

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 295-2008-CD

A las quince horas del día 03 de diciembre del año dos mil ocho, en las oficinas de OSITRAN, se reunieron en Sesión Ordinaria los miembros del Consejo Directivo, con la participación de los señores Dr. Sergio Salinas Rivas, Ing. Jesús Tamayo Pacheco e Ing. César Sánchez Módena, bajo la Presidencia del señor Eco. Juan Carlos Zevallos Ugarte.

Asimismo, participó el señor Eco. Fernando Llanos Correa, Gerente General, y el señor Dr. Humberto Ramírez Trucíos, Gerente de Asesoría Legal, quien actuó como Secretario de Actas.

I. DESPACHO

1.1 Lectura y aprobación del Proyecto de Acta correspondiente a la Sesiones N° 294-2008-CD.

Se dio lectura y se aprobó el Acta correspondiente a la Sesión N° 294-2008-CD de fecha 26 de noviembre de 2008.

II. INFORMES DE LA ADMINISTRACIÓN

2.1 Recurso de Apelación interpuesto por Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 048-08-GG-OSITRAN que declara Infundado el Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN – Microrevestimiento.

La Administración presentó, para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 039-08-GS-GAL-OSITRAN elaborado por las Gerencias de Supervisión y Asesoría Legal, mediante el cual se evalúa a pedido de los Señores Directores, sobre la posibilidad de aplicar, para efectos de la Interpretación de Oficio propuesta en el Informe 037-08-GS-GAL-OSITRAN, la cláusula del Contrato de Concesión que prevé el otorgamiento de fianzas para el caso de Obras Observadas.

Dando inicio a su exposición, el Eco. Fernando Llanos explicó que la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión establece que las obras de construcción serán ejecutadas en un plazo de 48 meses desde el inicio de las obras de la Primera Etapa, por lo que debe entenderse que cualquier observación de éstas debe subsanarse dentro de éste plazo. En tal sentido, agregó, que si el Regulador considera como Obra Observada a la ejecución pendiente del microrevestimiento, se incumpliría el plazo de 48 horas que señala la Cláusula 6.1, puesto que



dichas Obras Observadas no podrían levantarse sino a partir del mes 60 (año cinco), plazo en el cual las partes pactaron la ejecución del microrevestimiento, lo que implicaría una transgresión a la precitada cláusula, así como a la propia Propuesta Técnica del Concesionario en la que éste ofreció la colocación del microrevestimiento para el quinto año del servicio.

Agregó, que teniendo en cuenta dicho plazo, es que jurídicamente no podría considerarse que el Concesionario ha incumplido la prestación a su cargo, puesto que ésta a la fecha no ha vencido. Por ello, señaló es que la administración considera no viable interpretar la norma que permite afianzar Obras Observadas, más aún cuando su aplicación supone que el Concesionario requiere un plazo mayor para ejecutar la obra, lo cual no se da en el presente caso, pues ni siquiera ha empezado a correr el plazo con que cuenta el Concesionario.

De otro lado, reiteró los argumentos vertidos en el Informe N° 037-08-GS-GAL-OSITRAN para desestimar el recurso impugnatorio de la Concesionaria, así como para interpretar de oficio que, para asegurar al Concedente al íntegra ejecución de las Actividades que completan la solución CAPESEAL de la Obra Alternativa de Pavimento Asfáltico no ejecutadas y que serán consideradas en la emisión de los CAOs, el Concesionario deberá otorgar Garantía suficiente.

Pasó a la Sección de Orden del Día.

2.2 Nulidad de Tarifas de Puentes de Embarque - LAP.

La Administración presentó, para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 036-08-GRE-GAL-OSITRAN, el cual emite opinión respecto a los fundamentos de la solicitud de declaración de Nulidad interpuesta por Lima Airport Partners en contra la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2008-CD-OSITRAN, que establece la Tarifa Máxima aplicable al uso de puentes de embarque en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, incluyendo las modificaciones solicitadas por los señores Directores durante la Sesión N° 227-2008-CD. Para tal efecto, se adjunta el Informe remitido por el Estudio Payet, Rey y Cauvi Abogados, quien fue consultado sobre el tema, conforme a lo solicitado por el Consejo Directivo en la Sesión N° 278.

El presente tema fue sustentado por el Eco. José Carlos Velarde, profesional de la Gerencia de Regulación, así como por el Dr. Humberto Ramírez Trucíos, Gerente de Asesoría Legal, quienes luego de exponer las consideraciones del análisis realizado, concluyeron señalando: que OSITRAN realizó modificaciones en los criterios utilizados para la determinación de la metodología del cálculo del Beta; y, respecto al tratamiento del riesgo Regulatorio, sin cumplir con el procedimiento de



nueva publicación y sustentación pública que establece el artículo 44° del Reglamento General de Tarifas; en tal sentido, señalaron, la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2008-CD-OSITRAN ha sido emitida contraviniendo el artículo 7° de la Ley N° 27838 y el artículo 44° de la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD/OSITRAN, encontrándose inmersa en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, incurriéndose así en vicio del acto administrativo cuya consecuencia inmediata es la nulidad de pleno derecho de la aludida Resolución de Consejo Directivo.

En tal sentido, recomendaron, declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 003-2008-CD-OSITRAN, en los extremos referidos a la modificación del criterio para determinar la metodología de cálculo del beta y al criterio de tratamiento del Riegos Regulatorio; y, en consecuencia, tal como lo plantea el Estudio Payet, Rey & Cauvi Abogados, retrotraer el procedimiento administrativo hasta la etapa de publicación del proyecto de propuesta de revisión tarifaria, con el fin de llevarse a cabo la nueva audiencia pública correspondiente, en la que se deberá sustentar los cambios de criterio introducidos.

Pasó a la Sección de Orden del Día.

2.3 Interpretación Cláusula 10.2.1– Garantía Fiel Cumplimiento, del Contrato de Concesión celebrado con AdP – Uso de la Palabra.

Para lo efectos del presente punto de agenda, se invitó a la representante de Aeropuertos del Perú S.A. (AdP), Dra. Leonie Roca, quien en su condición de Gerente General de la empresa Concesionaria tomó el uso de la palabra, refiriéndose a los tipos de ingreso que percibe, los relacionados al mantenimiento y operación (PAMO) y, aquellos “reembolso” por las inversiones realizadas (PAO); señaló que la garantía anual de fiel cumplimiento que exige el Contrato de Concesión debe entenderse por el 25% del total de los ingresos operacionales (PAMO) y no debe alcanzar a los reembolsos de las inversiones realizadas (PAO), por cuanto no se trata de ingresos de la Concesionaria sino simples reembolsos de gastos efectuados por cuenta del Estado.

Abundando en fundamentos invocó la Circular N° 25, donde se indica que la garantía de fiel cumplimiento debe ajustarse en caso el PAMO ofertado fuera inferior al PAMO máximo; agregó que de no interpretarse de ésta manera ello sería un desincentivo para proponer nuevos planes de inversiones.

Culminada la intervención y luego de retirada la representante de AdP, los directores expresaron su preocupación por la falta de garantías



efectivas por defectos de construcción, por lo que debiera haber para el futuro un seguro que cubra este tipo de ocurrencias.

A continuación, la Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 040-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN, a través del cual se emite pronunciamiento con relación a la solicitud de Interpretación presentada por Aeropuertos del Perú S.A. sobre el Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú, respecto a la forma de cálculo de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión.

Se invitó al señor José Carlos Velarse, profesional de la Gerencia de Regulación, quien señaló que la explicación formulada por AdP no revela que exista alguna contradicción o inconsistencia que deba ser resuelta vía interpretación, ya que la interpretación propuesta no conlleva a esclarecer o a llenar algún vacío contractual, sino a modificar el sentido de una de sus cláusulas, lo cual debe ser hecho vía adenda.. Asimismo, señaló que el término “ingresos percibidos” no contiene alguna excepción o especificación tal que permita al intérprete concluir que a efectos del cálculo de la garantía de fiel cumplimiento deba excluirse parte de los ingresos percibidos por el concesionario.

Pasó a la Sección de Orden del Día.

2.4 Solicitud de Ampliación de Plazo de vigencia de la concesión solicitada por FETRANSA.

La Presidencia comunicó a los miembros del Consejo Directivo que ante el pedido de uso de la palabra por parte de los representantes de la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANSA), formulado mediante comunicación de fecha 19 de noviembre último, se había accedido a tal pedido por un espacio de 15 minutos.

Al efecto, tomaron el uso de la palabra el señor Rómulo Guidino Loredo y el Abogado Alfredo Bullard, quienes en este orden expusieron el sustento técnico, contractual y legal de su solicitud, ocupándose, entre otros temas, de su Plan de Inversiones; del cumplimiento de los estándares de seguridad para vías FRA II, de la forma como OSITRAN debía calificar el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, poniendo como ejemplo la forma como lo hace OSIPTEL; el trato equivalente y/o igualitario con que debe ser tratada su representada; y, el hecho de considerar solo a las sanciones consentidas, con carácter de cosa juzgada, el nivel de los incumplimientos incurridos.



Luego de ello, la Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 064-08-GRE-OSITRAN, mediante el cual se evalúa el desempeño del cumplimiento de obligaciones y de las decisiones de OSITRAN de la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A., a fin de brindar elementos de juicio al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, para que decida sobre la solicitud de ampliación del plazo de la Concesión por cinco años adicionales, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 4.2.1 del Contrato de Concesión.

Al respecto, el Director Dr. Sergio Salinas señaló que la evaluación de cumplimiento de obligaciones debiera ser más concluyente, en el que debiera haberse analizado las inversiones futuras; señalar si es bueno o no para el Estado, por lo que sugirió que el informe se fortalezca y perfeccione, precisando las nuevas inversiones a realizar, así como el comportamiento del Concesionario respecto a la promoción de la competencia, teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión obliga a observar cierta conducta en pro de la transparencia y competencia.

Con cargo a la incorporación de las referidas recomendaciones, se dispuso pasar el tema a la Sección de Orden del Día.

2.5 Solicitud e Addenda 4 – Cláusula de Arbitraje del Contrato de Concesión IIRSA Sur Tramo 4.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo, la Ayuda Memoria N° 003-GRE-GAL-OSITRAN, mediante la cual se evalúa de manera preliminar la solicitud de modificación del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo 4 – Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, presentada por la empresa concesionaria.

Los Directores tomaron conocimiento.

2.6 Inicio de Procedimiento de 2da. Revisión de Tarifas de Matarani.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo el Informe N° 063-08-GRE-OSITRAN, mediante el cual se sustenta el inicio del procedimiento de la segunda revisión tarifaria de oficio en el Terminal Portuario de Matarani (TPM), mediante el mecanismo RPI-X, aplicable a las tarifas tope o máximas.

Los Directores tomaron conocimiento.

2.7 Análisis comparativo de los Presupuestos de las Obras de las IIRSAS 2 y 3 Acta de Trato Directo.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo, el Informe N° 854-08-GS-OSITRAN, mediante el cual se realiza un análisis comparativo de los presupuestos de los Proyectos Referenciales respecto a los resultantes de la incorporación de las variaciones de metrados, para el Tramo 2: Urcos – Inambari, Tramo 3: Inambari – Iñapari y Tramo 4: Azángaro – Inambari del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil (IIRSA Sur).

Los Directores tomaron conocimiento.

III. PEDIDO DE LOS DIRECTORES

El Secretario dio cuenta que no se formuló Pedido alguno en la sesión.

IV. ORDEN DEL DÍA

- 1) **Recurso de Apelación de Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., contra la Resolución N° 048-08-GG-OSITRAN que declara Infundado el Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN – Microrevestimiento.**

ACUERDO No. 1123-295-08-CD-OSITRAN

de fecha 03 de diciembre de 2008

Visto el Informe N° 039-08-GS-GAL-OSITRAN, el Informe N° 037-08-GS-GAL-OSITRAN; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud de lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad

- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo el mismo que declara infundado el recurso de apelación presentado por la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., contra la Resolución N° 048-08-GG-OSITRAN que declara Infundado el Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 193-08-GG-OSITRAN, referente al Microrevestimiento.

- b) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que interpreta el alcance del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, respecto al numeral 2 del Anexo XI del Contrato, relativo al microrevestimiento.
- c) Comunicar a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Ente Concedente la resolución aprobada en virtud del literal anterior, así como el Informe N° 039-08-GS-GAL-OSITRAN.
- d) Dispensar el presente acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

2) Recurso de Nulidad sobre Resolución N° 003-2008-CD-OSITRAN que estableció la Tarifa de Puentes de Embarque en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.

ACUERDO No. 1124-295-08-CD-OSITRAN

de fecha 03 de diciembre de 2008

Visto el Informe N° 036-08-GRE-GAL-OSITRAN y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en mérito de las funciones previstas en Literal b) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, el Literal b) del Numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley N° 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y el Artículo 27° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el D.S. N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo el mismo que declara la Nulidad de la Resolución N° 003-2008-CD-OSITRAN (en los extremos referidos a la modificación del criterio para determinar la metodología de cálculo del Beta y al criterio de tratamiento del Riesgo regulatorio); y, en consecuencia, retrotrae el procedimiento administrativo hasta la etapa de publicación del proyecto de propuesta de revisión tarifaria, con el fin de llevar a cabo la nueva audiencia pública correspondiente, en la que se deberá sustentar los cambios de criterio introducidos.
- b) Asimismo, aprueba el Proyecto de Resolución que deja en suspenso la aplicación del Artículo 3° de la Resolución N° 003-2008-CD-OSITRAN; y, en consecuencia, determina la



aplicación de la tarifa establecida en el artículo 2º de la Resolución N° 053-2005-CD-OSITRAN al servicio de puentes de embarque en el AIJCh, hasta la conclusión del presente procedimiento administrativo

- c) Notificar la presente Resolución y el Informe N° 036-08-GRE-GAL-OSITRAN a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
- d) Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página Web institucional.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

3) Interpretación del Contrato de AdP sobre el cálculo de la Garantía de Fiel Cumplimiento

ACUERDO No. 1125-295-08-CD-OSITRAN

de fecha 03 de diciembre de 2008

Visto el Informe N° 040-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN, elaborado por las Gerencias de Supervisión, Regulación y Asesoría Legal; y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud de lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53º del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad

- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que declara improcedente la solicitud formulada por el concesionario Aeropuertos del Perú, respecto al cálculo de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Concesión.
- b) Notificar la resolución a que se refiere el literal a) y el Informe N° 040-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria Aeropuertos del Perú, así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.





4) Pedido de ampliación del plazo de la concesión formulado por el concesionario Ferrocarril Transandino

ACUERDO No. 1126-295-08-CD-OSITRAN

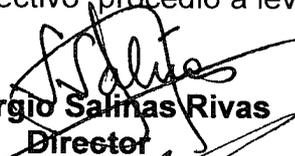
de fecha 03 de diciembre de 2008

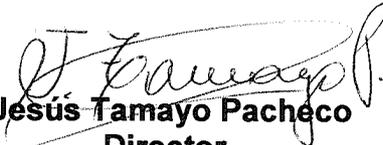
Visto el Informe N° 064-08-GRE-OSITRAN de la Gerencia de Regulación, y de acuerdo a lo informado por el Gerente General, de conformidad con lo dispuesto en el Numeral 4.2 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, así como en el Literal b) del Artículo 37° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Reglamento General de OSITRAN, el Consejo Directivo acordó por unanimidad:

- a) Aprobar la Opinión Técnica de OSITRAN, en relación a la evaluación del desempeño económico y operativo de la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A., para efectos que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, decida sobre la solicitud de ampliación del plazo de la Concesión, de acuerdo a lo estipulado en el Numeral 4.2. del Contrato de Concesión; contenida en el Informe N° 64-08-GRE-OSITRAN.
- b) En consecuencia, comunicar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que luego de evaluar las obligaciones contractuales así como la conducta seguida por el Concesionario, la Opinión Técnica de OSITRAN es desfavorable a la Solicitud formulada por Ferrocarril Transandino S.A.
- c) Comunicar el Informe N° 064-08-GRE-OSITRAN y el presente Acuerdo al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a Ferrocarril Transandino S.A.

SI.

No habiendo otro asunto que tratar, el señor Presidente del Consejo Directivo procedió a levantar la sesión


Sergio Salinas Rivas
Director


Jesús Tamayo Pacheco
Director


César Sánchez Modena
Director


Juan Carlos Zevallos Ugarte
Presidente