

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 034-2007-CD-OSITRAN

Lima, 13 de junio de 2007

VISTOS:

El escrito de fecha 20 de febrero de 2007, presentado por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, COVIPERU) y el Informe N° 021-07-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 08 de junio de 2007, emitido por las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 20 de septiembre de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S; entre el Estado de la República del Perú, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), y la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, COVIPERU o el CONCESIONARIO);

Que, mediante Carta N° C.904.06 de fecha 14 de diciembre de 2006, COVIPERU, solicitó a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión;

Que, como consecuencia de dicha solicitud, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-OSITRAN de fecha 24 de enero de 2007, se interpretó los alcances de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, en los términos siguientes:

“1° La fecha de aplicación del cobro del peaje a que se refiere el literal c) de la Cláusula 8.17, así como el método de ajuste respectivo, dependerá de que el Concesionario realice las obras correspondientes en el área de los predios que le fueron entregados por el Concedente y sobre los cuales no se compruebe imposibilidad de ejecución de obras.

(...)”

[El subrayado es nuestro]

Que, mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2007, denominado por el CONCESIONARIO como recurso de reconsideración, COVIPERU solicita lo siguiente:

*“... si conforme a lo indicado en el Punto 1 del Artículo 1 de la Resolución recurrida, el cobro del peaje con el respectivo reajuste antes mencionado está supeditado a que la Concesionaria haya realizado Obras en los terrenos que le fueron entregados por el Concedente y en los que no se compruebe imposibilidad de ejecución de obras; y dichos terrenos se entregan en un plazo muy cercano (en el peor de los escenarios, un mes o días antes) al inicio del quinto año de la Concesión, ello generaría que las Obras no se puedan culminar **OPORTUNAMENTE** y en consecuencia, el derecho de la Concesionaria a cobrar el peaje dolarizado y reajustado previsto en el Contrato de Concesión podría verse perjudicado.”*

[El subrayado y mayúscula es nuestro]

“En ese sentido, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, el ajuste del Peaje antes mencionado, al inicio del quinto año de la concesión o a los 1,440 días, debe proceder en los siguientes supuestos:

(...)

- c) En el evento en que la entrega de los terrenos se efectúe de manera tardía o inoportuna por causa atribuible al Concedente, es decir, que se haya entregado después de los 540 días de iniciado el Contrato, **independientemente de que se haya o no concluido la ejecución de las obras.**”*

[El subrayado y negrilla son nuestros]

Que, respecto de la naturaleza del escrito interpuesto por el CONCESIONARIO, debemos señalar que el Artículo 206º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General -en adelante LPAG-, establece lo siguiente:

“Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108^[1], frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

(...)”

¹ La concordancia debe entenderse como referida al Artículo 109º de la LPAG.

Que, como puede observarse del contenido del escrito presentado por el CONCESIONARIO, en ninguna parte del mismo se señala o afirma que la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-OSITRAN, directa o indirectamente, “**...viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo...**” de COVIPERU;

Que, contrariamente a ello, podemos observar que en su escrito el CONCESIONARIO expresamente ha solicitado a OSITRAN, PRECISE el contenido de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-OSITRAN;

Que, en consecuencia, somos de la opinión que el escrito presentado por COVIPERU NO constituye sustantivamente recurso impugnatorio alguno, sino una solicitud de ACLARACIÓN del contenido de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-OSITRAN;

Que, en el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se han establecido obligaciones para cada una de las partes intervinientes en el contrato:

- (i) Por un lado, se han establecido obligaciones respecto del CONCEDENTE, en relación al plazo para la entrega de un porcentaje determinado del área total de los predios que constituye el derecho de vía;
- (ii) De otro lado, se ha establecido obligaciones con relación al CONCESIONARIO, para el inicio de las obras de la Primera Etapa (Sub tramos 3 y 5).

Que, en ese sentido, consideramos necesario PRECISAR lo siguiente:

- a) Respecto del plazo para que el CONCEDENTE entregue los predios de la Primera Etapa de Construcción:
 - El sexto párrafo de la Cláusula 5.2 señala que el CONCEDENTE se encuentra obligado a entregar dentro de los 540 días calendarios contados desde la fecha de suscripción del contrato de concesión, como mínimo el 80% de los predios necesarios para que la CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos dentro de cada uno de los Sub Tramos [sub tramos 3 y 5] de la Primera Etapa de Construcción.
- b) Respecto del plazo para ejecución de las obras de la Primera Etapa:

- El Anexo II (“Descripción de las Obras”) del Contrato de Concesión señala que en su ítem 2, primer párrafo, que las obras de la Primera Etapa **“se ejecutará dentro de los dos (2) años posteriores a la entrega de los predios necesarios... según lo señalado en la Cláusula 5.2 y el presente anexo...”** [El subrayado es nuestro];
- En ese sentido, el octavo párrafo de la Cláusula 5.2 señala que “[e]l **plazo para la ejecución de las Obras de la Primera Etapa prevista en el Anexo II se comenzará a computar, desde el momento en que el CONCEDENTE efectivamente entregue a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el ochenta por ciento (80%) de los predios** [ubicados en los sub tramos 3 y 5]... **en términos del área total que constituye el Derecho de Vía. (...)**” [El subrayado es nuestro].

Que, como puede observarse, en estricto, el Contrato de Concesión establece un plazo máximo sujeto a CONDICIÓN para la conclusión de las obras de la Primera Etapa; que es de 2 años, el cual que se empezará a computar a partir de la entrega del 80% de predios ubicados en los sub tramos 3 y 5;

Que, en consecuencia, el Contrato de Concesión no establece expresamente de manera absoluta que el plazo para la conclusión de las obras de la Primera Etapa sea el quinto año (de iniciada la concesión). Por tanto, a nuestro entender, independientemente del momento en que el CONCEDENTE entregue los terrenos necesarios, el CONCESIONARIO sólo estará facultado para cobrar la tarifa establecida en el literal c) de la Cláusula 8.17, siempre que las obras correspondientes a los sub-tramos cuyos predios hayan sido recibidos oportunamente por parte del CONCEDENTE, se hayan concluido, conforme a lo establecido en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2;

Que, en efecto, el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 establece que:

“En caso:

(i) no se produzca la entrega del ochenta por ciento (80%) de los predios necesarios en términos del área total que constituye el Derecho de Vía, necesaria para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en los Sub-Tramos de la Primera Etapa de Construcción dentro del plazo de quinientos cuarenta (540) Días Calendario de suscrito el Contrato... y [dicho supuesto] no permita con la debida sustentación a la SOCIEDAD CONCESIONARIA iniciar o continuar con las Obras y entregarlas para su aceptación a la comisión de recepción de Obras en el plazo máximo de ejecución previsto en el Anexo II del Contrato,

la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá comenzar a efectuar el cobro del Peaje hasta el importe de la Tarifa a que se refiere el apartado c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, a partir de la fecha originalmente prevista para la terminación de las Obras iniciales siempre que hubiera concluido la ejecución de las Obras correspondientes a los Sub-Tramos respecto de los que si recibió del CONCEDENTE la totalidad de los predios necesarios para ella o que la falta de entrega no sea un impedimento real para la culminación de las Obras. En este último caso, también será de aplicación lo establecido en los incisos c) y d) de la Cláusula 8.17 del Contrato, así como el otorgamiento de las garantías a que se refieren las Cláusulas 9.9 y 9.10 del Contrato.”

[El subrayado y negrilla son nuestros]

Que, en ese sentido, teniendo en consideración que conforme al Artículo 3° de la Ley 26917, es misión de OSITRAN *cautelar en forma IMPARCIAL y OBJETIVA los INTERESES del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;*

Que, en virtud de ello, consideramos que el adoptar la interpretación esbozada por el CONCESIONARIO atenta contra el interés de los Usuarios, dado que se pretendería empezar a realizar el cobro del peaje hasta por el monto de US \$1,50, conforme a lo señalado en el literal c) de la Cláusula 8.17, a partir del quinto año pero SIN HABER CONCLUIDO las obras correspondientes o, incluso, sin haberlas iniciado. Ello, no resulta consistente con el principio de que las tarifas constituyen el pago por un servicio efectivamente prestado y/o por la puesta a disposición de los usuarios una determinada infraestructura;

Que, en consecuencia, nos ratificamos en la opinión que, de la lectura del décimo párrafo de la Cláusula 5.2, se infiere que la Empresa Concesionaria podrá empezar a realizar el cobro del peaje hasta por el monto de US \$ 1,50 conforme a lo señalado en el literal c) de la Cláusula 8.17, a partir del inicio quinto año de la concesión, siempre que haya concluido las obras en los predios que le fueron entregados por el CONCEDENTE, incluso cuando estos predios representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía), independientemente del momento de su entrega;

Que, de esta manera, el Contrato en esta sección busca, por un lado, no afectar los ingresos del CONCESIONARIO por incumplimientos del CONCEDENTE, pero a la vez tiene por objetivo incentivar que el CONCESIONARIO, si desea comenzar a aplicar el cobro del peaje hasta por el importe de la tarifa a que se refiere el apartado c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, realice las obras en aquellos sectores que efectivamente le fueron entregados por el CONCESIONARIO y no

posponer el inicio de la construcción hasta el momento en que se le entregue el 80% del área de los Sub tramos 3 y 5, en caso los terrenos faltantes no representen un obstáculo para la ejecución de las obras;

Que, cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el CONCEDENTE podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege el interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, solo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes;

Que, en consecuencia, en virtud de 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 Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 13 de junio de 2007.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- ACLARAR los alcances de la INTERPRETACIÓN del décimo párrafo de la Cláusula 5.2 Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, en los términos siguientes:

De la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, se concluye que la Empresa Concesionaria podrá empezar a realizar el cobro del peaje hasta por el monto de US \$ 1,50 conforme a lo señalado en el literal c) de la Cláusula 8.17; a partir del inicio quinto año de la concesión, siempre que haya concluido las obras en los predios que le fueron entregados por el CONCEDENTE, incluso cuando estos predios representen menos del 80% (en términos del área total que constituye el derecho de vía), independientemente de la fecha en que dichos predios hayan sido entregados.

Artículo 2.- Notificar la presente resolución, el Informe N° 021-07-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 3.- Recomendar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el sentido que cumpla con entregar a la brevedad posible el 80% de los predios a que se refiere el sexto párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, a efectos de evitar hechos que puedan enturbiar el normal desarrollo de la concesión.

Artículo 4º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.NºPD8494-07