

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 398-2011-CD

A las trece horas del día 26 de setiembre del año dos mil once, se abrió la presente Sesión Ordinaria con la participación de los miembros del Consejo Directivo, señores: Jesús Tamayo Pacheco, César Sánchez Módena y Juan Carlos Paz Cárdenas, bajo la Presidencia del señor Eco. Juan Carlos Zevallos Ugarte.

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

I. INFORMES

1.1 Exposición del Informe sobre Interpretación de Cláusulas 6.2, 6.3 y Anexo 6 del Contrato de Concesión Terminal de Embarque de Concentrado de Minerales en el Callao.

Para los efectos de informar sobre el presente tema se hizo presente el Jefe de Puertos de la Gerencia de Supervisión, Ing. Atilio Rojas Noriega, quien hizo una amplia exposición de los alcances de la opinión aprobada sobre el tema, resaltando el hecho que sí es posible la presentación individual de los expedientes técnicos. Asimismo, destacó que el plazo es integral y que corre a partir del inicio de las obras, razón por la cual se le exige al concesionario que cumpla todos los requisitos previstos en el Contrato de Concesión.

Culminada su intervención los señores directores agradecieron la presentación y dieron por cumplido el Pedido.

1.2 Evaluación del Plan Estratégico Institucional 2011 - 2015, al 1er. Semestre.

La administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo, el Informe N° 022-11-OPP-GG-OSITRAN, de fecha 07 de setiembre del 2011, referido a la Evaluación del Plan Estratégico Institucional 2011 - 2015, al 1er. Semestre, el mismo que en síntesis permite advertir que el Cuadro de Mando Integral refleja que de los 35 indicadores propuestos: 11 indicadores deben ser medidos al final del primer semestre; 10 de ellos reflejan valores iguales o superiores a los esperados; 1 refleja que no se ha logrado el nivel; y, 24 serán medidos al finalizar el año

El informe también refiere que de la evaluación realizada se ha identificado que el cumplimiento de las entidades prestadoras respecto a

las obligaciones derivadas de sus contratos de concesión o de la normatividad aplicable ha sido del 100%; que se ha cumplido con realizar el 98% de las actividades programadas en el Plan de Supervisión al primer semestre del año 2011; y, que el Plan de Supervisión del año 2011 tiene un avance del 48%.

En este estado, el director Juan Carlos Paz manifestó que respecto al Indicador: Resoluciones respaldadas por el Poder judicial, debiera precisarse, en futuras evaluaciones, la cantidad de Resoluciones que han sido respaldadas, pues tal como está no queda claro como se llega al 100%. Asimismo, en cuanto al indicador: Grado de cumplimiento contractual y legal por parte de las Entidades Prestadoras, sugirió evaluar la conveniencia de modificar el indicador pues depende de la actuación propia de terceros, no de OSITRAN. Respecto al Indicador: Inspecciones de campo, mencionó que el número de visitas, o de informes en su caso, no permite apreciar el desempeño de la entidad, sino tan solo de la carga laboral asociada al trabajo de supervisión. Finalizó sus comentarios señalando que a la luz de estos comentarios, era conveniente evaluar la posibilidad de realizar algunos ajustes en los indicadores que midan de manera más objetiva el desempeño de la entidad en el esquema regulatorio, y, considerar el empleo de encuestas al concedente y al concesionario sobre lo mismo.

Los señores directores acordaron pasar el presente tema a la estación de Pedidos.

1.3 Proceso de Selección del Gerente de Administración y Finanzas.

En este estado el Gerente General informó a los miembros del Consejo Directivo sobre los criterios tomados en cuenta para la evaluación de candidatos, así como los resultados a los que llegó el Comité de Evaluación, señalando que como resultado final del concurso interno llevado a cabo entre los tres (3) candidatos que postularon al cargo de Gerente de Administración y Finanzas, el CPC Benjamín Namuche Revollar, actual Contador General de OSITRAN, obtuvo el mayor puntaje conforme consta en el Informe del Comité de Evaluación de fecha 22 de setiembre del 2011 que se acompaña, proponiéndolo en consecuencia como nuevo Gerente de Administración y Finanzas,

Los señores directores mencionaron conocer el perfil y experiencia del candidato propuesto por lo que consideraron innecesaria llevar a cabo una entrevista, opinando que el candidato propuesto efectivamente cumple los requisitos y cualidades que exige el puesto de Gerente de Administración y Finanzas, observando que se han cumplido los pasos previstos en los Lineamientos aprobados.

Los señores directores emitieron de esta forma su opinión no vinculante sobre la propuesta, correspondiendo a la Presidencia tomar la decisión final del caso, de lo cual deberá darse cuenta en una próxima sesión.

II. PEDIDOS

Pedido N° 001-398-11-CD

Los señores directores solicitaron que la administración evalúe la posibilidad de realizar algunos ajustes en los indicadores previstos en el PEI 2011-2015, de modo que midan de manera más objetiva el desempeño de la entidad, considerando en la medida de lo posible, el empleo de encuestas al concedente y al concesionario

III. ORDEN DEL DÍA

3.1 **Solicitud de Reconsideración de ENAPU contra abstención del CD adoptada en Sesión N° 281-2008, sobre pedido de Suspensión de Tarifas ENAPU.**

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 046-11-GAL-OSITRAN, mediante el cual la administración emite opinión técnico legal respecto a la solicitud de Reconsideración de ENAPU contra la abstención del CD adoptada en Sesión N° 281-2008, sobre el pedido de suspensión de Tarifas ENAPU.

De acuerdo con lo expuesto por el Secretario de Consejo Directivo, el informe, en síntesis, señala que desde el año 2007 existe en giro un juicio ante el 10° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, ante el cual ENAPU pretende la nulidad de la Resolución N° 031-2004-CD que estableció la nueva estructura y niveles tarifarios máximos aplicables a los servicios regulados que presta ENAPU, en los puertos de Callao, Paita, Salaverry, Chimbote, San Martín e Ilo. Dicha resolución implicaba que las tarifas que venía cobrando la mencionada Entidad Prestadora desde el año 1999 en los mencionados puertos, se reducirían. Agregó que de acuerdo al marco legal vigente, ninguna autoridad administrativa puede avocarse al conocimiento de causas pendientes o interferir en el ejercicio de las funciones del Poder Judicial, por lo que mencionó que el Consejo Directivo no puede pronunciarse sobre la reconsideración de la suspensión solicitada por ENAPU, tal como así lo hizo en la Sesión 281-2008-CD-OSITRAN.

En tal sentido, y sobre la base de la Ley del Procedimiento Administrativo General, no le compete al Organismo Regulador emitir pronunciamiento con relación a lo solicitado por la Entidad Prestadora y,

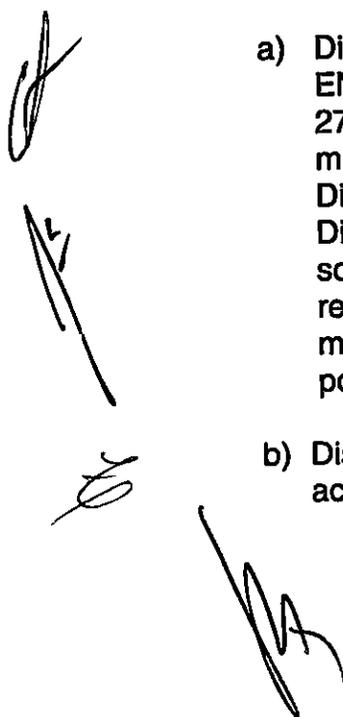
por ende, tampoco respecto del recurso de reconsideración incoado por ENAPU S.A., por lo que señaló debía requerirse a ENAPU S.A., a través de los órganos competentes de OSITRAN, el cumplimiento de la aplicación de las tarifas aprobadas mediante la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN.

En este estado, lo señores directores coincidieron en solicitar se les informe sobre el proceso de fijación tarifaria de ENAPU; en particular, cada cuánto tiempo se debe llevar a cabo el ajuste tarifario; y, si a la fecha es necesario realizar algún ajuste, teniendo en cuenta el nuevo escenario que enfrenta ENAPU. El señor Gerente General manifestó que en una próxima sesión se estará alcanzando las respuestas a las inquietudes formuladas.

Luego de la revisión de los documentos, los señores directores mostraron su conformidad y adoptaron el presente Acuerdo:

ACUERDO N° 1401-398-11-CD-OSITRAN
de fecha 26 de Setiembre del 2011

Visto el Informe N° 046-11-GAL-OSITRAN, la Nota N° 199-10-GAL-OSITRAN mediante la cual se da cuenta de la cancelación de la Medida Cautelar que dispuso la suspensión de la aplicación de las tarifas máximas aprobadas por OSITRAN a ENAPU; y, los demás antecedentes adjuntos al informe; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud de las funciones establecidas en el artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 004—2006-PCM, acordó por unanimidad

- 
- a) Disponer que la Secretaría de Consejo Directivo comunique a ENAPU S.A. que, conforme a los artículos 192° y 193° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y, por las mismas consideraciones de lo decidido en la Sesión del Consejo Directivo N° 294-2008-CD del 26 de noviembre de 2008, el Consejo Directivo se abstiene de emitir pronunciamiento con relación a su solicitud de reconsideración de fecha 17 de octubre del 2008, respecto a la suspensión de la estructura y niveles tarifarios máximos aplicables a los servicios regulados que presta, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 031-2004-CD.
 - b) Dispensar el presente acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

3.2 Interpretación de oficio de Cláusula 8.14 del contrato de Concesión de DP World Callao SRL.

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual la administración emite opinión con relación al procedimiento de interpretación de oficio de la Cláusula 8.14 (alcance del servicio – servicio estándar), del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, iniciado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-CD-OSITRAN.

Para el efecto se invitó al Gerente de Regulación Sr. Fernando Momiy Hada, así como al Sr. Jorge Li Ning Chaman, funcionario de la Gerencia de Regulación, quienes expusieron ampliamente los alcances del informe, señalando, entre otros, que de acuerdo a la normatividad aduanera vigente antes de la Concesión, sólo era necesario un pesaje y una verificación de precintos dentro del terminal portuario.

Agregaron que ello se modificó en agosto del 2010 con la emisión del Procedimiento General de Importación y la emisión del nuevo Procedimiento de General de Manifiesto de Carga, requiriéndose ahora un pesaje adicional y una verificación de precintos adicional a la salida de las mercancías del terminal portuario.

También manifestaron que basta con una verificación de precintos y un pesaje para completar el proceso de desembarque de un contenedor, siendo la verificación adicional de precintos y el pesaje adicional antes referidos, procedimientos ajenos al normal desarrollo operativo de un puerto; convirtiéndose éstos últimos en un costo de las operaciones de desembarque generados por la normatividad aduanera, por lo que no forman parte del servicio estándar, constituyéndose por tanto en un Servicio Especial. En este sentido es que se propone la interpretación de la Cláusula 8.14.

Finalmente, manifestaron que al prestarse el Servicio Especial únicamente dentro del terminal y al ser obligatoria la presentación de esta información ante Aduanas, el Concesionario podría tener algún poder de mercado para fijar el precio por encima de sus costos; toda vez que tiene la exclusividad para prestar todos los servicios dentro del Terminal. Por ello, y para efectos de determinar el régimen tarifario a aplicarse, es necesario que se determinen las condiciones de competencia por parte de INDECOPI.

Luego de la revisión de los documentos, los señores directores mostraron su conformidad y adoptaron el presente Acuerdo:

ACUERDO N° 1402-398-11-CD-OSITRAN

de fecha 26 de Setiembre de 2011

Vistos: el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN, así como el Proyecto de Resolución que adjunta, 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 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo; el Literal d) del Artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM; a lo dispuesto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo adjunto al Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN, que interpreta de oficio la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión de DP World Callao SRL.
- b) Notificar la Resolución a que se refiere el literal a) y el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria DP World Callao SRL., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente.
- c) Encomendar a la Gerencia de Regulación las acciones necesarias ante INDECOPI para que, en virtud de lo establecido en la Disposición Complementaria del RETA de OSITRAN, inicie una investigación de las condiciones de competencia del Servicio Adicional que se menciona en el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

3.3 Directiva para Emisión de Opiniones Técnicas e Interpretación de Contratos de Asociación Público Privadas; y, Lineamientos para la Emisión de Opinión de los Proyectos de Contratos de Concesión y la Modificación e Interpretación de los contratos suscritos.

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 013-11-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual la administración propone actualizar los lineamientos emitidos por el OSITRAN referidos a: i) la Emisión de Opinión de los Proyectos de Contratos de Concesión y ii) la Interpretación y Emisión de Opiniones

sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, para lo cual solicita autorización para publicar los proyectos de cuerpo normativo que comprenden los requisitos y el trámite para la emisión de opiniones técnicas sobre iniciativas privadas, proyectos de contrato de APP, y propuestas de modificación de contratos suscritos, así como para la interpretación de los contratos de APP bajo el ámbito de competencia de OSITRAN.

En cuanto a la Directiva para la emisión de opiniones e interpretaciones respecto a Contratos de Concesión, se señaló que desde la entrada en vigencia de los Lineamientos vigentes han transcurrido aproximadamente seis (6) años, período en el que se han producido modificaciones, como por ejemplo las generadas por los Decretos Supremos N° 146-2008-EF, 144-2009-EF, el Decreto de Urgencia N°001-2011 y el Decreto Supremo 105-2011-EF, los cuales obligan a revisar los lineamientos emitidos por OSITRAN, en primer lugar porque fueron emitidos considerando un marco legal previo y en segundo lugar por la importancia de que los solicitantes conozcan los criterios que el regulador seguirá en sus opiniones y la razonabilidad de los mismos.

Los procesos de emisión de opinión, tanto para los proyectos de nuevos contratos como los de adenda de contratos vigentes, son procesos que tienen como objetivo el desarrollo sostenido de la concesión, a fin de que los usuarios sean beneficiarios del servicio en las mejores condiciones de calidad y tarifa. Sin embargo, los lineamientos para la emisión de opinión para proyectos finales de contratos de concesión fueron definidos en un documento distinto del que establece los lineamientos para la interpretación y modificación de los contratos de concesión. Si bien dichos documentos son compatibles, la unificación de los mismos, busca ayudar a la comprensión de los criterios que el regulador seguirá, en las distintas etapas de desarrollo de la concesión.

En la propuesta se destaca la importancia de los temas tarifarios, de acceso y de calidad de servicio, lo cual no implica que el regulador no opine sobre otros temas que a su criterio sean relevantes y puedan afectar la concesión.

Por su parte el documento que contiene los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación, fue diseñado esencialmente como un documento de principios, sin detallar temas específicos de los que podrían tratarse las adendas. La estructuración de dicho documento es comprensible al considerarse que el mismo fue elaborado en 2004, periodo hasta el cual, la cantidad de contratos de concesión era limitada, lo que a su vez conllevaba a que el número de solicitudes de adendas y la variedad del mismas hayan sido escasas.

No obstante, muchos de los criterios o lineamientos aplicables a las opiniones de las adendas se encuentran en el documento Lineamientos de OSITRAN para la Emisión de Opinión de Contratos de Concesión, debido a que el regulador definió en los mismos los lineamientos que a su juicio son necesarios para que un contrato tenga un desarrollo sostenible.

Por las razones antes señaladas es que la propuesta apunta a que los lineamientos vigentes sean unificados y concordados a los requerimientos que exige la normativa sobre asociaciones público privadas.

Luego de la revisión de los documentos, los señores directores mostraron su conformidad y adoptaron el presente Acuerdo:

ACUERDO N°1403-398-11-CD-OSITRAN
de fecha 26 de Setiembre de 2011

Vistos el Informe N° 013-11-GRE-GAL-OSITRAN, la propuesta de DIRECTIVA PARA LA EMISIÓN DE OPINIONES TÉCNICAS E INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADAS; de LINEAMIENTOS PARA LA EMISIÓN DE OPINIÓN DE LOS PROYECTOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y LA MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS; y, sus correspondientes Exposiciones de Motivos; estando a lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud a lo dispuesto 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 de Consejo Directivo adjunto al Informe N° 013-11-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual se autoriza la publicación en el Diario Oficial "El Peruano", del Proyecto denominado: DIRECTIVA PARA LA EMISIÓN DE OPINIONES TÉCNICAS E INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO - PRIVADAS, y su correspondiente Exposición de Motivos.
- b) Aprobar el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo adjunto al Informe N° 013-11-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual se autoriza la publicación en el Diario Oficial "El Peruano", del documento denominado: LINEAMIENTOS PARA LA EMISIÓN DE OPINIÓN DE LOS PROYECTOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y LA MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS.

- c) Comunicar las Resoluciones que se aprueban a través del presente Acuerdo y sus correspondientes Exposiciones de Motivos a la Oficina de Relaciones Institucionales, a efectos que proceda a efectuar las publicaciones respectivas en el Diario Oficial "El Peruano", así como difundirlo a través de la página web de OSITRAN.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

3.4 Modificación de la Autorización otorgada para suscribir Convenio de Cooperación con la CAF (de US\$ 100,000 a 90,000).

En este estado, el Presidente del Consejo Directivo sugirió postergar el presente tema para que sea visto en una próxima sesión de modo que se cuente con la información detallada solicitada por los señores directores.

Los señores directores acordaron pasar el presente tema para una próxima sesión de Consejo Directivo.

3.5 Recurso de Apelación de INTERSUR contra Res 045-2010-GG-OSITRAN - PAS por haber utilizado zonas sin contar con autorización para DME (20 UIT).

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 047-11-GAL-OSITRAN, mediante el cual se emite opinión legal sobre el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa INTERSUR CONCESIONES S.A., en contra de la Resolución de Gerencia General N° 045-2011-GG-OSITRAN, que resolvió que la citada empresa incumplió lo establecido en las cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión del Tramo 4 de IIRSA SUR, al haber utilizado las zonas ubicadas en los Km. 158, Km. 156, Km. 169+830 y Km. 162+880 (áreas donde se ubican los bofedales), como Depósito de Material Excedente (DME) por no contar con la autorización que corresponde.

Al respecto, el Gerente General comentó que el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado no sólo tiene el rango de derecho fundamental de toda persona sino además que, dicha calidad genera un compromiso conjunto entre el Estado y los privados, siendo estos últimos especialmente responsables cuando, por el desarrollo de las diversas actividades económicas que realizan, inciden directa e indirectamente en el medio ambiente.

En este sentido, es que el informe, luego de desarrollar todos y cada uno de los extremos contenidos en el recurso impugnatorio, recomienda

declarar infundado el Recurso de Apelación presentado, así como confirmar la sanción de veinte (20) UIT impuesta a la citada empresa a través de la mencionada Resolución, al incumplir con su obligación de tutela en materia de protección del medio ambiente, supuesto que se encuentra tipificado en el Artículo 13° del RIS como infracción grave.

Los Directores mostraron su conformidad y adoptaron el siguiente Acuerdo:

ACUERDO N° 1404-398-11-CD-OSITRAN

de fecha 26 de setiembre de 2011

Visto el Informe N° 047-11-GAL-OSITRAN; el proyecto de Resolución de Consejo Directivo adjunto; y, el Recurso de Apelación presentado por la empresa INTERSUR CONCESIONES S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 045-2011-GG-OSITRAN; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud de su función establecida en el literal f) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM; acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Proyecto de Resolución que se acompaña adjunto al Informe N° 047-11-GAL-OSITRAN, el mismo que declara INFUNDADO, el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa INTERSUR CONCESIONES S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 045-2011-GG-OSITRAN; CONFIRMA la sanción de veinte (20) UIT impuesta a la concesionaria; y, da por agotada la vía administrativa.
- b) Comunicar la Resolución aprobada en virtud del literal anterior y el Informe N° 047-11-GAL-OSITRAN a la empresa INTERSUR CONCESIONES S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Ente Concedente.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

3.6 Convocatoria a próximas sesiones de Consejo Directivo

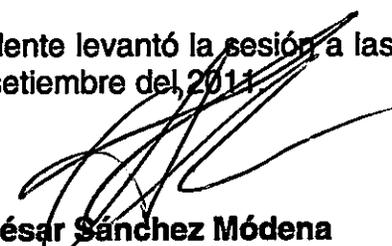
La Presidencia hizo conocer a los señores directores que, de acuerdo a lo informado por la administración, era necesario pronunciarnos en breve sobre la solicitud formulada por la concesionaria Concesión Canchaque S.A. para que su Plan de Cuentas e Información Financiera sea declarada Información Confidencial, por lo que mencionó que el día de mañana se estará convocando a una sesión virtual para tratar el tema.

Asimismo, señaló que con motivo de los próximos compromisos que tiene fuera del país, era conveniente fijar de una vez la fecha de nuestra próxima sesión de Consejo Directivo, por lo que se convino que ésta se lleva cabo el día 10 de octubre próximo, la misma que en éste acto queda convocada, conforme a la agenda que próximamente estará enviando la Secretaría Técnica.

No habiendo otro asunto que tratar, el Presidente levantó la sesión a las quince horas y treinta minutos del día 26 de setiembre del 2011.



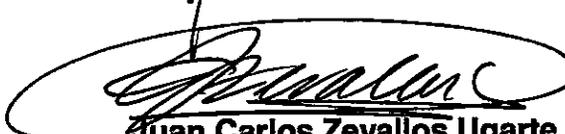
Jesús Tamayo Pacheco
Director



César Sánchez Módena
Director



Juan Carlos Paz Cárdenas
Director



Juan Carlos Zevallos Ugarte
Presidente