

# *Resolución de Gerencia General*

N° 048-2008-GG-OSITRAN

Lima, 09 de Julio de 2008

- PROCEDENCIA** : Gerencia de Supervisión – Gerencia de Asesoría Legal (en adelante GS - GAL)
- ENTIDAD PRESTADORA** : Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.
- MATERIA** : Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN, referente a la valorización del microrevestimiento asfáltico a ser aplicado después de concluidas las obras en construcción dentro de los CAO ya emitidos para el Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur.

## **VISTOS:**

El Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN, sobre la valorización del microrevestimiento asfáltico a ser aplicado después de concluidas las obras en construcción dentro de los CAO ya emitidos para el Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur; y, los Informes N° 030-08-GAL-OSITRAN y N° 450-08-GS-OSITRAN, de fechas 04 de Julio y 8 de Julio del 2008, respectivamente, mediante los cuales se evalúan los fundamentos en que el recurrente sustenta su Recurso de Reconsideración.

## **CONSIDERANDO:**

### **I. ANTECEDENTES.**

Que, mediante Oficio Circular N° 022-08-GS-OSITRAN, de fecha 04 de enero del 2008, la Gerencia de Supervisión señala los requisitos indispensables a ser tomados en cuenta en las futuras emisiones de los Certificados de Avances de Obra;

Que, mediante Oficio N° 25-CIST3-OSITRAN, de fecha 13 de febrero de 2008, la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., remite sus opiniones referentes a los lineamientos esbozados en el Oficio Circular citado;

Que, mediante Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN, de fecha 20 de mayo del 2008, la Gerencia General de OSITRAN remite copia del Informe N° 025-08-GS-GAL-OSITRAN, en el cual se expone la controversia jurídica suscitada en torno a la valorización del microvestimiento asfáltico y su incorporación en el CAO;

Que, en fecha 28 de mayo del 2008, la Concesionaria remite el Oficio N° 304-CIST3-OSITRAN, mediante el cual plantea el Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN que se sustenta en el Informe N° 025-08-GS-GAL-OSITRAN;

Que, le corresponde a la Gerencia General resolver el Recurso de Reconsideración, en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la fecha en que se presentó la misma (28 de mayo del 2008), el cual vencerá el día 09 de julio de 2008, siendo las normas aplicables las que están contenidas en la Ley 27444 y el Código Civil;

## **II. ANÁLISIS DE LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN:**

Que, el Artículo 206 y ss. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, disciplinan el Régimen de los Recursos Administrativos, estableciendo cuales son los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración:

### *Artículo 208.- Recurso de reconsideración*

*El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.*

Que, conforme a ello, son requisitos para la procedencia del recurso de reconsideración: i) la materia de impugnación debe estar sustentada en un acto administrativo; ii) la impugnación deberá sustentarse en nueva prueba. Pues, para habilitar la posibilidad del cambio de criterio del órgano que emitido la decisión impugnada, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite de reconsideración;

Que, la presentación de la nueva plantilla que refleja la nueva estructura de costos, satisface la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente conforme el artículo 208 de la LPAG. No resulta procedente considerar como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos. Sin embargo debemos manifestar el error formal incurrido en el reporte remitido, pues en ella se hace referencia al Certificado de Avance de Obra N° 12 – Segunda Etapa, siendo lo correcto referirse al esquema de costos sobre el CAO N° 11;

Que, en lo que se refiere al plazo para interponer el Recurso de Reconsideración, según el Artículo 207 de la LPAG ha sido establecido en 15 días hábiles desde que se ha notificado el acto sujeto a impugnación, por lo que al haberse realizado la misma el día 20 de mayo del 2008 y presentado ese recurso el día 28 de mayo del 2008, se cumple con este requisito de procedencia en esta parte. Siendo que el plazo para resolver vence el 09 de julio del presente;

Que, siendo así, se llega a la conclusión que el recurso de reconsideración interpuesto debe admitirse a trámite, para efectos de determinar si debe ser declarado fundado o infundado.

### **III. ANÁLISIS:**

#### ***Acto impugnado***

Que, tal como se especificó en los antecedentes, mediante Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN pone en conocimiento el Informe N° 025-08-GS-GAL-OSITRAN, el cual da mérito al descuento del monto de US\$ 3'608,131.30 Dólares Americanos por concepto de CAO; asimismo, se precisó que en los futuros CAOs no deberá incluirse la partida de microrevestimiento;

Que, la Concesionaria califica a dicho Oficio como Resolución de Gerencia General de OSITRAN; sin embargo, discrepamos con dicho calificativo; pues si bien el Oficio constituye por sí un acto administrativo sujeto a impugnación, la misma no se equipara a una Resolución de Gerencia General. Aunque finalmente la diferenciación es intrascendente, pues dichos términos materializan actos administrativos, y en consecuencia son sujetos de impugnación, como así ha sucedido en el caso del Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN, impugnación que seguidamente pasaremos a resolver;

#### ***Respecto a la Obra de Pavimento Asfáltico***

Que, respecto a lo manifestado por el Concesionario del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil: Tramo 3, debemos mencionar que en su Propuesta Técnica ofertó dentro de la Obra Alternativa de Pavimentos, el Microrevestimiento Asfáltico con Polímero, como parte del diseño del pavimento. Así lo señala en su Propuesta Técnica:

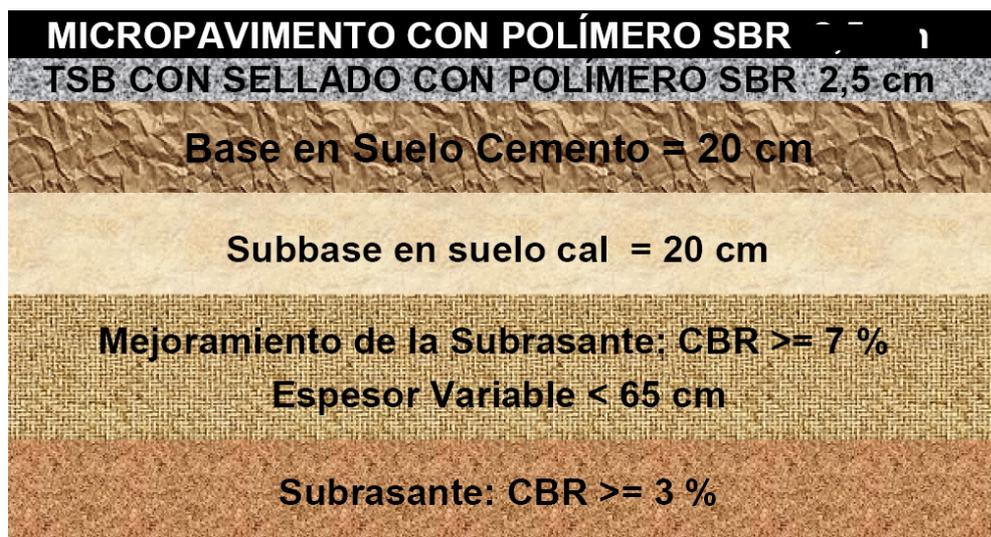
*“...En estas Obras Alternativas el diseño del paquete estructural del pavimento para los primeros 10 años fue realizado con el método propuesto de la AASHTO para construcción de pavimentos por etapas. Para el diseño del pavimento se ha considerado una vida útil inicial de 10 años, con intervenciones periódicas posteriores durante el período de la concesión de forma a garantizar los niveles de servicio definidos en el Anexo 1 de las bases.*”

*Se hizo una optimización del diseño del pavimento para el periodo inicial de 10 años de forma de cumplir con el paquete estructural mínimo exigido por el método AAHSTO contemplando los beneficios de la utilización de un CAPE-SEAL en dos etapas de tratamiento superficial doble o bicapa-TSB modificado por polímero agregado a una cobertura por un micro-pavimento en frío.”*

Que, adicionalmente, dicha Propuesta Técnica indica lo siguiente:

*“...Se previó que el tratamiento tendrá una vida útil de aproximadamente 5 años. En el quinto año de servicio se prevé la aplicación de un micro-aglomerante de 8 mm. con polímero SBR completando la solución de CAPESEAL de forma de garantizar que la capa de rodadura tenga una buena macrotextura hasta el año 10, cumpliendo de esta forma con los niveles de servicio definidos en el Anexo 1 de la Bases.”*

*A continuación se grafica la estructura el pavimento, donde se muestra el microrevestimiento (en el gráfico se muestra como micropavimento):*



### **Respecto al Recurso de Reconsideración**

Que, la Empresa Concesionaria en su Recurso de Reconsideración señala:

*“...Tal como se demuestra en el esquema adjunto, la Obra Alternativa por variación en la estructura del Pavimento, está conformada únicamente por las siguientes estructuras....”*

Que, en su esquema muestra la Sub Base (SB), la Capa de Base (CB) y la Capa de Rodadura (CR), sin embargo no muestra que la CR está compuesta además del Tratamiento Superficial Bicapa por el Microrevestimiento Asfáltico el que será colocado en el año quinto, que es justamente lo que consideró el Concesionario como parte de su diseño de pavimento;

Que, la Empresa Concesionaria en su Recurso de Reconsideración señala:

*“...El micro revestimiento asfáltico no forma parte de la actividad de construcción sino que es parte del Mantenimiento Periódico, cuyo propósito es garantizar los niveles de servicio por el plazo establecido en el Apéndice 3 del Anexo I del contrato de Concesión...”*

Que, dentro de ese contexto, el Microrevestimiento no formaría parte de la actividad de construcción del Tramo 3: Inambari –Iñapari. Sin embargo, el Concesionario en el folio 0060 del Sobre N° 2 de su Propuesta Técnica presenta el siguiente cuadro comparativo de los metrados del proyecto referencial y de la obra alternativa de pavimento:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNID.	METRADO	
			REFERENCIAL	ALTERNATIVA
<b>300</b>	<b>BASES Y SUB BASES</b>			
301	Sub base granular	M3	449 819,50	374 069,26
	Sub base estabilizada con Cal y Arena	M3		410 665,90
	Sub base estabilizada con Cemento y Arena	M3		101 868,52
302	Base granular	M3	397 915,00	
303	Base Estabilizada	M3	294 290,00	
	Base Estabilizada con Cemento y Arena	M3		563 485,73
<b>400</b>	<b>PAVIMENTO ASFÁLTICO</b>			
401	Imprimación Asfáltica	M2	3 958 051,00	581 505,79
	Imprimación asfáltica (Suelo Cemento con Emulsión)	M2		5 014 398,09
404	Pavimento de concreto asfáltico en caliente (MAC-C)	M3	241 407,22	
	Tratamiento Superficial Bicapa c/Polímero	M2		3 671 923,99
	Capa Sellante	M2		2 708 488,00
405.A	Asfalto diluido tipo RC-250	GLN	1 188 403,26	174 451,80
406	Cemento asfáltico PEN 40/50	GLN	8 814 881,58	-
407	Filler mineral (Cemento Hidráulico)	TN	11 587,55	-
408	Aditivo para asfalto	KG	357 291,37	22 031,54
	Micro Revestimiento Asfáltico c/ Polímero	M2		2 708 487,08
	Emulsión Catiónica con Polímero	GLN		4 200 099,94
<b>700</b>	<b>Transporte de Material Granular hasta 1 km.</b>			
701	Transporte de material granular hasta 1 km.	M3XKM	2 426 904,48	1 450 089,42
702	Transporte de material granular después de 1 km.	M3XKM	86 648 393,55	63 465 150,03
	Transporte de agregado para TSB hasta 1 km.	M3XKM		58 750,78
	Transporte de agregado para TSB después de 1 km.	M3XKM		9 692 258,27
	Transporte de arena para Capa Sellante hasta 1 km.	M3XKM		6 229,52
	Transporte de arena para Capa Sellante después de 1 km.	M3XKM		1 022 248,41

	Transporte de agregado para Microrevestimiento hasta 1 Km.	M3XKM		21 667,90
	Transporte de agregado para Microrevestimiento después de 1 Km.	M3XKM		3 628 710,75
705	Transporte de mezcla asfáltica hasta 1 km.	M3XKM	313 691,01	
706	Transporte de mezcla asfáltica después de 1 km.	M3XKM	5 353 085,10	

Que, teniendo en cuenta que la cláusula 1.6 del Contrato de Concesión define el concepto de Obras Alternativas, señalando que son aquellas Obras propuestas por el postor en su Expediente Técnico aceptadas por PROINVERSIÓN durante el Concurso, y que reemplazarán a las correspondientes del Proyecto Referencial, queda claro que el Microrevestimiento Asfáltico al formar parte de la Obra Alternativa de Pavimentos, reemplaza a las correspondientes del Proyecto Referencial;

Que, sobre el particular, cabe señalar que, cuando se define la necesidad de ejecutar un Microrevestimiento sobre una superficie de pavimento existente de un tramo vial cualquiera, es evidente que este trabajo se lleva a cabo durante la etapa de operación; esto es, después de cierta cantidad de años de culminada la ejecución de las obras. En este caso, el Concesionario ha ofertado la colocación del Microrevestimiento en el año quinto, un año después de culminadas las Obras, tal como así lo veremos más adelante;

Que, la Empresa Concesionaria en su escrito de Reconsideración señala:

*“...Por el Contrario, cuando se reconoce al micro revestimiento su naturaleza de actividad que forma parte del Mantenimiento Periódico (necesaria para mantener los niveles de servicio de la Obra Alternativa que fuera propuesta por nuestra empresa en su Expediente Técnico) no existe contradicción alguna entre los plazos establecidos en la Cláusula 6.1 para la finalización de las Obras y el plazo para la aplicación del micro revestimiento...”*

*“...Evidentemente, lo anterior significa que, para efectos de determinar el Avance de nuestra Obra Alternativa, debe tomarse en cuenta exclusivamente la parte referida a las obras –es decir- el pavimento CAPE-SEAL (tratamiento superficial doble a bicapa-TSB), más no a lo que constituye una actividad de Mantenimiento periódico –es decir,- al micro-revestimiento que deberá aplicarse a los 5 y 10 años, para prolongar sus niveles de Serviciabilidad...”*

Que, si bien, con esta posición se elimina la contradicción existente entre los plazos establecidos en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión y el plazo en la aplicación del Microrevestimiento, es claro que la colocación del Microrevestimiento Asfáltico se realizará en el año quinto, el mismo que forma parte de la Obra Alternativa de Pavimentos;

Que, es importante señalar, que el Concesionario ha presentado a OSITRAN, las Especificaciones Técnicas del Proyecto, el que incluye la Partida de Pavimento Asfáltico.

En dichas Especificaciones Técnicas, se precisa que la ejecución de la subpartida del Pavimento Asfáltico será medida en porcentaje de avance, que se obtendrá dividiendo la longitud de avance entre la longitud total del sub tramo y este resultado multiplicado por un factor porcentual de incidencia de los componentes de Sub Base, Base, Tratamiento Superficial Bicapa - TSB y el Microrevestimiento. Así, se ha establecido que el porcentaje de incidencia del Microrevestimiento Asfáltico es del 9,96% con respecto al costo total de la Obra Alternativa de Pavimento;

Que, cabe señalar que, en la Especificación Técnica referida en el considerando precedente, inicialmente el Concesionario planteó los factores porcentuales de incidencia sin distinguir la capa del Tratamiento Superficial Bicapa de la capa de Microrevestimiento Asfáltico, llamándole a estas dos capas, Pavimento;

Que, en virtud a lo expuesto, es que mediante Oficio Circular N° 022-08-GS-OSITRAN de fecha 04 de enero de 2007, la Gerencia de Supervisión dispuso que en los informes de emisión de los CAOs se deberá dejar constancia, entre otros, lo siguiente:

*“(..) Que se ha verificado que él integro de los metrados que se incorporan en el CAO, han sido ejecutados en el periodo considerado para dicha emisión en conformidad al Contrato de Concesión (...).*

*Las que serán requisito indispensable para la aceptación de los futuros informes de emisión de CAOs,”*

Que, en virtud de ello es que sólo se toman en cuenta en los CAOs las subpartidas realmente ejecutadas, como es el caso del Microrevestimiento Asfáltico, que es una actividad no ejecutada;

### **Procedimiento para la emisión del CAO**

Que, conforme al artículo 1.6 del Contrato de Concesión

*CAO.- Es el Certificado de Avance de Obra, según el modelo que consta en el Anexo XII del Contrato, expedido por el REGULADOR por cada Hito. A través del CAO el REGULADOR otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el CONCESIONARIO materia de certificación. El CONCEDENTE, al recepcionar el CAO correspondiente del REGULADOR, se obliga a la emisión de los CRPAO respectivos.*

Que, de igual manera el Anexo IX: Procedimiento para evaluar el Avance de Obra, señala que *“al termino de cada hito de avance de Obra, señalado en el literal b. del Numeral 1 precedente, a solicitud del Concesionario, el Regulador emitirá un Certificado de Avance de Obra, que dará derecho al Concesionario de una proporción del PAO, según lo definido en el Anexo XI”*.

Que, el Anexo XI del Contrato de Concesión, establece el trámite a seguir para la recepción de los avances de obra, señalando, entre otros aspectos, que luego de ejecutado un determinado avance de obra, el Concesionario solicitará del Regulador un Certificado de Avance de Obras -CAO-, y, que al emitir el CAO implicará la conformidad del Regulador respecto al avance de las obras ejecutadas.

Que, asimismo, en el Anexo XII: Certificado de Avance de Obra (CAO), se señala: *“El Regulador certifica que las obras del Hito materia del presente CAO han sido ejecutadas de acuerdo a los estándares, parámetros técnicos y socio-ambientales que figuran en los expedientes técnicos definitivos y la ingeniería de detalle aprobada por el Concedente”*; y, *“El Regulador declara que las obras materia del presente certificado han sido ejecutadas de acuerdo a lo establecido por la Sección VI del Contrato de Concesión”*;

Que, el Contrato de Concesión permite la emisión de CAOs únicamente durante la Etapa de Construcción, la cual es limitada temporalmente a cuatro años de iniciada la obra. El contrato no ofrece la posibilidad de emitir CAOs en ningún momento después de transcurrido el plazo contractual para la ejecución de las obras. El PAO se emite únicamente en relación a las obras de construcción;

Que, mediante el Oficio Circular N° 022-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión precisa el procedimiento para la emisión de los Certificados de Avance de Obra, en el que se establecen los requisitos indispensables para la aceptación de los futuros informes de revisión que se remitan a la Gerencia de Supervisión, referidos principalmente, a la verificación de la ejecución de la obra aprobada por el Concedente;<sup>1</sup>

Que, dicho oficio no fue objeto de impugnación alguna por parte de los Concesionarios; más aún mediante Oficio N° 259-CIST3-OSITRAN remitido por la Empresa Concesionaria IIRSA Sur, se señala: *“Al respecto manifestamos estar plenamente de acuerdo con el contenido del referido oficio (referido al Oficio Circular N° 022-08-GS-OSITRAN), no obstante lo cual, nos parece importante precisar las características y obligaciones derivada de las Obras que serán objeto de medición en el próximo CAO y que se encuentren relacionadas con el Pavimento Asfáltico. Ello en la medida que una evaluación no adecuada del avance de tales obras podría llevar a pensar, erróneamente, que existen*

---

<sup>1</sup> Oficio Circular N° 022-08-GS-OSITRAN; señala:

Con respecto a la certificación de los Certificados de Avance de Obra (CAO), sus futuros informes de emisión de opinión favorable, cuando sea el caso, se deberá dejar constancia de los siguiente:

- ✓ Que se ha verificado que el íntegro de los metrados que se incorporan al CAO, han sido ejecutados en el periodo considerado para dicha emisión en conformidad al contrato de Concesión.
- ✓ Que los metrados incorporados en el CAO, son aquellos correspondientes a las Obras aprobadas por el Concedente en los Proyectos de Ingeniería de Detalle (PID) y/o Expedientes de Reajuste de Metrados y que han servido de base para su posterior incorporación en el Programa de Ejecución de Obras ajustado.

Dicha constancia expresa en sus futuros informes de revisión que remita vuestra representada en cada emisión de CAO será un requisito indispensable para la aceptación de tales informes.

*“Obras no ejecutadas” y que, como correlato de ello, no sería posible reconocer la totalidad del avance a través del CAO respectivo.”;*

Que, adicionalmente, mediante el Oficio N° 259-CIST3-OSITRAN, la Concesionaria plantea sus pretensiones respecto a la inclusión del microrevestimiento como parte de la medición del Certificado de Avance de Obra;

### ***El Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID)***

Que, según la definición establecida en el Contrato de Concesión:

*“Proyecto de Ingeniería de Detalle.- Son los proyectos de ingeniería definitivos que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO sobre la base del Expediente Técnico. Estos deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.5 del Contrato y Anexo XI según corresponda.”*

Que, conforme la cláusula 6.4.A referida a los Proyectos de Ingeniería de Detalle señala:

*“La ejecución de las Obras que se hace referencia en el Anexo VIII, se realizará de acuerdo al Expediente Técnico.  
Para estos efectos, el Concesionario deberá elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle de las Obras propuestas en su Expediente Técnico y de todas aquellas exigidas en las Bases y el Contrato, así como otras innovaciones tecnológicas que considere pertinente.  
El Proyecto de Ingeniería de Detalle deberá ser analizado conforme a las normas y estándares establecidos en el presente contrato.”*

Que, mediante la Resolución Directoral N° 614-2006-MTC/20 emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del 16 de marzo del 2006, se aprueba el Estudio de Ingeniería de Detalle – Primera Etapa – Entrega Parcial (Sector Km. 652+200 – Km. 657+800) del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, Tramo 3: Inambari-Iñapari, que contiene un Resumen Ejecutivo, el Proyecto de Ingeniería de Detalle, Especificaciones Técnicas y Planos de Construcción;

Que, el acto administrativo emitido por el MTC contiene la aprobación del PID, en el cual se incluye la Obra alternativa de Pavimento Asfáltico. Al respecto cabe indicar lo manifestado por el Concesionario:

*«(...) se presentó el Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) para la primera etapa, incluyendo, como no podía haber sido de otra manera, la referida Obra Alternativa de Pavimento Asfáltico.*

*En relación a esta solución se incluyó en el PID la forma de medición del avance de su ejecución en los siguientes términos: “será medida en % de avance, que se obtendrá dividiendo la longitud de avance entre la longitud total del sub tramo y éste resultado multiplicado por el factor porcentual del valor total de la Obra Alternativa de pavimento, definido en cada Sub Tramo.”*

*De otra parte, respecto del tratamiento de Microrevestimiento Asfáltico comprometido, al término de 5 años, se señaló también en el PID que la medición de su ejecución “se encuentra incluido dentro del Proceso de Pavimento Asfáltico” y que su pago “está incluido dentro del precio de Pavimento Asfáltico medido porcentaje de avance y por sub tramo”.*

*En consecuencia, y no obstante que el referido tratamiento debe ser aplicado al quinto año, el PID señaló expresamente que la medición del referido tratamiento está incluida en la ejecución del pavimento asfáltico. (...)».*

Que, en atención a ello, se concluye que el Proyecto de Ingeniería de Detalle incorpora como Obra Alternativa al Pavimento Asfáltico y dentro de éste se incluye al microrevestimiento asfáltico;

Que, según las ideas expuestas, se aprecia que el PID contempla que si bien el Microrevestimiento Asfáltico será medido y pagado dentro de la partida correspondiente al Pavimento Asfáltico (es decir, durante la etapa de Construcción – Primera Etapa), su ejecución de dará en el año cinco (5), dentro de la Etapa de Explotación de la Concesión, por lo que en este sentido es necesario que el Informe N° 025-08-GS-GAL-OSITRAN precise esta circunstancia;

### **Contrato de Concesión y el Proyecto de Ingeniería de Detalle**

Que, como se evidencia de los considerandos antes expuestos, el Contrato de Concesión de manera textual señala que en la emisión del CAO se valorizará por obra ejecutada;

Que, dicho postulado es más que obvio, pues tal como su nombre lo indica el “Certificado de Avance de Obra (CAO)”, es un documento que el Regulador emite luego de haber verificado el avance (entiéndase como ejecución) de las obras programadas. Este último término corrobora lo mencionado hasta el momento, pues el término “de obras” hace referencia a que su emisión únicamente compete a las obras efectuadas (y no incluye actividades de mantenimiento) durante el periodo de construcción. Por consiguiente, a tenor del Contrato de Concesión, sólo podrán emitirse CAOs respecto a las valorizaciones de obras a ser ejecutadas en el periodo de construcción (48 meses) que excluye al Microrevestimiento;

Que, como se mencionó en los considerandos que hemos venido desarrollando, según el PID la valorización de la Obra Alternativa (Pavimento Asfáltico), incluye al microrevestimiento; lo cual contradice las cláusulas del Contrato de Concesión;

Que, tal como se ha expuesto, es evidente las divergencias existentes entre los lineamientos de la emisión de CAOs contemplados en el Contrato de Concesión y precisados mediante el Oficio Circular N° 022-08-GS-OSITRAN; y, el Proyecto de Ingeniería de Detalle;

<b>Contrato de Concesión</b>	<b>Proyecto de Ingeniería de Detalle</b>
Obras de construcción: 3 etapas hasta los 48 meses	Obras Alternativas: Pavimento Asfáltico-Micro revestimiento
Obras ejecutadas	El microrevestimiento se ejecutará en el año 5

Que, al suscitarse una divergencia entre el Contrato de Concesión y el Proyecto de Ingeniería de Detalle, debemos sujetarnos a lo previsto en el numeral 1.6: Definiciones que señala:

*“Leyes y Disposiciones Aplicables: Es el conjunto de disposiciones legales que regulan el Contrato. Incluye los reglamentos, directivas y resoluciones, que pudiera dictar cualquier autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las partes”*

Que, de igual manera el Artículo 16.1 del Contrato de Concesión referida a la Ley Aplicable señala:

*“La partes han negociado, redactado y suscrito el Contrato con arreglo a las Leyes y Disposiciones Aplicables del Perú. Por tanto, expresan que el contenido, ejecución, conflicto y demás consecuencias que de él se originen, se regirá por la legislación interna del Perú, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer”*

Que, por lo tanto, en relación a la incompatibilidad suscitada, debemos de entender las cláusulas contractuales y la propuesta del Concesionario concretada en el PID, en relación a la normatividad que rige el marco general de todo contrato: el Código Civil;

## ***El Contrato de Concesión como Contrato de prestaciones recíprocas***

Que, según la cláusula 2.8 del Contrato de Concesión, el contrato suscrito es principal y de prestaciones recíprocas<sup>2</sup>. En tal sentido es de aplicación el Título VII de la Sección Primera del Libro VII: Fuentes de las Obligaciones del Código Civil;

Que, conforme a ello, uno de los efectos derivados del Contrato con prestaciones recíprocas es la **excepción de incumplimiento**, según el cual se posibilita que un contratante se abstenga (legítimamente) de cumplir (es decir, suspenda) la prestación, si el otro no cumpliera con su obligación. *Contrario sensu* si un aparte no ejecuta las prestaciones a su cargo, no podrá exigir la contraprestación correspondiente;

Que, a decir de Guillermo A. Borda: *“en los contratos de los cuales nacen relaciones recíprocas a cargo de ambas partes, una de ellas no puede demandar de la otra el cumplimiento si no hubiera cumplido sus propias obligaciones.”*<sup>3</sup>. Siguiendo el mismo razonamiento, Jorge Eugenio Castañeda expresa que *“solo en los contratos bilaterales existen prestaciones recíprocas. Por lo mismo, en ello funciona la exceptio non adimpleti contractus en virtud de la cual si una de las partes, sin haber cumplido la prestación que le corresponde, exigiere a la otra su cumplimiento porque el otro contrayente tampoco ha cumplido lo prometido. No sería justo que se obligara a cumplir a una de las partes, si la otra parte, a su vez no cumpliera aquello a que se hubiese comprometido.”*<sup>4</sup>

Que, según el expediente, la Concesionaria solicita el cumplimiento de obligaciones de índole económica por parte del co-contratante: el MTC, para ello se requiere de un paso previo: emisión del CAO por parte del Regulador;

Que, aplicando las normas del Código Civil respecto al cumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato de Concesión (como contrato con prestaciones recíprocas), es necesario mantener el equilibrio en las obligaciones recíprocas. En tal sentido, para que el Concesionario solicite el cumplimiento de la contraprestación establecida en el Contrato de Concesión (correspondiente emisión de CAO y su posterior CRPAO) debe haber cumplido sus prestaciones tal como lo establece el contrato (en este caso las obligaciones concernientes a la ejecución de la obra). Si la prestación a cargo del solicitante es cumplida conforme al contrato, su correlato inminente es la ejecución de la contraprestación por parte del co-contratante, siguiendo así el aforismo: “doy para que des”, que caracteriza a este tipo de prestaciones;

Que, tal como se analizó, el Contrato de Concesión contempla la emisión del CAO cuando las obras contempladas en él hayan sido efectivamente ejecutadas; por consiguiente la

---

<sup>2</sup>2.8- El contrato es principal, de prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada. (...)

<sup>3</sup> Citado por FERNANDEZ FERNANDEZ, Cesar. Código Civil Comentado. Tomo VII - Contratos en General, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pag. 371.

<sup>4</sup> Citado por FERNANDEZ FERNANDEZ, Cesar, Ob. Cit pag. 372

prestación por parte del Concesionario está delimitada contractualmente y su correcta ejecución tiene como correlato la íntegra contraprestación (emisión del CAO);

Que, sin embargo, cuando el Concesionario solicita la contraprestación íntegra en virtud de actividades no ejecutadas (ni mucho menos consideradas dentro de la etapa constructiva), resulta totalmente legítimo el derecho que tiene el Regulador para suspender las prestaciones que tiene a su cargo (emisión del CAO); pues el Concesionario no puede solicitar el cumplimiento de la contraprestación convenida si él no realiza las suyas de acuerdo con lo consagrado en el Contrato;

Que, resulta legítimo el planteamiento del Informe impugnado N° 025-08-GS-GAL-OSITRAN al considerar que en la siguiente emisión del CAO (contraprestación) ya no se incluirá la partida de Microrevestimiento (no es parte de la prestación en la Etapa de la Construcción);<sup>5</sup>

Que, dicha decisión emitida por el Regulador se enmarca dentro de la Excepción de Incumplimiento, según el cual se permite al contratante a quien se le exige el cumplimiento de la prestación, negarse válidamente y suspenderla (excepción dilatoria); lo cual no implica un ataque al vínculo contractual generado entre el Concesionario y el Concedente; sólo se limita a seguir la lógica de las prestaciones recíprocas (o sinalagmáticas) basada en que una parte no puede exigir el cumplimiento de la contraprestación mientras la misma no haya ejecutado las obligaciones convenidas contractualmente;

### ***La doctrina de los actos propios***

Que, establecido que el acto administrativo impugnado, en el extremo concerniente a la no inclusión del microrevestimiento dentro de la partida de Pavimento Asfáltico a efectos de su medición y pago en las emisiones del CAO, es plenamente acorde con las cláusulas del Contrato de Concesión, corresponde ahora dilucidar si la opción establecida en el informe sujeto a impugnación (el descuento de US\$ 3'608,131.30 Dólares Americanos en el siguiente CAO a aprobarse) contraviene la teoría de los actos propios, mas aún cabe determinar si dicha teoría es aplicable al caso en cuestión;

Que, en el informe materia de reconsideración se contempla como alternativa viable para la solución de la problemática planteada, la modificación del contrato de concesión, pues el solo descuento de los CAOs a emitirse (por la exclusión del microrevestimiento) implicaría la posterior reducción del PAO contractual convenido. Por ello, una de las conclusiones de dicho informe es la imperiosa necesidad del acuerdo entre las partes para revertir la incongruencia analizada en este informe;

---

<sup>5</sup> Debemos agregar también, tal como se indicó anteriormente, el CAO es una valorización respecto al PAO, el cual únicamente corresponde a obras ejecutadas durante la etapa de construcción.

Que, en virtud a las potestades conferidas por la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo Ley N° 26917<sup>6</sup>, el Regulador tiene la obligación de fiscalizar el cabal cumplimiento del contrato, para ello uno de los instrumentos es el control posterior de acuerdo al artículo 7 de dicho cuerpo normativo y considerando también la Ley 27444<sup>7</sup>. En ejercicio de dicha prerrogativa, al Regulador le compete la fiscalización posterior, como en el presente caso, pues a raíz de la emisión del Oficio Circular N° 022-08-GS-OSITRAN (que no fue objeto de impugnación, por tanto surte pleno efectos al ostentar la calidad de cosa decidida) la Administración se percató de las incongruencias existentes y por consiguiente de los pagos en exceso en relación a lo dispuesto por el contrato de concesión;

Que, en tal sentido, al apreciar la existencia de pagos contractualmente no debidos (pues es el contrato quien exige la ejecución de obras previa a la emisión del CAO), el remedio administrativo óptimo es el descuento por los pagos realizados que no guardan coherencia con los requisitos para la emisión del CAO contemplados en el Contrato de Concesión;

Que, respecto a ello, la Concesionaria alega el deber de buena fe y el acogimiento a la teoría de los actos propios, pues a su entender la conducta anterior de la Institución (emisión del CAO 1 al 10) ha generado confianza *“en que quien la ha emitido permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien supone hallarse protegido, pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen”*

Que, con respecto a la teoría de los actos propios, parte de la doctrina nacional comulga la premisa que ésta *“debe tomarse con pinzas. Su aplicación requiere el cumplimiento de requisitos esenciales que vienen siendo delimitados paulatinamente por la doctrina y jurisprudencia”*<sup>8</sup>;

Que, está teoría no ha sido recogida por la normatividad civil; sin embargo, ello no la excluye del ordenamiento. En sede administrativa tampoco ha sido reconocida, más aún existen diversos actos que la desvirtúan, claro ejemplo de ello es la acción de lesividad;

---

<sup>6</sup> Artículo 5.- Objetivos

a) Velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.

Artículo 7: Funciones

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades de control posterior de los contratos bajo su ámbito.

<sup>7</sup> Ley del procedimiento Administrativo general

1.16. Principio de privilegio de controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

<sup>8</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Ni urgente, ni necesario; mas bien defectuosos. Comentarios muy críticos al anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. Palestra, Lima, 2005, pag.38.

Que, una doctrina nacional ha indicado claramente que esta teoría no se aplica a los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan el orden público o las buenas costumbres, en donde falte la manifestación de voluntad, por fin ilícito y por no revestir la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad. En efecto, se ha dicho que esta doctrina no puede ser aplicada automáticamente, siempre que exista una contradicción entre dos comportamientos o siempre que el cambio de comportamiento de nuestra contraparte no convenga a nuestros intereses;<sup>9</sup>

Que, la aplicación de la teoría de los actos propios en este caso implicaría mantener una situación contraria a lo expresamente estipulado por el Contrato de Concesión. Siendo así, y en virtud de las obligaciones que asumen los Organismos Reguladores de garantizar la vigencia y efectividad de las obligaciones contractuales, de supervisar y fiscalizar el contrato y su cumplimiento por ambas partes; no le es oponible la teoría de los actos propios, toda vez que el fin perseguido es contrario al objeto del contrato de concesión y además se vulneraría normas de orden público;

De conformidad con las funciones previstas en los literales g) y o) del artículo 58° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM;

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

**PRIMERO:** Declarar Infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por "Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A". contra el Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN, de fecha 20 de mayo 2008, que se sustenta en el Informe N° 025-08-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 17 de abril 2008, en el que deberá entenderse que la aplicación del Microrevestimiento Asfáltico de la Obra Alternativa Pavimento Asfáltico, por parte de la Concesionaria, será en el año cinco (5), dentro de la etapa de explotación de la concesión.

**SEGUNDO:** Notificar la presente Resolución al Concesionario así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

**ING. JULIO ESCUDERO MEZA**  
**Gerente General**

Reg. Sal. N° GG-11399-08

---

<sup>9</sup> CASTILLO FREYRE, Mario, Ob. Cit pág. 108