

Resolución de Gerencia General

Nº 001-2009-GG-OSITRAN

Lima, 08 de enero de 2009

La Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

El Informe Nº 002-09-GAL-MHL-OSITRAN, de fecha 08 de enero de 2009, mediante el cual se evalúan los fundamentos del Apelante; y, el Recurso de Apelación interpuesto en contra del Oficio Nº 3146-08-GS-OSITRAN, presentado por la empresa CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR – TRAMO 2 S.A.;

CONSIDERANDO:

Que, el 9 de octubre del año 2008, mediante Carta Nº 391-CIST2-OSITRAN, la empresa CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR – TRAMO 2 S.A. remitió a OSITRAN el sustento técnico de las variaciones de metrados originados en el proceso de ejecución de obras evaluadas a agosto de 2008. La Carta 391 fue remitida en el marco de la emisión del CAO No.19, que incluye la valorización de los servicios ejecutados hasta el 31 de agosto de 2008;

Que, el 22 de octubre del año 2008, mediante la Carta Nº C.N. 166-2008/CONS. SUP. VIAL SUR, la Supervisora Consorcio Superior VIAL SUR adjunta los Informes Nº 83-2008-CSVS.G/APH-Supervisor de Geología y Geotecnia, Nº 105-08/TRAMO II-CSVS-SP-FCHA-Supervisor de Suelos y Pavimentos, Informe Técnico Nº 151-08 ALC-TOP-EXP – Supervisor de Trazo, Topografía y Explanaciones e Informe Nº 72/2008-ACP – Supervisor de Metrados y Valorizaciones;

Que, el 23 de octubre del año 2008, mediante la Nota Nº 1165-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión formula su correspondiente evaluación de los fundamentos expuestos así como el respectivo análisis, concluyendo que se da opinión favorable al Expediente de Reajuste de Metrados a Agosto 2008 (Explanaciones) y que en aplicación de la Cláusula 6.4.A.6 no se aceptarán en adelante modificaciones en los sectores indicados en este Expediente;

Que, el 23 de octubre del año 2008, mediante el Oficio Nº 3146-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión, a través de su Gerente de Supervisión (e), determinó en el segundo párrafo lo siguiente:

“Asimismo, cabe mencionar que, de acuerdo a la Cláusula 6.4.A.6, en los casos que el Regulador haya aceptado las modificaciones propuestas por el CONCESIONARIO, éste se hace completamente responsable por dichas Obras en la Etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde los cambios

propuestos por él fueron aceptados por el Concedente y ejecutados por el Concesionario.”

Que, con fecha 19 de noviembre del año 2008, mediante Carta N° 404-CIST2-OSITRAN, el Concesionario en mención interpone el Recurso de Apelación en contra del segundo párrafo del Oficio N° 3146-08-GS-OSITRAN de fecha 23 de octubre de 2008, notificado el 29 de octubre de 2008;

Que, el recurso de apelación fue interpuesto dentro del plazo legalmente establecido y con las formalidades de ley;

Que, el Recurso de Apelación se fundamenta en que, los supuestos comprendidos en las cláusulas 6.4.A.2, 6.4.A.4 y 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, significan variaciones de metrados que no implican modificaciones al Expediente Técnico; mientras que el supuesto comprendido en la cláusula 6.4.A.3, identificación de Soluciones Técnicas, sería el único supuesto que si implica una modificación o cambio al mismo Expediente Técnico;

Que, en dicho Recurso se manifiesta también que la Gerencia de Supervisión pretende aplicar una restricción prevista para una situación concreta, a un supuesto distinto en sustancia y forma;

Que, con la aplicación estricta de la cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, no puede afirmarse que se esté ocasionando un agravio al Concesionario, al impedirle, por necesarias que fueran, acceder a futuro a nuevas compensaciones adicionales en los sectores comprendidos en el Expediente, en los que las variaciones de metrados han sido reconocidas por OSITRAN;

Que, en virtud de lo establecido en el último párrafo de la cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial N° 2 Urcos – Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, en adelante el Contrato de Concesión, el Concesionario se hace responsable por las modificaciones de Obras propuestas por éste y aceptadas por el Regulador en la etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar el Concesionario en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde dichos cambios propuestos fueron aceptados por el Concedente y ejecutados por el mismo Concesionario;

Que, desde el momento en que el Regulador acepta las modificaciones propuestas por el Concesionario, referidas a cualquiera de los supuestos señalados en los numerales 6.4.A.2 a 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, el Concesionario asume total responsabilidad por dichas Obras en la Etapa de Construcción y Explotación. Por tanto, no podrá solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo - referidas a cualquiera de los supuestos señalados en los numerales 6.4.A.2 a 6.4.A.5 del Contrato de Concesión;

Que, toda variación de metrados genera cambios en el presupuesto de las obras y teniendo en cuenta que los presupuestos son parte integrante de los Expedientes Técnicos, necesariamente generan modificaciones a los Expedientes Técnicos, con lo que se refuta el argumento del Concesionario que señala que *las variaciones de metrados no implican modificaciones al Expediente Técnico*;

Que, por consiguiente, si es que la norma convenida y referida en el numeral 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, no hace distinción alguno respecto de los cuatro (4) distintos supuestos de compensaciones adicionales comprendidos desde el numeral 6.4.A.2 al 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, entonces la parte, en este caso el Concesionario, tampoco podrá efectuar distinción alguno, pues conforme a los Principios del Derecho, no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue, dado que el Contrato de Concesión es ley entre las partes;

Que, en tal medida, se debe observar lo establecido de manera supletoria en el artículo 1361 del Código Civil, el mismo que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, así como la presunción en el sentido que la declaración expresada en el Contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla;

Que, finalmente, el Concesionario no aporta mayores elementos de juicio para sustentar en su Recurso de Apelación las razones por las cuales, el Regulador deberá resolver de una manera restrictiva, lo dispuesto en la cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión;

Que, por todo lo expresado, no existen razones válidas para pretender cambiar el alcance de lo que está claramente definido y establecido en el Contrato de Concesión;

Que, luego de la revisión del Informe N° 002-09-GAL-MHL-OSITRAN, esta Gerencia lo hace suyo; y, en consecuencia lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente resolución.

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO en todos sus extremos el Recurso de Apelación interpuesto por CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR – TRAMO 2 S.A. contra el segundo párrafo del Oficio N° 3146-08-GS-OSITRAN.

SEGUNDO: Confirmar el Oficio N° 3146-08-GS-OSITRAN, de fecha 23 de octubre de 2008, en todos los extremos apelados.

TERCERO: Notificar a la CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR – TRAMO 2 S.A. la presente Resolución y el Informe N° 002-09-GAL-MHL-OSITRAN, el mismo que integra la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General