



CARGO

INFORME N° 066-05-GAL-OSITRAN



Para : Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

c.c. : Alejandro Chang Chiang
Presidente

Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Competencia de OSITRAN para solicitar costos y metrados
de obra a la empresa concesionaria NORVIAL S.A.

Referencia : Memorando N° 141-05-GS2-OSITRAN

Fecha : 10 de octubre de 2005

I. ANTECEDENTES:

Mediante el memorando de la referencia, la Gerencia de Supervisión solicita opinión a esta Gerencia respecto de si OSITRAN cuenta o no con facultades para solicitar a la empresa concesionaria Norvial S.A. los costos y metrados reales de las obras que se vienen ejecutando en la concesión a su cargo.

II. OBJETO DEL PRESENTE INFORME:

El objeto del presente informe es emitir opinión legal respecto de la competencia de OSITRAN para requerir a la empresa concesionaria los costos y metrados reales de las obras ejecutadas y por ejecutar en la concesión de la Red Vial N° 5.

III. ANÁLISIS

1. A efecto de realizar el análisis correspondiente, debe tomarse como punto de partida el Contrato de Concesión suscrito por Norvial S.A. con el Estado Peruano, en atención a que el ejercicio de las facultades de OSITRAN respecto del referido concesionario deben enmarcarse en el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas.
2. Así, en lo que a obras se refiere, la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión detalla las obras a construir para cada una de las dos etapas, señalando sus párrafos segundo y cuarto montos de inversión referencial para cada una de ellas¹. El carácter referencial de este monto determina que no exista obligación

¹ El segundo párrafo de esta cláusula establece: "El monto de la Inversión Proyectada Referencial para dicha etapa asciende a un total de US\$ 26 400 000,00 (Veintiséis millones cuatrocientos mil con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)". Por su parte, el cuarto párrafo señala que: "El monto de la Inversión



de parte de la empresa concesionaria a cumplir con un monto determinado de inversión².

3. Sin perjuicio de lo previamente señalado, es importante tener presente lo establecido en el último párrafo de esta cláusula y que permite apreciar el alcance de las obligaciones de construcción del concesionario:

La ejecución de las labores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se efectuará siguiendo el criterio por etapas propuesto en la presente Cláusula, y según los diseños definitivos que presente la SOCIEDAD CONCESIONARIA o de acuerdo con el Estudio Definitivo de Ingeniería en caso que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida utilizar el Expediente a su propia cuenta y riesgo como se estipula en el numeral 6.2.³

4. Adicionalmente, debe considerarse que en el esquema de esta concesión los montos de inversión tampoco tienen efecto sobre el régimen tarifario (peajes) ni sobre su reajuste, tal como se puede apreciar a partir de lo establecido por la cláusula 8.17.
5. Como consecuencia de lo señalado, los costos y metrados reales, en tanto información que refleja el monto invertido en la obra, no son elementos que deban ser verificados como parte del cumplimiento de las obligaciones de construcción a cargo de la empresa concesionaria.
6. De igual manera, es necesario ser concientes que el esquema de la concesión ha sido diseñado de tal manera que el Estado no ha considerado relevante contar con montos específicos de inversión sino con obras que se realicen de acuerdo a ciertas especificaciones técnicas y que cumplan con estándares de servicio previamente definidos.
7. En tal sentido, las funciones de OSITRAN deben orientarse únicamente a supervisar el cumplimiento de tales especificaciones y estándares, y no a aspectos ajenos a las obligaciones contractuales como es el caso del detalle de los montos de inversión realizados.
8. Otro aspecto que podría relacionarse con este pedido de información sobre costos y metrados de las obras es el relacionado con el financiamiento de las mismas. En efecto, podría pensarse que es necesario contar con dicha información en la medida en que si la empresa concesionaria abandonara la relación de concesión (como producto de la resolución del contrato o caducidad de la concesión) tales montos de inversión podrían ser necesarios para la realización de pagos y compensaciones previstos (liquidación del contrato) o relevantes respecto de la deuda que asumiría el Estado ante los acreedores permitidos que financiaron la obra.



Con relación con la liquidación del contrato por la caducidad de la concesión, las cláusulas 14.10 a 14.14 establecen los aspectos a considerar para proceder a la referida liquidación sin que ninguno de éstos se encuentre relacionado con el

Proyectada Referencial para dicha etapa asciende a un total de US\$ 35 000 000,00 (Treinta y Cinco Millones con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América)".

² En relación con las obras ya ejecutadas, las cláusulas 6.17, 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión han establecido como obligación de la empresa concesionaria mantener una serie de estándares de servicio.

³ La cláusula 6.2 está referida al expediente técnico, documento que por definición las especificaciones técnicas de las obras a ejecutar.

detalle de los costos y metrados de las obras. En consecuencia, esta situación tampoco puede justificar su requerimiento.

10. De otra parte, en relación con la deuda que asumiría el Estado ante los acreedores permitidos, es importante señalar que dicha deuda es configurada por el propio Contrato de Concesión como destinada a ser invertida en el tramo concesionado, según se establece en la definición de "endeudamiento garantizado permitido" que aparece en la cláusula 1.5. Por su parte, similar previsión contractual es prevista en los contratos de crédito suscritos por Norvial S.A. con las entidades multilaterales en el marco del endeudamiento antes referido, en los que se prevé que el financiamiento estará destinado a la ejecución de las obras en cumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión.
11. Respecto de la deuda que el Estado eventualmente asumiría en caso de resolución del contrato o caducidad de la concesión, la cláusula 14.16 establece que en estos supuestos el Concedente deberá pagar a los Acreedores Permitidos un monto igual a la suma que la empresa concesionaria les adeude por concepto del endeudamiento garantizado permitido que hubiese sido oportunamente comunicado o aprobado. En tal sentido, el detalle de los costos y metrados de las obras que hubiesen sido ejecutados tampoco tiene relevancia en relación con esta obligación del Estado.
12. En consecuencia, desde la perspectiva de la relación contractual de concesión no encontramos razones que justifiquen el requerimiento de información sobre la base de que ésta sea necesaria para que OSITRAN cumpla con sus obligaciones respecto de esta concesión en particular.
13. De otra parte, no debe olvidarse que uno de los aspectos a considerar es que OSITRAN, como entidad perteneciente a la Administración Pública, rige su accionar sobre la base del principio de legalidad.
14. Este principio ha sido recogido por el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece lo siguiente:
 - 1.1. **Principio de legalidad.**- *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*
15. Este principio, también llamado principio de juridicidad o de vinculación positiva de la administración a la ley, está orientado a que el ejercicio de potestades públicas encuentre sustento en la ley o, de manera más precisa, en el ordenamiento jurídico. Dicho principio está orientado a limitar el ejercicio del poder debiendo existir una atribución expresa de facultades o poderes a Administración Pública para que estos puedan ser ejercidos.
16. Bajo esta perspectiva no es jurídicamente válido entender que una entidad pública cuenta con facultades implícitas que no estén dentro de la cobertura necesaria de la norma legal correspondiente o que éstas no se ejerzan dentro de los parámetros establecidos legalmente.



17. Al respecto, Juan Carlos Morón, comentando la norma anteriormente citada, señala que el principio de legalidad está constituido por una serie de elementos orientados a un adecuado ejercicio del poder:

El principio de legalidad se desdobra por otra parte, en tres elementos esenciales e indisolubles: la legalidad formal, que exige el sometimiento al procedimiento y a las formas; la legalidad sustantiva, referente al contenido de las materias que se son atribuidas, constitutas de sus propios límites de actuación; y la legalidad teleológica, que obliga al cumplimiento de los fines que el legislador estableció, en forma tal que la actividad administrativa es una actividad funcional⁴

18. Para efecto del presente informe, es relevante el elemento denominado "teleológico", es decir, el ejercicio de la competencia debe orientarse a ciertas finalidades previamente establecidas por ley. Este elemento ciertamente ha sido recogido de manera expresa por el principio de legalidad antes citado cuando se establece que las funciones otorgadas a una entidad de la Administración Pública deben ser realizadas "de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".
19. Con la finalidad de evaluar la posibilidad de que OSITRAN pueda, en ejercicio de sus competencias, requerir los costos y metrados reales de la obra a construir o construida por la empresa concesionaria en la concesión a su cargo, es necesario poner en contexto tal requerimiento a la luz de las normas que le otorgan la competencia administrativa.
20. Tratándose de información sobre obras ejecutadas o por ejecutar en la concesión, no debe perderse la perspectiva que: (i) la construcción de las obras se origina en obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, motivo por el cual el requerimiento de información debería —en principio— estar relacionado con la supervisión en el cumplimiento de tales obligaciones; y, (ii) que, en defecto de lo anterior, dicho requerimiento debe estar orientado a que OSITRAN cumpla algún fin específico, no siendo legalmente aceptable que se requiera información sin ningún propósito que se enmarque en sus competencias respecto de dicho contrato de concesión (celebrado por el Estado con Norvial S.A.) o del desarrollo mismo de dicha concesión.
21. Lo mencionado en el numeral anterior es importante en la medida en que debe evitarse requerir dicha información sobre la base de la idea de que el Regulador simplemente "debería saber", es decir, sin una utilidad específica en el cumplimiento de sus funciones respecto de la concesión a cargo de Norvial S.A.
22. No puede sostenerse válidamente el ejercicio de poderes públicos que se sustente en sí mismo y no en fines de interés público que, en el presente caso, deben estar enmarcados en la correcta ejecución del Contrato de Concesión. Dicha situación implicaría que OSITRAN pudiera ejercer sus funciones sin una finalidad concreta, lo que en términos reales constituiría una contravención directa al principio de legalidad antes enunciado.
23. En el ámbito normativo existen disposiciones legales que otorgan competencia o facultades a OSITRAN para velar por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión que, como decíamos, son las que dan origen a las obras cuyos costos serían objeto de requerimiento. En efecto, la ley de creación de



⁴ Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2001, Pág. 27.

OSITRAN (Ley N° 26917) contempla las siguientes normas relevantes para el presente análisis:

Artículo 3.- Misión de OSITRAN

3.1. *La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la estructura bajo su ámbito.*
(...)

Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

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

Artículo 7.- Funciones

7.1. *Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:*

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

24. A partir de las normas antes citadas, queda en evidencia que este requerimiento de información estaría dirigido a la concesionaria Norvial S.A. y está sustentado en el ejercicio de funciones de parte de OSITRAN hacia dicha concesión. En este punto entonces cabe recordar lo señalado previamente en el sentido que ni el marco general de la concesión, ni las obligaciones específicas del concesionario han sido diseñadas en términos de información detallada de costos o metrados de obra.
25. En tal sentido, en la medida en que el requerimiento de información se enmarca en el ejercicio de las facultades contenidas las normas previamente citadas (en relación con el cumplimiento de las obligaciones del concesionario), no puede considerársele como legalmente válido por carecer de finalidad vinculada con el rol de OSITRAN respecto de dicha concesión.

IV. CONCLUSIONES:

1. La actuación de entidades conformantes de la Administración Pública como OSITRAN, se rigen bajo el principio de legalidad para el ejercicio de sus funciones y competencias. Dicho principio supone cumplir que las entidades cumplan con aspectos formales, sustantivos y sobre la base de los fines previstos por el ordenamiento jurídico.
2. El requerimiento de información sobre costos y metrados reales está relacionado con las obras cuya construcción se deriva de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión. Tales obligaciones –la construcción de las obras- es materia de supervisión de parte de OSITRAN.
3. La información sobre costos y metrados de las obras va a determinar que se cuente con el detalle de los montos invertidos en las mismas, mientras que el Contrato de Concesión no ha establecido las obligaciones de construcción sobre



la base de montos de inversión (que son referenciales) sino sobre las características contenidas en el expediente técnico.

4. No existiendo de parte de la empresa concesionaria obligación de invertir montos determinados en las obras, ni que dicha información sea necesaria para el ejercicio de funciones de parte de OSITRAN respecto de dicha concesión, no encontramos sustento jurídico que para justificar su requerimiento.

Atentamente,

Felix Vasi Z.

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

JM/gsg
REG.SAL-GAL-05-7629