contrato de Concesión (niveles de servicio de la Vía); es factible suspender dichas obligaciones en los tramos comprendidos entre los sectores 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz) de carretera, por cuanto, debido a la frecuencia y recurrencia con la que se han presentado los eventos de la naturaleza en todos los sectores indicados, la empresa Concesionaria se ha visto imposibilitada de atender

la totalidad de los mismos de manera simultánea, a fin de devolverle los niveles de servicio que se establecen las referidas Cláusulas.

En tal sentido, es factible otorgar la suspensión de obligaciones de forma retroactiva desde la fecha en que se reportó el inicio de los eventos de la naturaleza, 31 de marzo 2008, hasta el día 31 de mayo del 2008, fecha en la que se estima, la empresa Concesionaria habrá cumplido con efectuar las labores de limpieza y a partir de la cual se podrá efectuar una evaluación general del estado de los sectores impactados por los eventos de la naturaleza, entendiéndose además que, cumplido dicho plazo, deberá continuar con la labores de Mantenimiento que le establecen las Cláusulas 3.5 y 3.6 del Anexo I del Contrato de Concesión, en todos los sectores en mención.

- (v) Respecto de la obligación que tiene la empresa Concesionaria, de restituir la transitabilidad en los tramos donde se han presentado colapsos de la plataforma (*Informe del Coordinador In-situ adjunto*). La Cláusula 7.22 del Anexo I señala: *“En el caso de la restitución de la transitabilidad por regla general, el Concesionario brindará transitabilidad parcial en un plazo no mayor a seis (6) horas desde que se haya reportado la emergencia o accidente. Simultáneamente, brindará transitabilidad plena en un plazo no mayor a veinticuatro (24) horas desde que se haya reportado la emergencia o accidente”*.

Debido a la magnitud de algunos de los eventos, como es el caso del ocurrido en el km 266+700, el mismo que ocasionó la pérdida de más de 100 m de la superficie de rodadura, hizo necesaria la habilitación de 1.3 km de una variante a la carretera, que permita la transitabilidad en la vía, la empresa Concesionaria se ha visto imposibilitada de atender dichos eventos ocasionales, en los plazos que le establece el Contrato. En tal sentido, es factible la suspensión de la obligación establecida por la Cláusula 7.22 del Anexo I, para los sectores 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz) de carretera, a partir del 31 de marzo del 2008, hasta el 31 de mayo del 2008.

- (vi) Así también, debido al estado actual de la vía que presenta, colapsos de la plataforma (superficie de rodadura) en diversos sectores, es factible suspender las obligaciones del cobro en las Unidades de Peaje de: Pedro Ruiz, Bagua, Pucará (Pomahuaca) y Olmos, comprendidos en el radio de influencia de los sectores afectados.

Dicha suspensión se consideraría desde la fecha de ocurrencia de primer evento, 31 de marzo 2008 y hasta que la vía recobre los niveles de servicio que tenía antes de la ocurrencia de los eventos de la naturaleza, además deberá considerarse el plazo que determinen la empresa Concesionaria de común acuerdo con el Concedente, a efectos que el tramo afectado recobre los niveles de servicio de acuerdo a lo establecido por la Cláusula 7.7 del Contrato de Concesión.

- 18. En atención a lo señalado en los considerandos que preceden, se estima que:

- i Es factible otorgar la suspensión de obligaciones establecidas en las Cláusulas 3.5, 3.6 y 7.22 del Anexo I del Contrato de Concesión, de forma retroactiva desde la fecha en que se reportó el inicio de los eventos de la naturaleza, 31 de marzo 2008, hasta el día 31 de mayo del 2008, en los sectores 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz).
- ii Se verificarán los niveles de servicio establecidos en las Cláusulas 3.5, 3.6 y 7.22 del Anexo I del Contrato de Concesión en los sectores 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz) a partir del 31 de mayo 2008.
- iii En los sectores donde se presentó el colapso de la plataforma a partir del 31 de mayo del 2008, la empresa Concesionaria, sólo debería estar obligada a mantener la transitabilidad, hasta el plazo que acuerden las Partes (Concedente – Concesionario), a partir del cual el Concesionario le devolverá los niveles de servicio a dichos sectores.
- iv Es factible suspender el cobro en las obligaciones en las Unidades de Peaje de: Pedro Ruiz, Bagua, Pucará (Pomahuca), Olmos. El Plazo para reestablecer esta obligación, queda supeditada a la evaluación del estado de la vía, posterior a la fecha del 31 de mayo 2008, así como a los acuerdos que el Concedente y Concesionario lleguen, respecto del plazo en el que devolverán los niveles de servicio en los sectores en que se ha presentado el colapso de la carretera.
- v Respecto de la propuesta de la empresa Concesionaria, de suspensión de obligaciones de las Cláusulas que plantea en su solicitud, para los sectores 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz), no es posible atenderla en las condiciones que es presentada, por cuanto, el Plazo que plantea genera un escenario incierto, toda vez que no se tienen definidas, las cantidades de Obras Accesorias necesarias, las características y alcances de las mismas.

IV. ANÁLISIS LEGAL.-

Respecto de la eficacia anticipada de la suspensión

- 19. Por otro lado, dado que la suspensión prevista en la Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión necesariamente se aplica retroactivamente, corresponde aplicar el numeral 17.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que regula la ejecución anticipada a la emisión del acto administrativo, siempre y cuando, el acto sea más favorable al administrado, no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera, en la fecha que pretenda retrotraerse la eficacia del acto, un supuesto de hecho que justifique su adopción.
- 20. En el caso bajo análisis, y respecto al primer requisito, la suspensión de las obligaciones solicitada por la Concesionaria supone un beneficio para ésta como administrada, pues evitará que caiga en situación de incumplimiento, y por ende, se le impongan penalidades por obligaciones que no pudo cumplir, por razones ajenas a su voluntad, como son los hechos de caso fortuito acaecidos.

21. Sobre el segundo requisito, se considera que la declaración retroactiva de la suspensión pretendida no genera ningún perjuicio a los derechos o intereses de terceros, ni a la buena fe de los mismos, tampoco se vulnera el interés general; puesto que los efectos del acto administrativo que declare la procedencia de la solicitud de suspensión se restringen al ámbito del Contrato de Concesión.
22. Con relación al último requisito, y tal como ha quedado comprobado en el lugar de los hechos por el Concedente, el Consorcio Supervisor y el Coordinador In situ de la Concesión, lo que ha quedado plasmado en sus respectivos Informes, así como por la Gerencia de Supervisión, ha existido una causal de caso fortuito, que han impedido que la Concesionaria pueda cumplir con sus obligaciones contractuales.

Por lo expuesto, sobre la base del Informe N° 256-08-GS-OSITRAN, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3°, numeral 3.1, inciso a) de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, concordante con el inciso a) del artículo 5° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN; así como, con los artículos 32°, 33° y 58° incisos c) y l) del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar procedente y con eficacia anticipada la suspensión de la obligación de la Empresa CONCESIONARIA IIRSA NORTE, establecida en las Cláusulas 3.5, 3.6 y 7.22 del Anexo I del Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA, en los sectores 4 al 17 (Olmos – Corral Quemado – Pedro Ruiz), para el período comprendido entre el 31 de marzo de 2008 y el 31 de mayo de 2008, por la causal de caso fortuito establecida en cláusula 15.1 literal c) ítem ii) del mencionado Contrato de Concesión.

SEGUNDO: Declarar procedente y con eficacia anticipada la suspensión de la obligación de la Empresa CONCESIONARIA IIRSA NORTE, del cobro del peaje en las unidades de peaje de Pedro Ruiz, Bagua, Pucará (Pomahuca) y Olmos, por la causal de caso fortuito establecida en cláusula 15.1 literal c) ítem ii) del del Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA; en el período comprendido a partir del 31 de marzo de 2008 y hasta que las partes de común acuerdo y con la opinión del Regulador, determinen el plazo a efectos que el tramo concesionado que se hubiese visto afectado por los eventos, recobre los niveles de servicio establecidos en el Anexo I del Contrato de Concesión para la presente etapa de ejecución del programa de puesta a punto.

TERCERO: Declarar improcedente la solicitud de suspensión de las obligaciones de la Empresa CONCESIONARIA IIRSA NORTE, contenidas en las cláusulas 7.1 a 7.3 y 7.7 (conservación de los bienes y transitabilidad) del Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA.

CUARTO: Notificar a la empresa CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Condeciente;

QUINTO: Autorizar la publicación de la presente resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, Comuníquese y Archívese.

ING. JULIO ESCUDERO MEZA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG-6988-08