

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 425-2012-CD-OSITRAN

A las doce horas y treinta minutos del veintiuno de agosto del año dos mil doce, se abrió una Sesión Ordinaria con la participación de los miembros del Consejo Directivo, señores: Jesús Tamayo Pacheco y Juan Carlos Paz Cárdenas, bajo la Presidencia del señor César Sánchez Módena.

Asimismo, participó el señor Carlos Aguilar Meza, Gerente General, y el señor Humberto Ramírez Trucíos, en su calidad de Secretario del Consejo Directivo.

I. DESPACHO

1.1 Lectura y Aprobación de las Actas de las Sesiones N° 411 a la 424

Se presentaron los proyectos de actas de las sesiones anteriores, las mismas que luego de incorporar las sugerencias y ajustes solicitados por los señores directores, fueron debidamente aprobadas, encargándose al secretario la toma de firmas respectivas.

II. INFORMES

2.1 Usos de la palabra:

a) Solicitado por IIRSA NORTE respecto a su pedido de restablecimiento del equilibrio económico financiero.

Con la anuencia de los señores miembros del Consejo Directivo, el Secretario Técnico invitó a los representantes de la empresa concesionaria IIRSA NORTE S.A. para que hagan uso de la palabra respecto a su pedido de inicio del procedimiento de revisión y restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la Concesión de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA Norte, de conformidad con lo establecido en las cláusulas 8.28 al 8.30 de su Contrato de Concesión.

Dando inicio al informe oral, hicieron uso de la palabra el Ing. Fernando Llanos y luego la Abogada Mariana Simoes quienes en representación de la concesionaria invocaron y sustentaron, uno tras de otro, las razones de orden técnico y legal, respectivamente, por las que consideran como causas sobrevinientes que han afectado el equilibrio económico-financiero de la concesión, las siguientes: (i) demora en la aprobación de PIDs, (ii) condiciones geológicas y geotécnicas, y, (iii) la demora en la entrega de terrenos.

Expresaron, a su turno, que se trata de causas sobrevinientes por cuanto se tratan de hechos o eventos ocurridos durante la etapa de ejecución contractual que no pudieron ser previstos y que afectan los

intereses de su representada, puesto que el equilibrio económico-financiero originalmente convenido se ha visto desbalanceado, razón por la cual se ven obligados a solicitar su restablecimiento.

Luego de una amplia exposición, concluyeron que la ocurrencia de los eventos antes señalados no son imputables al concesionario; que la adopción de remedios contractuales que permitían “mitigar” dichos eventos son un derecho y no obligación del Concesionario, y no solucionan un problema de desequilibrio económico; que cuando una de las partes se ve obligada a asumir un riesgo que no había sido previsto en la ecuación inicial de equilibrio económico-financiero, se rompe dicho equilibrio y por tanto existe la obligación de restituirlo; y, que el restablecimiento del equilibrio económico-financiero resulta ser el mecanismo contractual idóneo que permite equilibrar nuevamente la ecuación inicial del Contrato de Concesión y balancear las prestaciones de las partes, tomando en cuenta los mayores costos incurridos por el Concesionario.

Culminaron su intervención recordando que basta la verificación en el cumplimiento o existencia de las condiciones antes descritas, para que la parte afectada obtenga el derecho al restablecimiento del equilibrio, cuyo inicio de trámite es el que precisamente han formulado.

En este estado el señor Gerente General manifestó que este trámite de inicio del procedimiento de revisión y restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la Concesión de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA Norte por “causa sobreviniente” es un trámite que por primera vez se lleva a cabo en OSITRAN, para lo cual debemos emitir el denominado Informe Previo a que hace referencia la cláusula 8.28 del Contrato de Concesión, contando con un plazo máximo de 30 días hábiles, el mismo que la administración requiere que sea ampliado a efectos de poder contar con el tiempo suficiente que permita analizar a profundidad los argumentos formulados.

Los señores directores, considerando razonable la explicación brindada, acordaron pasar el presente tema a la estación de Orden del Día.

b) Solicitado por Concesión Canchaque S.A. respecto al inicio del procedimiento de interpretación del numeral 4.18 del Anexo b del Contrato de Concesión a su cargo.

Para los efectos del presente informe oral, el Secretario Técnico del Consejo Directivo, con la anuencia de los señores directores, invitó al representante de la empresa concesionaria Concesión Canchaque

S.A. para que hagan uso de la palabra respecto al inicio del procedimiento de interpretación del numeral 4.18 del Anexo b del Contrato de Concesión a cargo de su representada.

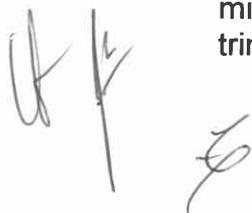
Dando inicio al informe oral, hizo uso de la palabra el abogado Hugo Morote Núñez, quien en representación de la concesionaria manifestó que existe una evidente falta de claridad en el texto del Numeral 4.18 del Anexo B del Contrato de Concesión, pues por un lado se señala que el PAMO será reajustado anualmente y, por otro, se señala que debe ser trimestral, pues se invoca como fecha de ajuste la que corresponde al último día hábil del mes anterior al mes en que se deba pagar la cuota i de PAMO

Frente a ello, puntualizó, existen dos alternativas posibles de solución: la suscripción de una adenda para precisar el texto del Contrato o, una interpretación del regulador, conforme a la facultad conferida en el Artículo 7 de la Ley N° 26917.

Agregó que la alternativa de suscripción de una adenda no resulta factible debido a que luego de una negociación y acuerdo preliminar entre las partes y contando con la opinión favorable de OSITRAN, el concedente ha manifestado, mediante Oficio N° 2680-2011-MTC/25 del 29 de agosto de 2011, que no se suscribiría el referido Proyecto de Adenda N° 4, aduciendo que el proyecto de adenda corresponde a un incremento de retribución con respecto al inicialmente pactado, cuyo pago lo tendría que asumir el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sin que por este concepto haya incremento de servicio alguno.

En consecuencia, agregó, resulta no sólo necesaria sino además imperativa la interpretación del numeral 4.18 referido puesto que el texto del mismo no resulta claro. A su vez, se necesita aplicar dicho numeral para el cálculo correcto de cada PAMO a que tiene derecho el Concesionario.

En razón a ello, concluyó su intervención señalando que, dado que el objeto del ajuste del PAMO es mantener el poder adquisitivo del mismo y considerando el tiempo transcurrido desde la presentación de la Oferta Económica hasta el pago del primer PAMO, corresponde aplicar la fórmula de ajuste desde el primer pago del PAMO; y, que en razón a que el PAMO es, por definición, un pago trimestral y que el objeto del ajuste del PAMO es mantener el poder adquisitivo del mismo, corresponde efectuar el ajuste del PAMO con periodicidad trimestral.



2.2 Exposición de Propuesta de Plan Estratégico Institucional para el periodo 2012 – 2016.

Para los efectos de tratar el presente tema de agenda se invitó al Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto, señor Roberto Chiarella Quinhoes, quien procedió a realizar la exposición de su propuesta de Plan Estratégico Institucional para el período 2012 – 2016, haciendo presente que en la versión objeto de exposición se han recogido las sugerencias y recomendaciones formuladas por los miembros del Consejo Directivo.

Luego de una amplia exposición sobre los detalles de su propuesta, los señores directores coincidieron en señalar la conveniencia de incorporar en el PEI los pesos de cada uno de los subcriterios identificados, pues todos éstos no pueden tener un mismo peso, dado que se incentivaría a hacer lo más fácil y no aquello que busca la Alta Dirección, por lo que pidieron al expositor incorpore dicha información en su propuesta final, posponiendo la aprobación del presente tema.

2.3 Informe sobre Modificaciones Presupuestarias al II Trimestre 2012.

La administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo, el Informe N° 024-12-OPP-GG-OSITRAN, de fecha 20 de julio del 2012, mediante el cual la Oficina de Planificación y Presupuesto informa sobre las modificaciones realizadas al Presupuesto 2012 durante el segundo trimestre del año en curso.

Al respecto los señores directores decidieron postergar la revisión del presente tema para una próxima sesión.

2.4 Solicitud de opinión acerca de Proyecto de Adenda N° 8 del Contrato de Concesión IIRSA SUR, Tramo 4.

La administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo, el Oficio N° 1682-2012-MTC/25, de fecha 14 de agosto del 2012, mediante el cual el Director General de Concesiones en Transporte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones remite para opinión el Proyecto de Adenda N° 8 al Contrato de Concesión IIRSA SUR, Tramo 4.

El señor Gerente General explicó que la adenda busca modificar, adecuar y precisar los mecanismos y procedimientos referidos a la etapa de Operación y Mantenimiento; efectuar precisiones sobre la ejecución de obras accesorias; y, establecer el procedimiento de pago de los Costos Anuales de Mantenimiento de las Obras Adicionales, Obras Accesorias y Obras derivadas de Variaciones de Metrados.

También contempla agregar, que el concedente asumirá los costos del Aporte por Regulación por concepto del PAMO, en virtud de laudo dictado por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio en el mes de octubre del 2011.

Los señores directores tomaron conocimiento recomendando a la administración que oportunamente eleven el informe de opinión respectivo.

2.5 Informe del Procurador Público sobre el proceso judicial de Amparo (demanda y medida cautelar) interpuesta por Alpha Consult S.A.

La administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo, la Nota N° 025-2012-PP-OSITRAN, de fecha 16 de agosto del 2012, mediante la cual el Procurador Público de OSITRAN da cuenta de la demanda de Amparo interpuesta por Alpha Consult S.A. contra OSITRAN, tramitada ante el Primer Juzgado Mixto de Yurimaguas. Señala que la firma demandante argumenta la violación de sus derechos constitucionales a la tutela jurisdiccional, libre contratación, igualdad y no discriminación, surgidas como consecuencia de la negativa de OSITRAN a suscribir el Contrato de Consultoría para la Supervisión de la obra adicional acceso al nuevo Puerto Yurimaguas del Tramo 1, Tarapoto – Yurimaguas.

En su informe señala que las pretensiones de la demanda son: (i) que se declare la nulidad de la Resolución por la que se declara la Nulidad del Procedimiento de Selección, retrotrayéndolo a la etapa de admisión de propuestas; y, (ii) que se ordene a OSITRAN se abstenga de aplicar la disposición contenida en el artículo 20° del Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras.

Agrega que también se ha notificado a OSITRAN la Medida Cautelar Innovativa dispuesta por el juzgado, que dispone (i) dejar sin efecto provisionalmente la resolución expedida el 20 de mayo de 2012, por la Vicepresidencia del Consejo Directivo encargado de la Presidencia de OSITRAN, hasta el resultado final del proceso principal; (ii) ordena a OSITRAN se abstenga de aplicar la disposición contenida en el artículo 20° del Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras aprobado por D.S. N° 035-2001-PCM respecto del Consorcio Supervisor Yurimaguas; y (iii) ordena a OSITRAN que, a través de su Gerente General, cumpla con suscribir el Contrato de Consultoría con el Consorcio Supervisor Yurimaguas.

Finalmente, detalla las acciones de defensa que ha desplegado el Procurador Público, como es el caso de haber propuesto excepciones de

incompetencia y falta de agotamiento de la vía administrativa, pues considera que el Juez de Yurimaguas no es competente para conocer el proceso judicial, sino el Juez de Lima; y, porque se debió agotar las instancias administrativas. Asimismo, planteó una Contienda de Competencia ante un Juez de Lima, a efectos que requiera la remisión de los actuados judiciales al Juez de Alto Amazonas – Yurimaguas; finalmente señala haber formulado oposición a la Medida Cautelar

En este estado, el Presidente (e) señaló la necesidad que la administración brinde al Procurador de OSITRAN todas las facilidades del caso para el cabal desempeño de nuestra defensa judicial, solicitando también que en la próxima sesión eleve un informe sobre el estado de los juicios y arbitrajes que tiene OSITRAN, mostrando la evolución de los mismos desde que asumió el cargo.

Los señores directores tomaron conocimiento de la información proporcionada y dispusieron pasar el tema a la estación de Pedidos.

III. PEDIDOS

Pedido N° 001- 425-12-CD-OSITRAN.-

Los señores directores solicitaron que en una próxima sesión el Procurador Público de OSITRAN presente un informe detallado sobre el estado de los juicios y arbitrajes que tiene a su cargo, mostrando la evolución de los mismos desde que asumió el cargo.

IV. ORDEN DEL DÍA

4.1 Propuesta de modificación del TUO de las Disposiciones Complementarias del Decreto Supremo N° 035-2001-PCM.

La administración presentó para aprobación del Consejo Directivo, los Informes N° 003-2012-GS-GAF-GAL-OSITRAN, de fecha 22 de junio del 2012, Informe N° 008-2012-GRE-OSITRAN de fecha 17 de agosto del 2012 e Informe N° 036-12-GAL-OSITRAN, de fecha 17 de agosto del 2012, mediante los cuales se sustenta la propuesta de modificación del Texto Único Ordenado – TUO - de las Disposiciones Complementarias del Decreto Supremo N° 035-2001-PC, así como el análisis económico y legal de la modificación del artículo 20° del mismo TUO, respectivamente, conforme a lo solicitado en la Sesión de Consejo Directivo N° 420 del 25 de junio pasado.

El informe formulado por la Gerencia de Regulación advierte que sólo se ha empleado información disponible y proveniente de la Gerencia de Administración y Finanzas, y de la Procuraduría Pública del OSITRAN.

De la primera, sólo se accedió a información entre los años 2006 y 2012, sobre las empresas supervisoras que efectivamente se adjudicaron Contratos de Supervisión, más no se cuenta con el detalle de las otras empresas postoras que participaron en los concursos por dichos contratos. De la segunda, se cuenta con información de las empresas con procesos arbitrales en trámite y terminados desde el año 2008. En razón a ello, el informe señala que sólo ha sido posible realizar una evaluación muy general del mercado de empresas supervisoras (el cual podría estar subestimando el tamaño y la competencia en el mismo) y sobre los posibles efectos sobre éste en el supuesto que se llegara a modificar la mencionada cláusula.

El análisis del mercado de empresas supervisoras muestra que si bien existiría un universo de 26 empresas supervisoras (que, en conjunto, han participado en 64 concursos, durante el periodo 2006 – 2012, para brindar servicios de supervisión de las infraestructuras bajo el ámbito de OSITRAN), no todas estarían en capacidad de participar en licitaciones de Contratos de Supervisión que involucren montos de adjudicación superiores a los US\$ 5 millones.

Cuando los valores de adjudicación asociados a los Contratos de Supervisión que el regulador desee licitar sean inferiores a los US\$ 5 millones, únicamente en el sector de carreteras habría un número significativo de empresas con capacidad para participar.

Por ello, la Gerencia de Regulación concluye que mantener el Artículo 20° del DS 035-2001-PCM vigente a la fecha, restringiría la participación de dos consorcios y una empresa (o de cinco empresas), y el espectro de empresas podría verse afectado de manera importante en concursos de Contratos en los sectores de puertos, aeropuertos y ferrocarriles, lo que igualmente afectaría el grado de competencia en el mercado de empresas supervisoras.

En cuanto al informe legal, se señala que según la redacción del actual artículo 20° del TUO, no pueden participar en los procesos de selección de empresas supervisoras aquellos postores que poseen procesos judiciales o arbitrales contra el OSITRAN. Agrega el informe, que ello no vulnera *per se* los derechos a la tutela jurisdiccional, a la igualdad y no discriminación, y libre concurrencia de aquellos, porque estos derechos se encuentran supeditados al interés público que el OSITRAN tutela en el ejercicio de su función supervisora.

Así también, se menciona que existen argumentos válidos a favor y en contra de mantener el aludido impedimento; sin embargo el riesgo que un juez pueda dictar su inaplicabilidad se acrecienta en la medida que el análisis económico de este tipo de medidas es poco empleado y valorado por nuestros órganos jurisdiccionales y, en la medida que no

existan criterios uniformes sobre el tema, lo que perturbaría la culminación de los procesos de contratación de empresas supervisoras y, por consiguiente, el oportuno ejercicio de la función supervisora por parte de OSITRAN.

Considerando los riesgos advertidos, así como la afectación del grado de competencia en el mercado de empresas supervisoras detectado por la Gerencia de Regulación, los señores directores consideraron aceptable la recomendación de eliminar la restricción que contiene el artículo 20 del TUO de las Disposiciones Complementarias del D.S. N° 035-2001-PCM, pero estableciendo una serie de medidas que permitan mayores niveles de difusión de los concursos, como por ejemplo, establecer plazos lo suficientemente amplios que, entre otras acciones, promuevan mayor participación de postores posibles, pudiendo presentarse a los concursos empresas extranjeras. Asimismo, mencionaron la conveniencia de implementar a la brevedad posible, el Registro de Desempeño de las Empresas Supervisoras, así como de elaborar Proyectos de Bases Estandarizadas.

Asimismo, coincidieron en la conveniencia de modificar las disposiciones del TUO que señalan que el comité especial está conformado por tres funcionarios, debiendo ser lo correcto, servidores públicos.

Luego de un amplio debate sobre los temas abordados y, en especial sobre las disposiciones que se dictarían para la mejor tramitación de los expedientes de contratación en el marco de los procesos de selección regulados por el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM y sus Disposiciones Complementarias, se adoptó el siguiente acuerdo:

**ACUERDO N° 1501-425-12-CD-OSITRAN
de fecha 21 de agosto de 2012**

Visto, el Informe N° 003-12-GS-GAF-GAL-OSITRAN, el Informe N° 008-2012-GRE-OSITRAN y el Informe N° 036-12-GAL-OSITRAN y según lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud de la función normativa prevista en el artículo 53°, inciso c) del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Proyecto de Resolución mediante el cual se aprueba el nuevo Texto Único Ordenado de las Disposiciones Complementarias al Reglamento de Contratación de Empresas Supervisoras y su correspondiente Exposición de Motivos
- b) Encargar a la Oficina de Relaciones Institucionales que realice las acciones necesarias para la publicación de la Resolución y

Exposición de Motivos a que se refiere el literal a) en el Diario Oficial "El Peruano", y su difusión en la página Web de OSITRAN.

- c) Aprobar los siguientes líneas de actuación en la tramitación de los expedientes de contratación en el marco de los procesos de selección tramitados bajo el marco legal del Decreto Supremo N° 035-2001-PCM y sus Disposiciones Complementarias, en los siguientes términos:
- La Gerencia de Administración y Finanzas es la responsable de implementar y presentar el Registro de Desempeño (Performance) de las Empresas Supervisoras con la información a partir de la entrada en vigencia del TUO de las Disposiciones Complementarias aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 047-2010-CD-OSITRAN, publicado el 30 de diciembre del 2010. Para ello cuenta con un plazo no mayor a 30 días hábiles.
 - Al estructurarse los Factores de Evaluación de las Bases, los Comités Especiales, incorporarán como criterio de evaluación el desempeño de las empresas supervisoras establecidos en el Registro al que hace alusión el párrafo anterior.
 - Los Comités Especiales deberán incluir en las Bases de los Procesos de Selección lo siguiente:
 - Mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de los postores.
 - Mecanismos de publicidad que garanticen la efectiva posibilidad de participación de los postores, para ello, se generará mayor difusión de los procesos de contratación, incluyendo el ámbito internacional, utilizando medios que actualmente están disponibles para licitaciones internacionales.
 - Plazos que garanticen la efectiva posibilidad de participación de los postores y la eliminación de barreras a la entrada de nuevos competidores extranjeros.
 - La Gerencia de Regulación realizará anualmente un estudio detallado de las condiciones de competencia de las empresas supervisoras de nuestro sector, para analizar el mercado relevante, las barreras de entrada y poder de mercado, desarrollo de incentivos para ampliar la oferta de servicios; a fin de prevenir comportamientos estratégicos y optimizar las condiciones de competencia en los concursos.

- La Gerencia de Administración y Finanzas:
 - Elaborará Proyectos de Bases Estandarizadas de los Procedimientos de Selección Ordinarios con fondos públicos y Procedimientos de Selección Ordinarios con fondos privados, en el plazo no mayor a 30 días hábiles para su aprobación.
 - Es responsable de evaluar que el contenido de los Términos de Referencia respete los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario.
 - Tomará debida consideración del estudio de condiciones de competencia al realizar el estudio de mercado de los procesos de selección que correspondan.
 - La Gerencia de Asesoría Legal es responsable de evaluar que el contenido de las Bases administrativas respete el principio de transparencia, libre competencia e imparcialidad.
 - El área usuaria presentará los Términos de Referencia de manera diligente con la debida anticipación a efectos de evitar situaciones de emergencia en la supervisión.
- d) Disponer que la Gerencia de Administración y Finanzas notifique las líneas de actuación aprobadas en el literal c) a todo el personal de OSITRAN.
- e) Dispensar el presente acuerdo de la suscripción del acta

4.2 Ampliación de plazo para emisión de opinión sobre solicitud de Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Concesión IIRSA NORTE

Con relación a lo tratado en la fecha al finalizar el informe oral del representante de la empresa concesionaria IIRSA NORTE S.A., el señor Gerente General manifestó que en efecto, para emitir el Informe Previo a que hace referencia la cláusula 8.28 del Contrato de Concesión, solo se cuenta con un plazo de máximo de 30 días hábiles, por lo que dada la trascendencia e importancia del tema, ya que similares situaciones podrían replicarse en otras concesiones cuyos contratos de concesión tienen cláusulas similares, como es el caso de los que corresponden a los Tramos 2, 3 y 4 de IIRSA SUR, así como el hecho que el inicio de éste tipo de procedimiento de revisión y restablecimiento del equilibrio económico-financiero por "causa sobreviniente" es un trámite que por

primera vez se plantea en OSITRAN, es necesario que la administración cuente con un mayor espacio de tiempo para la búsqueda de información, evaluación y análisis a profundidad de todas las implicancias que tiene éste inicio de procedimiento de revisión y restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

Luego de un intercambio de ideas sobre el tema, los señores directores acordaron lo siguiente:

**ACUERDO N° 1501.1-425-12-CD-OSITRAN
de fecha 21 de agosto de 2012**

Visto, lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo, en virtud de sus funciones asignadas mediante Ley N° 26917, así como en lo dispuesto por el artículo 52° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Otorgar un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha vencimiento del plazo original, para que la administración emita y eleve al Consejo Directivo el Informe Previo referido al inicio del procedimiento de revisión y restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la Concesión de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA Norte.
- b) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y posterior aprobación del acta.

No habiendo otro asunto que tratar, el Presidente (e) levantó la sesión siendo las catorce horas y treinta minutos del veintiuno de agosto de dos mil doce.


Jesús Tamayo Pacheco
Director


Juan Carlos Paz Cárdenas
Director


César Sánchez Módena
Vicepresidente del Consejo Directivo
encargado de la Presidencia