



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Resolución de Gerencia General

Lima, 03 de julio de 2013

Nº 063-2013-GG-OSITRAN

VISTOS:

La Carta de la Sociedad Concesionaria IIRSA NORTE S.A. N° 2352-CINSA-OSITRAN, así como el Informe N° 031-2013-GS-GAL-OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 17 de junio del 2005, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte-IIRSA Norte, en adelante el Contrato de Concesión, entre el Estado de la República del Perú, en adelante el Concedente, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones-MTC, y CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., en adelante el Concesionario;

Que, la Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, regula las causales de suspensión de obligaciones, señalando que el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes contempladas en el mismo, no será considerada como causa imputable de incumplimiento, durante el tiempo y hasta la medida que tal incumplimiento sea causado, entre otros, por fuerza mayor o caso fortuito, conforme estos conceptos son definidos por el Contrato de Concesión y por el Código Civil Peruano;

Que, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 15.2 del Contrato de Concesión, el Regulador se pronunciará mediante resolución debidamente motivada respecto de la solicitud de suspensión de las obligaciones, que haya presentado cualquiera de las Partes;

Que, mediante Carta N° 2220-CINSA-OSITRAN y Carta N° 2292-CINSA-OSITRAN, el Concesionario, solicitó que se declare la suspensión de obligaciones referidas a los parámetros de nivel de conservación y serviciabilidad de Calzada y Berma indicados en el Anexo I del Contrato de Concesión, debido, según señala el Concesionario, a gibas artesanales colocadas por los pobladores en forma artesanal y sin un diseño adecuado que permita el tránsito normal por las mismas, lo cual, a criterio del Concesionario, está generando daños al pavimento por ahuellamiento mayor al parámetro permitido;

Que, mediante Oficio N° 2413-2012-MTC/25, con fecha 4 de diciembre de 2012, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, remitió su opinión al Regulador, respecto de la solicitud de suspensión de obligaciones formulada por la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., precisando que resultaba indispensable que el Regulador verifique los hechos detallados por el Concesionario;

Que, mediante Resolución N° 012-2013-GG-OSITRAN, sobre la base de Informe N° 003-2013-GS-GAL-OSITRAN, luego de evaluar y analizar la documentación sustentatoria remitida por el Concesionario, la Gerencia General declaró improcedente la solicitud de suspensión de

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 1 de 2





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

obligaciones presentada por la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., en el marco de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., remite apreciaciones que, no obstante denominarlas como comentarios a la Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN, sustantivamente cuestionan su alcance y presenta nuevos hechos y elementos para su evaluación, por lo que dicha carta fue calificada como Recurso de Reconsideración, en ejercicio de las atribuciones señaladas en el numeral 3, del artículo 75º, así como en el artículo 213º de la Ley del Procedimiento administrativo General, Ley N° 27444 ;

Que, mediante Informe N° 031-2013-GS-GAL-OSITRAN, luego de evaluar y analizar los nuevos hechos y la documentación sustentatoria remitida por el Concesionario, las Gerencias de Supervisión y Asesoría Legal, concluyen señalando que no ha quedado acreditada la causal de fuerza mayor invocada por la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A.;

Que, luego de evaluar y analizar los argumentos expuestos por el Concesionario, y la documentación obrante en el expediente administrativo, esta Gerencia hace suyo el Informe N° xxx-2013-GS-GAL-OSITRAN, incorporándolo íntegramente a la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el inciso 6.2, del artículo 6º, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

De conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, así como por el Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN, modificado por Resolución N° 009-2009-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración presentado por la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. y, en consecuencia, confirmar lo resuelto a través de la Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN.



Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 031-2013-GS-GAL-OSITRAN, a la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente.

Artículo Tercero: Autorizar la publicación de la presente Resolución en la Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, Comuníquese y Archívese.

WILLIAM BRYSON BUTRICA
Gerente General (e)



Reg. Sal GG-18441

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 2 de 2



INFORME N° 031-13-GS-GAL-OSITRAN



A : **WILLIAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General (e)

Asunto : Comentarios a Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN

Referencia : Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN

Fecha : 25 de junio de 2013.

I. OBJETIVO

1. Emitir pronunciamiento sobre los comentarios realizados por la Empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., respecto a la Resolución N° 012-2013-GS-OSITRAN, que desestimó la solicitud de suspensión de obligaciones presentada por dicha empresa.

II. ANTECEDENTES

2. El 17 de junio del 2005, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación y Explotación de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte-IIRSA Norte, (el Contrato de Concesión), entre el Estado de la República del Perú (el CONCEDENTE), actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones-MTC, y CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. (el CONCESIONARIO), (ambas en adelante las PARTES).
3. Mediante Carta N° 2220-CINSA-OSITRAN, recibida con fecha 22.nov.12, el Concesionario solicitó al Concedente y al Regulador la Suspensión de Obligaciones contractuales referidas a los parámetros de nivel de conservación y serviciabilidad de calzada y berma indicados en el Anexo I del Contrato de Concesión.
4. Mediante Oficio N° 2413-2012-MTC/25, el Concedente comunica su opinión a OSITRAN, respecto de la solicitud de suspensión de obligaciones presentada por el Concesionario, señalando que dicha solicitud procedería, sin embargo, consideraba indispensable que el Regulador en su calidad de ente supervisor, verifique los hechos detallados por el Concesionario.
5. Mediante Oficio N° 5030-2012-GS-OSITRAN, con fecha 05.dic.12, el Regulador formula observaciones a la información presentada por el Concesionario respecto a la suspensión de obligaciones solicitada.
6. Mediante Carta N° 2292-CINSA-OSITRAN, recibida con fecha 11.ene.13, el Concesionario manifiesta que remite la información solicitada por el Regulador, a fin que se continúe con el trámite de la solicitud de suspensión de obligaciones solicitada.
7. Mediante Resolución N° 012-2013-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN declaró improcedente la solicitud de suspensión de obligaciones presentada por el Concesionario



8. Mediante Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, el Concesionario se pronuncia respecto a lo señalado en la Resolución N° 012-2013-GG-OSITRAN, notificada por Oficio N° 029-13-GG-OSITRAN.

III. MARCO CONTRACTUAL

9. La Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión contiene las causales que pueden ser invocadas por las Partes para la suspensión de sus obligaciones contractuales.

Cláusula 15.1

El incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes, contempladas en este Contrato, no será considerado 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:*

- i) Aquellos paros o huelgas generales de trabajadores o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente al CONCESIONARIO por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable.*

(...)

Lo anterior es sin perjuicio de la obligación del CONCESIONARIO de restablecer la transitabilidad en la medida de lo posible, una vez que cese la causal que dio origen a la suspensión, y en el menor tiempo posible de conformidad a lo dispuesto en el Anexo I.

10. La Cláusula 15.2 del Contrato de Concesión, establece el procedimiento a seguir para la declaración de suspensión de obligaciones.

Cláusula 15.2

Si una de las partes no puede cumplir las obligaciones que se le imponen por el presente Contrato, debido a alguno de los eventos aquí señalados, tal Parte notificará a la otra Parte y al REGULADOR, por escrito, tan pronto como sea posible, dando las razones del incumplimiento, detalles de tal evento y la obligación o condición afectada.

La parte que haya recibido la comunicación deberá comunicar al REGULADOR su opinión sobre la solicitud antedicha en un plazo no superior a los treinta (30) Días Calendario, contados desde la fecha de comunicación de la circunstancia por la cual se invocó la suspensión temporal de las obligaciones.

El REGULADOR se pronunciará mediante resolución debidamente motivada en el plazo de treinta (30) Días Calendario desde que reciba la solicitud de Suspensión. Ante el silencio del REGULADOR se considerará procedente la solicitud de Suspensión durante el plazo señalado por el solicitante. En caso la Parte que ha invocado la Suspensión discrepe con la decisión del REGULADOR, dicha Parte podrá acudir a los mecanismos de impugnación contra dicha resolución previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

Cualquier disputa entre las Partes con relación a la existencia o duración de un evento de fuerza mayor, se podrá someter al arbitraje establecido en la sección XVI del presente Contrato.

11. La Cláusula 15.3 del Contrato de Concesión, está referida a los efectos de la declaración de suspensión de obligaciones.

Cláusula 15.3

El deber de una Parte de cumplir las obligaciones que aquí se le imponen, será temporalmente suspendido durante el periodo en que tal Parte esté imposibilitada de cumplir, por causa de un evento de fuerza mayor, pero sólo mientras exista esa imposibilidad de cumplir.

Aquellas obligaciones de las Partes contempladas en este Contrato en especial la obligación del CONCEDENTE de efectuar los pagos por PAMO en la medida que corresponda efectuarlos de acuerdo al Contrato que no se vean afectadas por el evento de fuerza mayor permanecerán vigentes.

La Parte afectada por un evento de fuerza mayor, deberá notificar en forma inmediata a la otra Parte y al REGULADOR cuando tal evento haya cesado y no le impida seguir cumpliendo con sus obligaciones, y deberá a partir de entonces reasumir el cumplimiento de las obligaciones suspendidas del Contrato.

La suspensión del Contrato no limitará bajo concepto alguno el derecho de los Titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en dichos títulos conforme a los términos previstos en los mismos.

12. El Contrato de Concesión en las cláusulas 5.38 y 5.39 Defensas Posesorias, indica las acciones que debe realizar el Concesionario frente a las invasiones al Derecho de Vía de la carretera concesionada:

5.38.- El CONCESIONARIO tiene la obligación de ejercitar las siguientes modalidades de defensa posesoria, tanto para el caso de intento de usurpación del área comprometida en el Área de la Concesión, como en el caso de actividades incompatibles con el buen uso de dicha área por parte de terceros:

- Defensa posesoria extrajudicial, utilizada para repeler la fuerza que se emplee contra el CONCESIONARIO y poder recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeída, pero absteniéndose siempre del empleo de vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
- Defensa posesoria judicial, para la que el CONCESIONARIO deberá, en caso que recaiga sobre la Concesión cualquier afectación, desposesión, ocupación, usurpación, etc., comunicar al REGULADOR dichos hechos y hacer uso de los mecanismos y recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión.

5.39.- El ejercicio de las defensas antes descritas no exime de responsabilidad al CONCESIONARIO, el cual, ante un supuesto como los descritos en el párrafo precedente, deberá coordinar inmediatamente con el CONCEDENTE la interposición de las acciones legales que éste último deberá entablar a fin de mantener indemne el derecho del CONCEDENTE sobre los Bienes de la Concesión, siempre que estos reclamos se originen en hechos ocurridos después de la transferencia de dichos bienes al CONCESIONARIO. (el resultado es nuestro)

IV. ANÁLISIS

13. En atención a la solicitud formulada por el Concesionario, en el presente informe se analizarán los siguientes aspectos, desde una perspectiva técnica y legal:

- Naturaleza de la carta presentada por el Concesionario.
- La causal invocada por el Concesionario.
- Características para que un evento califique como caso fortuito o fuerza mayor.
- Análisis de los argumentos por los que el Concesionario solicita que se reevalúe la solicitud de suspensión de obligaciones.

Naturaleza de la Carta presentada por el Concesionario.

14. En este punto, se debe tener presente que, a través de la Resolución N° 012-2013-GG-OSITRAN, se declaró improcedente la solicitud de suspensión de obligaciones presentada por el Concesionario.
15. Dicha Resolución y el Informe N° 003-2013-GS-GAL-OSITRAN, que la sustenta, fueron notificados al Concesionario, el 28 de enero de 2013, mediante Oficio N° 029-13-GG-OSITRAN.

16. La Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, mediante la cual, el Concesionario se pronuncia respecto de la Resolución N° 012-2013-GG-OSITRAN, fue presentada dentro del plazo de 15 días perentorios previstos en la LPGA¹; no obstante, éste ha omitido señalar si su escrito constituye un Recurso de Reconsideración o Apelación, por lo que corresponde determinar la naturaleza del mismo.

17. Sobre el particular, en la Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, el Concesionario señala:

"Consideramos muy respetuosamente que el punto de partida del análisis del Informe N° 003-13-GS-GAL-OSITRAN del 25 de enero de 2013, que sustenta la resolución materia de comentarios es incorrecto.

(....)

Es importante que a través de las constataciones dejamos constancia no sólo de la existencia de las gibas, sino de la férrea oposición de la población aledaña a las zonas en las que se encuentran las gibas, lo que impide a la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., el retiro de las mismas, a fin de impedir el mayor deterioro de la infraestructura vial.

Copia de los registros fotográficos que se han realizado en algunas de las instalaciones ilegales realizadas por los pobladores de la zona y en aquellos intentos por retirar la giba ilegalmente ejecutada. De ello se desprende que la población reacciona de manera negativa e incluso agresiva ante cualquier intento de retiro de la giba (ANEXO 2).

Es importante igualmente, en relación a lo señalado por el OSITRAN en el sentido que no se advierte que no se haya remitido la documentación sustentatoria con la que acredita la realización de acciones posesorias en su calidad de poseedor inmediato, que con el presente estamos recaudando copia de las comunicaciones remitidas al OSITRAN y/o al CONCEDENTE conforme a la cláusula 5.38 a) del Contrato de Concesión –las mismas que fueron enumeradas en nuestra solicitud de suspensión- (ANEXO 3)".

18. Conforme se advierte, el Concesionario estaría cuestionando la Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN, presentado nuevos hechos y elementos para ser evaluados; razón por la cual, su escrito tendría la naturaleza de un Recurso de Reconsideración conforme a lo previsto en el artículo 208° de la LPAG.

19. En ese contexto, si bien el Concesionario no ha señalado expresamente que su escrito tiene el carácter de un recurso de reconsideración, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 75° de la Ley N° 27444, en el sentido que la autoridad administrativa debe encausar de oficio el procedimiento cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponde a ellos, se considera factible encausar la Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, como un Recurso Administrativo de Reconsideración.

20. Dicho esto, en las secciones siguientes, se abordará los puntos expuestos por el Concesionario.

La causal invocada por el CONCESIONARIO

21. Previo al análisis de los cuestionamientos formulados por el Concesionario contra la Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN, que declaró improcedente la solicitud de suspensión de obligaciones presentada, es pertinente recordar que éste solicitó la suspensión de obligaciones en virtud al ítem i) del literal c) de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión que textualmente señala lo siguiente:

¹ En este punto, cabe destacar que por Decreto Supremo N° 112-2012-PCM, entre otros, los días 11 y 12 de febrero de 2013, fueron declarados días no laborables.

"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:*

i) *Aquellos paros o huelgas generales de trabajadores o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente al CONCESIONARIO por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable.*

(...)" (Subrayado agregado)

22. En atención al marco contractual invocado por el Concesionario, OSITRAN señaló que para calificar como caso fortuito o fuerza mayor, los paros, huelgas o las manifestaciones públicas ocurridas debieron cumplir con las siguientes condiciones:



- i) Ser de gran envergadura.
- ii) Ir más allá de su control razonable.
- iii) No ser imputables al Concesionario.
- iv) Afectar directamente al Concesionario.

23. Asimismo, de manera concordada con el numeral anterior, se evaluó si el evento ocurrido cumple con las exigencias establecidas en el artículo 1315° del Código Civil², en el sentido que debe tener las características de ser un acontecimiento de carácter extraordinario, irresistible e imprevisible.



24. El pronunciamiento emitido por OSITRAN, a través de la Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN, declaró improcedente la solicitud de suspensión de obligaciones presentada por el Concesionario, en la medida que no se acreditó que el evento invocado cumplía con los requisitos exigidos en el ítem i) del literal c) de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión y el artículo 1315 del Código Civil.

25. No obstante lo anterior, mediante Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, el Concesionario afirma que de la lectura atenta del Contrato de Concesión, se puede concluir que los eventos señalados en los numerales i), ii), iii) y iv) del literal c) de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, no son los únicos que pueden configurar caso fortuito o fuerza mayor, pues tienen carácter enunciativo, correspondiendo acudir al Código Civil, ejecutando los términos del contrato de concesión de acuerdo a las reglas de la buena fe, y que es adecuado entender que no se requiere necesariamente de un evento de gran envergadura, sino que cumpla con las condiciones del artículo 1315° del Código Civil.

26. Adicionalmente, afirma que de la simple revisión de los supuestos propuestos por su parte puede concluir que:

a) *Se trata de un evento extraordinario, pues esta fuera de lo común y ordinario.*



² "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"

- b) *Se trata de un evento imprevisible, pues no es posible prever con exactitud la fecha, hora y lugar en que los pobladores de determinada zona colocarán las referidas gibas en la infraestructura vial.*
- c) *Es irresistible, pues conforme se desprende de las constataciones policiales recaudadas, la propia autoridad policial deja constancia de la férrea oposición de la población para retirar las gibas; y,*
- d) *Los eventos propuestos impiden el cumplimiento de nuestras obligaciones tal y como nuestra parte quisiera hacerlo.*

27. Luego, señala que en el supuesto negado que se considerase que es imprescindible que concurra el requisito de evento de gran envergadura, es evidente que con las constataciones policiales recaudadas se desprende la importancia de la manifestación de la población de cada localidad, lo que impide que aún con el concurso de autoridad policial, se pueda remover la giba.

28. Al respecto, y sin perjuicio del análisis que más adelante se realizará respecto a los argumentos esbozados por el Concesionario, es pertinente aclarar que en ningún extremo de la Resolución impugnada, ni del Informe que la sustenta, se ha señalado que los eventos señalados en el literal c) de la Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión son los únicos eventos que pueden configurar supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que, la mencionada cláusula expresamente señala: *"... se entiende como caso fortuito, entre otros eventos, alguna(s) de las siguientes situaciones"*.

29. En ese sentido, el pronunciamiento que emitió OSITRAN a través de la Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN, que declaró improcedente la suspensión de obligaciones presentada por el Concesionario, se fundamentó en el ítem i) del literal c) de la Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, debido a que ésta fue la causal invocada por el propio Concesionario para sustentar su pretensión.

30. Asimismo, cabe indicar que, adicionalmente a la evaluación de la causal invocada por el Concesionario, este Órgano Regulador también evaluó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Civil. En efecto, en el numeral 14 del Informe N° 003-13-GS-GAL-OSITRAN, que sustentó la Resolución de Gerencia General N° 012-2013-GG-OSITRAN, se señaló expresamente: *"(...) se evaluará si el evento ocurrido cumple con las exigencias establecidas en el artículo 1315º del Código Civil, en el sentido que debe tener las características de ser un acontecimiento de carácter extraordinario, irresistible e imprevisible."*

Características para que un evento califique como fuerza mayor o caso fortuito

31. El Código Civil, en su artículo 1315, respecto a los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor, señala lo siguiente:

"Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"

32. De la lectura del artículo citado, se advierte que el Código Civil considera que existe una situación de caso fortuito y fuerza mayor siempre que se produzca un evento, condición o circunstancia que tenga las siguientes características:



- i. Extraordinaria
- ii. Imprevisible
- iii. Irresistible

33. En efecto, son estos acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor los que califican como caso fortuito y fuerza mayor. Se trata de acontecimientos independientes de su voluntad y, por tanto, causas no imputables al deudor. Como señalan **Osterling Parodi y Castillo Freyre**:

*"El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor moral de dicha inejecución; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias"*³. (el subrayado es nuestro)

34. Debe entenderse como acontecimiento extraordinario aquel que no es usual en situaciones normales, mientras que la imprevisibilidad supone un hecho respecto del cual las partes no tenían motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder, al tiempo de contraerse la obligación. Asimismo, el requisito de irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento por parte del deudor. Por tanto, *"la rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configura el caso fortuito o fuerza mayor"*⁴. Son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto — o cualquier desastre producido por fuerzas naturales— y una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo)⁵.

35. Ahora bien, continuando con el análisis, debe precisarse que el caso fortuito y la fuerza mayor se distinguen claramente de la ausencia de culpa, dado que requieren necesariamente la acreditación de un hecho positivo y no la mera probanza de un hecho negativo. Como señala **Osterling**:

*"La "causa no imputable genérica" equivalente a la noción de ausencia de culpa, por lo que basta la probanza de un hecho negativo: la ausencia de culpa; esto es que "(...) se prestó la diligencia que exigió la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación"*⁶.

36. Por el contrario, el caso fortuito o fuerza mayor califican como "causas no imputables específicas", dado que en estos casos, no basta con acreditar la ausencia de culpa sino que se requiere demostrar fundamentalmente el hecho positivo: el acontecimiento de un hecho extraordinario, imprevisible y/o irresistible. Como señala **Fernández Cruz**:

"La causa no imputable se impone, ante todo, como un límite a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones; ello significa que el esfuerzo requerido al deudor es el máximo, y que éste no quedará

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE. "Tratado de las Obligaciones", citado por Mario Manuel de la Puente y Lavallo. El Contrato en General. Tomo I. Palestra Editores, Lima – 2001. Pág. 604.

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. "Inejecución de obligación". En: Para leer el código civil, Fondo Editorial, PUCP, 1984, pág. 139.

⁵ A nivel jurisprudencial, podemos citar lo siguiente: "La promulgación de un Decreto de Urgencia que suspende la importación de vehículos de transporte terrestre, constituye un hecho extraordinario, porque lo ordinario en el Perú es la libre importación de bienes; imprevisible porque nadie podía suponer la expedición de tal dispositivo, e irresistible porque era de obligatorio cumplimiento, con lo que se configura la fuerza mayor" (CAS. N° 204-99).

⁶ OSTERLING PARODI, op.cit, p. 139.

liberado sino hasta cuando haya aportado la prueba del caso fortuito”

7

37. Sobre la base de lo anterior, procederemos a evaluar si el evento invocado por el Concesionario (colocación de gibas por los pobladores de la zona, en forma artesanal, sin autorización y sin un diseño adecuado) califica como un evento de fuerza mayor, es decir, si tiene las características de extraordinario, imprevisible e irresistible. Ahora bien, considerando que estaríamos ante un hecho ocasionado por terceros ajenos a las partes, corresponde evaluar el evento ocurrido como un supuesto de fuerza mayor.

Análisis de los argumentos por los que el CONCESIONARIO solicita que se revalúe la suspensión de obligaciones

38. El Concesionario manifiesta que, contrariamente a lo señalado por OSITRAN respecto a que no se ha remitido la documentación sustentatoria que acredite las acciones posesorias en su calidad de poseedor inmediato, se había cumplido con adjuntar, con la Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, copias de las comunicaciones remitidas al OSITRAN y/o al Concedente, conforme a la cláusulas 5.38 a) del contrato de concesión, las que -según señala- fueron enumeradas en su solicitud de suspensión de obligaciones.
39. Al respecto, debemos señalar que el ejercicio de las defensas posesorias no se acredita con la sola comunicación al Regulador y al Concedente de dichos eventos o con la presentación de denuncias policiales, sino que principalmente requiere el empleo de los mecanismos de prevención que resulten necesarios, así como los recursos judiciales que le permitan mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de la Concesión, ninguno de los cuales ha sido realizado por el Concesionario.
40. Asimismo, el Concesionario adjunta como Anexo 2 a la Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, registros fotográficos señalando que: *“se han realizado en algunas de las intervenciones ilegales realizadas por los pobladores de la zona o en aquellos intentos por retirar la giba ilegalmente ejecutada. De ellos se desprende que la población reacciona de manera negativa e incluso agresiva ante cualquier intento de retiro de la giba”*.
41. Con relación a lo anterior, es pertinente reiterar que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, tanto para el caso de intento de usurpación del área comprometida en el Área de la Concesión, como en el caso de actividades incompatibles con el buen uso de dicha área por parte de terceros, el Concesionario está obligado a ejercer las defensas posesorias de carácter judicial y extrajudicial correspondientes de modo permanente.
42. Del mismo modo, resulta oportuno acotar que, de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 5.23 del Contrato de Concesión, el Concesionario será responsable ante el Concedente, el Regulador y los terceros por la correcta administración y uso de los bienes reversibles, así como por el riesgo de pérdida, destrucción y desfase tecnológico inherente a los mismos, precisándose que con el objetivo de mitigar los riesgos del Contrato, el Concesionario se obliga a contratar una póliza de seguro en los términos que fija la Sección X del Contrato.
43. Es así, que tanto el marco legal vigente, como el esquema del Contrato de Concesión, determinan la obligación del Concesionario de mantener indemne el derecho del



⁷ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “Imputabilidad en la Inejecución de Obligaciones”. En: Código Civil Comentario. Tomo VI. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 862.

Concedente sobre los bienes de la Concesión, desde la Toma de Posesión, para lo cual se han previsto diversos mecanismos que el Concesionario puede ejercer para mitigar el riesgo que le ha sido asignado.

44. Por otra parte, el Concesionario argumenta que respecto a los interdictos judiciales debe tenerse en cuenta que, en el caso concreto de las gibas, la perturbación de la posesión únicamente se presenta durante la instalación de la giba, y que una vez que la giba está instalada, el Concesionario recupera la posesión de la vía. Por lo tanto, -según señala- no se genera una situación en la que el Concesionario se vea despojado de la posesión de la vía de manera continua y permanente, agregando que este hecho le impide estar habilitado para el inicio de las acciones judiciales correspondientes.
45. Sobre el particular, debemos señalar que la construcción de las gibas artesanales es un hecho posterior a la Toma de Posesión, no advirtiéndose de la documentación remitida por el Concesionario prueba alguna que permita concluir lo contrario. En ese sentido, es pertinente recordar las obligaciones que, respecto a los Bienes Reversibles, tiene el Concesionario:

Obligaciones del CONCESIONARIO respecto de los Bienes Reversibles

5.16.- El CONCESIONARIO está obligado a realizar actividades destinadas a preservar, en el plazo fijado para la Concesión, la condición de estado y la naturaleza de los Bienes Reversibles recibidos del CONCEDENTE. El CONCESIONARIO está obligado también a realizar actividades de Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia y, en general, todos aquellos trabajos que procuren mantener la operatividad de los Bienes Reversibles y eviten un impacto ambiental negativo. El CONCESIONARIO está obligado a realizar las mejoras necesarias y útiles que requieran los Bienes Reversibles de acuerdo a los niveles de serviciabilidad exigidos. En todas estas tareas el CONCESIONARIO procurará tanto utilizar tecnologías de conocida efectividad, así como la introducción de nuevas tecnologías.

Para tal efecto, se considera impacto ambiental negativo cualquier alteración significativa que cause daño a uno o más de los componentes del ambiente, provocados por la acción antrópica o fenómenos naturales en el área de influencia definida.

5.17.- El CONCESIONARIO tiene como obligación principal reponer los Bienes Reversibles que pudieran resultar obsoletos, perdidos, desfasados tecnológicamente o cuyo estado de conservación no reúna las condiciones que establecen los niveles de serviciabilidad para la ejecución óptima del Contrato. Cuando corresponda, el CONCESIONARIO devolverá al CONCEDENTE los bienes a sustituir que éste le hubiera entregado. Esta obligación se entenderá debidamente cumplida cuando el CONCESIONARIO ponga a disposición del CONCEDENTE dichos bienes mediante una comunicación escrita, en un plazo que no deberá exceder los noventa (90) Días de producido el desgaste o el desfase de dichos bienes. El CONCESIONARIO enviará copia de dicha comunicación al REGULADOR.

5.18.- Los Bienes Reversibles que el CONCESIONARIO incorpore o construya durante la Concesión, en tanto que se encuentren afectados a la misma, no podrán ser transferidos separadamente de la Concesión, hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo de vigencia de la Concesión, sin la previa autorización del CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR.

5.19.- Sea que hubieren sido entregados con la Concesión o adquiridos o contruidos durante su vigencia, todos los Bienes Reversibles que no hubieran sido devueltos al CONCEDENTE con anterioridad a la Caducidad de la Concesión, formarán parte del Inventario Final y serán revertidos al CONCEDENTE.

5.20.- Tanto la reversión como la devolución de bienes que por cualquier causa realice el CONCESIONARIO al CONCEDENTE estará inafecta de todo tributo, carga, gravamen, pago de compensación alguna al CONCESIONARIO, o derecho real o de cualquier naturaleza, creado o por crearse, según lo previsto por el Artículo 22 del TUO y su modificatoria, la Ley N° 27156.



5.21.- El CONCESIONARIO será responsable por los daños, perjuicios o pérdidas ocasionados a los Bienes Reversibles desde la Toma de Posesión, adquisición o Construcción de los mismos, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

5.22.- El CONCESIONARIO mantendrá indemne al CONCEDENTE respecto de y contra cualquier acción o excepción de naturaleza legal, administrativa, arbitral o contractual, o reclamo de cualquier naturaleza respecto de los Bienes Reversibles, siempre y cuando esta situación se hubiera presentado en el periodo comprendido entre la entrega del CONCEDENTE al CONCESIONARIO de los bienes comprendidos en la Concesión y la reversión de los mismos por parte del CONCESIONARIO al CONCEDENTE.

Por su parte el CONCEDENTE asumirá la responsabilidad por los daños y perjuicios que afecten al CONCESIONARIO como consecuencia de cualquier situación o hecho anterior a la Toma de Posesión, incluyendo la responsabilidad por los pasivos ambientales y laborales pre-existentes, y mantendrá indemne al CONCESIONARIO respecto de cualquier reclamo o acción de terceros que se derive de tales hechos.

5.23.- El CONCESIONARIO será responsable ante el CONCEDENTE y el REGULADOR y los terceros por la correcta administración y uso de los Bienes Reversibles, así como por el riesgo de pérdida, destrucción y desfase tecnológico inherente a los mismos.

5.24.- El CONCESIONARIO, con el objetivo de mitigar los riesgos del Contrato se obliga a contratar una póliza de seguro sobre los Bienes Reversibles, en los términos que fija la Sección X del presente Contrato.

5.25.- El CONCESIONARIO será responsable y estará obligado a pagar los impuestos, tasas y contribuciones que se apliquen a los Bienes Reversibles En ese sentido, consideramos que de las pruebas presentadas se tiene que la responsabilidad sobre la defensa posesoria recae en la empresa concesionaria.



46. Tal como indica el Contrato de Concesión, el Concesionario tiene la obligación de mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de la Concesión, desde la Toma de Posesión, para lo cual se han previsto diversos mecanismos que el Concesionario puede ejercer para mitigar el riesgo que le ha sido asignado, y cumplir con la referida obligación contractual.



47. En ese contexto, observando lo dispuesto en la cláusula 5.38 del Contrato de Concesión, el Concesionario debe acreditar el ejercicio de las modalidades de defensa posesorias extrajudicial o judicial correspondientes; lo cual no se ha acreditado en el presente caso, ya que el Concesionario sólo se limitó a comunicar al Regulador y al Concedente los eventos acontecidos, no habiendo acreditado haber empleado los mecanismos y recursos extrajudiciales y judiciales, de ser el caso, que le permitan mantener indemne el derecho del Concedente sobre los bienes de la Concesión.



48. Además, es importante resaltar que el propio Concesionario señala que cada vez que intenta retirar las gibas enfrenta la resistencia de la población, situación que evidencia que luego de colocada la giba, la posesión se ve perturbada, circunstancia que habilita al Concesionario a iniciar las acciones judiciales correspondientes.



49. En otro extremo de su escrito, el Concesionario manifiesta que se debe tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 599° del Código Procesal Civil⁸, existe limitación legal para presentar interdictos, señalando incluso que ello habría sido reconocido por el propio Regulador.

⁸ Al respecto, el Código Procesal Civil, establece:

Procedencia.-

Artículo 599.- El interdicto procede respecto de inmueble, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público. También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando ésta es aparente.

50. Al respecto, en relación a la supuesta falta de legitimidad que esgrime el Concesionario invocando el artículo 599° del Código Procesal Civil, cabe resaltar que de conformidad con lo establecido en el artículo 13° del TUO de Concesiones aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el Contrato de Concesión constituye título suficiente para que el Concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros.
51. De otro lado, en relación al supuesto reconocimiento del Regulador sobre la limitación legal que invoca el Concesionario, debemos señalar enfáticamente que en ningún extremo del Informe N° 003-13-GS-GAL-OSITRAN que sustenta la Resolución N° 012-13-GG-OSITRAN, se expresó que el Concesionario se encuentra limitado legalmente a ejercitar las defensas posesorias extrajudiciales y judiciales que le corresponden para mantener indemne el derechos del Concedente sobre los Bienes de la Concesión, y menos aún, que éstas se limitan a acciones de naturaleza penal o civil. Por el contrario, en el numeral 33 de dicho Informe se precisó:

33. *Al respecto, resulta necesario precisar que las cláusulas contractuales antes mencionadas, así como las Leyes y Disposiciones Aplicables, reportan la existencia de la obligaciones del Concesionario para ejercitar y acreditar las defensas posesorias extrajudiciales y judiciales que debe realizar, no solo de carácter penal, sino también en el ámbito civil, incluyéndose dentro de esta última al ejercicio de los interdictos, en su calidad de poseedor inmediato. Sin embargo, de la documentación sustentatoria remitida, no se advierte que el Concesionario esté ejercitando las defensas posesorias de carácter judicial de naturaleza civil tales como los interdictos.*



52. Conforme se advierte, en el Informe N° 003-13-GS-GAL-OSITRAN se expresó que las defensas posesorias judiciales no se limitan a las de naturaleza penal, pues también comprenden las de carácter civil, "**tales como**" los interdictos; advirtiéndose de un simple análisis semántico de dichos términos, el carácter enunciativo y amplio de las defensas posesorias que puede y debe emplear el Concesionario; debiendo quedar claro que conforme a lo previsto en las cláusulas 5.38 y 5.39 del Contrato de Concesión, las acciones extrajudiciales y judiciales que le corresponde ejecutar al Concesionario, son de su exclusiva responsabilidad.



53. Dicho lo anterior, corresponde analizar si en virtud de los documentos y hechos consignados por el Concesionario en su Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN, se ha configurado un evento de fuerza mayor, es decir, si tiene las características de extraordinario, imprevisible e irresistible, caso en el cual sería amparable su pretensión de suspensión de obligaciones.

54. En cuanto al carácter de extraordinario, se espera que el evento, tal como la misma palabra lo indica, sea algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. En el presente caso, el Concesionario se contradice ya que por un lado indica que "Se trata de un evento extraordinario, pues está fuera de lo común y ordinario"; mientras que en otro extremo de su Carta N° 2352-CINSA-OSITRAN alega que: "la presencia de las denominadas "gibas artesanales" constituye un problema permanente de difícil solución (...)" y que "cada vez que se presenta una situación de instalación de gibas artesanales, las cuales por su número y su presencia, requieren el apoyo tanto de OSITRAN como del CONCEDENTE".



55. En tal sentido, de acuerdo a los hechos expuestos por el propio Concesionario y los documentos que conforman el expediente bajo análisis, se puede colegir válidamente que la colocación de gibas por los pobladores de la zona, en forma artesanal, no califica como un evento extraordinario, toda vez que son actividades que vienen realizando de modo

ordinario y constante las poblaciones aledañas a la vía entregada en concesión al Concesionario.

56. Respecto al carácter imprevisible que debe tener el evento, es pertinente señalar que un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Dicho esto, de la documentación remitida por el Concesionario se tiene que la colocación de gibas por los pobladores de la zona, viene ocurriendo de manera recurrente luego de la Toma de Posesión, por lo cual carecería de sustento el argumento por el cual sostiene que no es posible conocer el momento en que éstas se instalarán, puesto que es su obligación contractual y legal, tomar las acciones necesarias para prevenir y contrarrestar dicha circunstancia, máxime cuando es previsible que ésta ocurra debido a su recurrencia.
57. De otro lado, en relación al carácter irresistible del evento, esto significa que la persona es impotente para evitarlo; es decir, no puede impedir, por más que quiera o haga, su ocurrencia. Al respecto, de la revisión de la documentación obrante en el expediente administrativo, se verifica que el Concesionario no ha acreditado que la colocación y/o retiro de la gibas instaladas constituya un hecho que no podía resistir, más aún cuando de la documentación remitida al Regulador, únicamente se advierte que éste se ha limitado a presentar denuncias y constataciones policiales.
58. Cabe indicar que el hecho que la población se oponga al retiro de las gibas, resultaría incluso previsible asumiendo que (como señala el Concesionario) sean éstos quienes las colocan, y por ende quienes impiden su retiro, razón por la cual, **per se** dicha oposición no exime al Concesionario de su obligación de ejercer la defensa posesoria a fin de repeler actividades incompatibles en el Área de la Concesión, no habiéndose acreditado tampoco en el presente caso, que dicha oposición resulte irresistible.
59. Asimismo, desde una perspectiva técnica, cabe acotar que la colocación de una giba en la carretera toma un tiempo aproximado de 2 a 3 días, siendo además que las intervenciones se realizan por cada carril. Dicha circunstancia evidenciaría que dado el tiempo de su ejecución, es posible sostener que el Concesionario tome conocimiento del momento de colocación de las gibas, más aún, si debe contar con varias cuadrillas que monitorean la conservación y ejecución de sus trabajos de mantenimiento a lo largo de la vía. Por tanto, dado que el Concesionario no ha acreditado que la ocurrencia de los eventos descritos escapen de su esfera de control o accionar, no puede concluirse que los eventos descritos tengan el carácter de irresistible.
60. Finalmente, es importante resaltar que el Informe N° 003-2013-GS-GAL-OSITRAN, que sustentó la Resolución N° 012-2013-GG-OSITRAN, indica claramente que OSITRAN requirió información al Concesionario, mediante el Oficio N° 5030-2012-GS-OSITRAN a fin que sustente: (i) los motivos por los cuales las gibas colocadas estarían impidiendo la ejecución de trabajos de mantenimiento en los sectores referidos; (ii) que los daños a la vía son generados por dichas gibas, desde el ámbito técnico; (iii) las extensas longitudes de los mismos y la razón a detalle por la cual estos sectores no fueron atendidos con los trabajos de mantenimiento rutinario. Dicha información tampoco ha sido presentada por el Concesionario en los documentos adjuntos a su recurso de Reconsideración.



61. En virtud a lo expuesto, al no haberse acreditado la causal de fuerza mayor invocada por el CONCESIONARIO; debe desestimarse su recurso de Reconsideración, declarándose infundado.

V. CONCLUSIÓN

62. El Recurso Administrativo de Reconsideración presentado por la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 012-13-GG-OSITRAN, debe ser desestimado, declarándose infundado.

VI. RECOMENDACIÓN

63. En base a lo expuesto en el presente informe, se recomienda a la Gerencia General declarar infundado el Recurso Administrativo de Reconsideración presentado por la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., contra la Resolución N° 012-13-GG-OSITRAN.



Atentamente,


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión (e)



ReG. Sal: GS-GAL17640-13