

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA

Nº 007-2009-PD-OSITRAN

Lima, 10 de febrero de 2009.

VISTOS:

El Informe Final de fecha 30 de enero de 2009, elevado por la Comisión Especial de Procedimientos Administrativos designada por Memorando Circular Nº 005-08-PD-OSITRAN, el Informe de la Gerencia de Obras y Evaluación de Adicionales de la Contraloría General de la República Nº 320-2008-CG/OEA-EE y, los descargos presentados por cada uno de los ex funcionarios de OSITRAN involucrados en el presente Procedimiento Administrativo de Investigación.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe Nº 320-2008-CG/OEA-EE de fecha 10 de noviembre de 2008 de la Contraloría General de la República, la Comisión encargada de elaborar dicho informe, recomendó al Presidente de OSITRAN, disponer las acciones administrativas para el deslinde de las responsabilidades a que hubiere lugar de los ex servidores y ex funcionarios de OSITRAN, comprendidos en la Observación Nº 1 del mismo;

Que, en los numerales 1.6 a 1.9 de la Observación Nº 1, la Comisión de la Contraloría General de la República concluyó que los ex funcionarios de OSITRAN, Gonzalo Martín Ruíz Díaz, Roger Fernando Llanos Correa, Silvia Patricia Benavente Donayre, y Christy Ágata García Godos Naveda, *al suscribir el Informe Nº 024-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo Nº 970-243-07-CD-OSITRAN, que emitió opinión, respecto de la Addenda Nº 1 al Contrato de Concesión de la Red Vial Nº 6, a través de la cual se amplió los alcances de la Cláusula 6.20 propuesta por el MTC, al considerar que las Obras complementarias podían ser incorporadas bajo la categoría de Obras Nuevas, las cuales podían ser ejecutadas por el Concesionario previo acuerdo con el Concedente, sin necesidad de efectuar proceso administrativo de selección, no cumplieron adecuadamente las funciones asignadas a su cargo a en el Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado con Resolución de Consejo Directivo Nº 006-2007-CD-OSITRAN;*

Que, en el Informe Nº 320-2008-CG/OEA--EE, la Gerencia de Obras y Adicionales de la Contraloría General de la República, concluye que el MTC, con opinión de OSITRAN, suscribió addenda al Contrato de Concesión para ejecutar obras nuevas, entre ellas, el Puente peatonal Pucusana, *soslayando lo dispuesto en el referido Contrato y la normativa de obras públicas, debido a*

una inadecuada aplicación de dichas normas, generando que se privilegie al Concesionario con su ejecución sin que se lleven a cabo procesos de selección conforme estaba previsto en el Contrato, lo cual no garantiza que los costos resultantes de las obras nuevas sean los más convenientes a los intereses de la Entidad;

Que, en atención a lo señalado en los considerandos precedentes y, conforme al Manual de los Procedimientos Administrativos para la Determinación de Responsabilidades Administrativas Funcionales, aprobado por Resolución de Presidencia N° 001-08-PD-OSITRAN, se designó a través del Memorando Circular N° 005-08-PD-OSITRAN, la Comisión Especial de Procedimientos Administrativos para que lleve a cabo un Procedimiento Administrativo de Investigación, a fin de determinar o no las responsabilidades a que hubiere lugar de los ex servidores y ex funcionarios de OSITRAN, comprendidos en el Informe N° 320-2008-CG/OEA-EE. Siendo autorizado el inicio de dicho Procedimiento Administrativo, a través de la Resolución de Presidencia N° 048-2008-PD-OSITRAN, conforme lo prevé el numeral 10.6 del precitado cuerpo normativo;

Que, con respecto al señor Economista Gonzalo Martín Ruíz Díaz, en el Informe N° 320-2008-CG/OEA-EE, la Contraloría señala:

“1.6 GONZALO MARTÍN RUÍZ DÍAZ, Ex Gerente de Regulación OSITRAN (25.OCT.2004 – 19.OCT.2007), al suscribir el Informe N° 024-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, aprobado por Acuerdo N° 970-243-07-CD-OSITRAN de 30.MAY.2007 que emitió opinión, respecto de la Addenda N° 1 al Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, a través de la cual amplió los alcances de la Cláusula 6.20 propuesta por el MTC, al considerar que las Obras complementarias debían ser incorporadas bajo la categoría de Obras Nuevas, las cuales podrían ser ejecutadas por el Concesionario previo acuerdo, sin necesidad de efectuar proceso administrativo de selección, por lo cual no ha cumplido adecuadamente las funciones asignadas a su cargo a través de las Funciones Básicas de las Áreas de OSITRAN aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN de 10:ENE.2007, que señala “..asimismo se encarga de ... opinar sobre los proyectos de Contratos de Concesión y modificación de éstos...”; tampoco cumple adecuadamente con el numeral 6 del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN de 10:ENE.2007, que señala “... propone las interpretaciones a las cláusulas de los Contratos de Concesión relacionados a las tarifas y cargos de acceso o vinculados a aspectos regulatorios en coordinación con la Gerencia de Asesoría Legal en los casos pertinentes”;

Que, con respecto a los cargos que se le imputan, se pueden resumir los descargos presentados por el señor Gonzalo Martín Ruíz Díaz, de la siguiente manera:

La construcción del Puente Peatonal, podía validamente ser materia de la modificación del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, incorporando dicha Obra a la integridad del Proyecto Concesional, lo que no implica una contraversión a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino que se enmarca, tal como dicha norma ha previsto expresamente, en las excepciones a que se refiere el numeral 2.3 del artículo 2° de dicha Ley.

Si bien la cláusula 6.20 del Contrato de Concesión establecía que para la ejecución de Obras Nuevas era necesaria la convocatoria a un procedimiento de administrativo de selección, de conformidad con la normativa vigente en materia de Obras Públicas, ello se consignó así por acuerdo de voluntades de las partes y no porque resultara imperativa la aplicación de normas legales referidas a Obras Públicas.

El hecho que OSITRAN haya planteado ampliar el concepto de Obra Nueva, no significa que se despreteja los intereses del Estado, pues dicha cláusula contiene condiciones que constituyen mecanismos de control previos para la aprobación de las mismas.

De acuerdo a la definición de equilibrio económico “Lineamientos para la Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y/o Reconvención de Contratos” de OSITRAN, aprobado mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, el establecimiento de la posibilidad de que el Concedente realice compensaciones al Concesionario como resultado de que éste efectúe Obras Adicionales, no constituye una alteración del equilibrio económico. Por el contrario, constituye una condición que posibilita que dichas Obras Adicionales no afecten la sostenibilidad del Proyecto ni la recuperación de Inversiones tal como cita la referida definición;

Que, con respecto al señor Economista Roger Fernando Llanos Correa, en el Informe N° 320-2008-CG/OEA-EE, la Contraloría señala:

“1.7 ROGER FERNANDO LLANOS CORREA, Gerente de Supervisión – OSITRAN, (8.MAR.2007 – A la fecha), al suscribir el Informe N° 024-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, aprobado por Acuerdo N° 970-243-07-CD-OSITRAN de 30.MAY.2007 que emitió opinión, respecto de la Addenda N° 1 al Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, a través de la cual amplió los alcances de la Cláusula 6.20 propuesta por el MTC, al considerar que las Obras complementarias debían ser incorporadas bajo

la categoría de Obras Nuevas, las cuales podrían ser ejecutadas por el Concesionario previo acuerdo, sin necesidad de efectuar proceso administrativo de selección, por lo cual no cumple adecuadamente las funciones asignadas a su cargo (numeral 23) del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado con Resolución de Concejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN de 10:ENE.2007, que señala “Emite opinión previa en los asuntos que le competen, respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de Concesión de la infraestructura de su ámbito, de acuerdo a las normas vigentes”;

Que, con respecto a los cargos que se le imputan, se pueden resumir los descargos presentados por el señor Roger Fernando Llanos Correa de la siguiente manera:

De acuerdo a lo establecido en los artículos 32 y 33 del TUO de Concesiones aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el Estado como concedente puede modificar un Contrato de Concesión.

De ser cierto que el MTC ha excedido sus facultades, resulta inconsistente que el hallazgo se limite a la determinación de responsabilidades administrativas funcionales. Si fuera cierto que el MTC hubiera excedido sus facultades al suscribir la Addenda, la misma sería nula, lo cual no ha ocurrido y el supuesto hallazgo ni siquiera lo menciona o sugiere.

Respecto a que PROINVERSIÓN, es el único Organismo encargado de entregar Obras en Concesión. No se entregó una nueva Concesión, se modificó una existente mediante una Addenda, lo cual es facultad del Concedente, para lo cual debe contar con la opinión de OSITRAN.

Respecto a que no se garantiza que las obras nuevas, se contraten con los costos más convenientes a los intereses del Estado, el referido ex funcionario de OSITRAN señala: La cláusula 6.20 del Contrato de Concesión, todavía permite dicha contratación, solamente se modificó para añadirle la facultad al Concedente de que, si fuera conveniente y contara con la opinión favorable de OSITRAN, se pueda contratar la obra nueva con el Concesionario. El Concedente, cuenta con los precios de mercado que corresponden a cualquier obra civil (por ejemplo se cuenta con precios publicados por CAPECO o COSTOS), así también con los precios que obtiene de PROVÍAS y/o la Dirección General de Caminos del MTC. Resulta obvio que a partir de dichas fuentes de información, el MTC, tendría que sustentar los montos que decidiera acordar, y de no ser así, procedería con el concurso público.

Respecto a que la ejecución de Obras Nuevas, al incrementar el monto de la inversión, afecta el equilibrio económico financiero de la Concesión, señala: El incorporar una obra nueva a la Concesión, implica que el Concesionario tendría una nueva obligación (la construcción) a cambio del derecho razonable y justo de recibir el pago por dicha construcción. Análogamente el Concedente tendrá la obligación de efectuar el pago a cambio del derecho de recibir la nueva obra. Esto implica que se mantiene el equilibrio económico de la Concesión. Para afirmar que éste –equilibrio-- se hubiera modificado, se tendría que haber pactado un nuevo pago del Concedente al Concesionario, sin que el primero reciba nada a cambio;

Que, con respecto a la señorita Abogada Silvia Patricia Benavente Donayre, en el Informe N° 320-2008-CG/OEA-EE, la Contraloría señala:

“1.8 SILVIA PATRICIA BENAVENTE DONAYRE, Ex Gerente de Asesoría Legal (e) – OSITRAN, (1.MAR.1999 – A la fecha), al suscribir el Informe N° 024-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, aprobado por Acuerdo N° 970-243-07-CD-OSITRAN de 30.MAY.2007 que emitió opinión, respecto de la Addenda N° 1 al Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, a través de la cual amplió los alcances de la Cláusula 6.20 propuesta por el MTC, al considerar que las Obras complementarias debían ser incorporadas bajo la categoría de Obras Nuevas, las cuales podrían ser ejecutadas por el Concesionario previo acuerdo, sin necesidad de efectuar proceso administrativo de selección, por lo cual no cumple adecuadamente las funciones asignadas a su cargo (numeral 5) del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado con Resolución de Concejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN de 10.ENE.2007, que señala “Emite informes de opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión de infraestructura o modificación de los mismos y en los casos requeridos por la Gerencia General, de acuerdo a las normas legales y contractuales vigentes”;

Que, con respecto a los cargos que se le imputan, se pueden resumir los descargos presentados por la señorita Silvia Patricia Benavente Donayre de la siguiente manera:

En el marco del proceso de emisión de opinión sobre la Propuesta de Addenda N° 1 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, OSITRAN cumplió con los procedimientos previstos por su normativa y la Gerencia de Asesoría Legal, se sujeto al marco legal vigente.

La construcción del Puente Peatonal, no implica una contravención a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino que se enmarca,

en las excepciones a que se refiere el numeral 2.3 del artículo 2º de dicha Ley.

Si bien la cláusula 6.20 del Contrato de Concesión establecía que para la ejecución de Obras Nuevas era necesaria la convocatoria a un procedimiento administrativo de selección, de conformidad con la normativa vigente en materia de Obras Públicas, ello se consignó así por acuerdo de las voluntades de las partes y no porque resultara imperativa la aplicación de las normas legales referidas a obras públicas.

El hecho que OSITRAN haya planteado ampliar el concepto de Obra Nueva, no significa que se despreteja los intereses del Estado, pues dicha cláusula contiene condiciones que constituyen mecanismos de control previos para la aprobación de las mismas. En efecto, si bien se propuso que sea el Concesionario quien ejecute las Obras Nuevas cuando así lo requiere el Concedente, dichas Obras requerirán la opinión favorable de OSITRAN en su calidad de Organismo Regulador;

Que, con respecto a la señora Economista Christy Ágata García-Godos Naveda, en el Informe N° 320-2008-CG/OEA-EE, la Contraloría señala:

“CHRISTY AGATA GARCÍA – GODOS NAVEDA, Ex Analista de Regulación – OSITRAN, (24.JUN.2002 – A la fecha), al suscribir el Informe N° 024-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, aprobado por Acuerdo N° 970-243-07-CD-OSITRAN de 30.MAY.2007 que emitió opinión, respecto de la Addenda N° 1 al Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, a través de la cual amplió los alcances de la Cláusula 6.20 propuesta por el MTC, al considerar que las Obras complementarias debían ser incorporadas bajo la categoría de Obras Nuevas, las cuales podrían ser ejecutadas por el Concesionario previo acuerdo, sin necesidad de efectuar proceso administrativo de selección, por lo cual no cumple adecuadamente las funciones asignadas a su cargo a través del numeral 6 del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado con Resolución de Concejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN de 10:ENE.2007, que señala “... propone las interpretaciones a las cláusulas de los contratos de Concesión relacionados a las tarifas y cargos de acceso o vinculados a aspectos regulatorios en coordinación con la Gerencia de Asesoría Legal en los casos pertinentes”, dado que conforma la precitada gerencia”;

Que, con respecto a los cargos que se le imputan, se pueden resumir los descargos presentados por la señora Christy Ágata García-Godos Naveda, de la siguiente manera:

No existe inconducta o incumplimiento funcional, toda vez que se respetó el marco legal vigente y se observaron todos los pasos previos para la emisión de opinión por parte del Consejo Directivo.

El Contrato de Concesión, es un acuerdo de voluntades entre dos partes (Concedente y Concesionario), al haber sido las partes quienes tomaron la decisión de realizar Obras Nuevas vía proceso de selección, éstas pueden decidir cambiar dicho mecanismo vía una modificación contractual.

No existe norma legal vigente que establezca que las obras complementarias que deban realizarse en el marco de un Contrato de Concesión, deban realizarse por concurso.

La modificación propuesta por OSITRAN, no implicó alteraciones del equilibrio financiero y por tanto no generó perjuicio al Concedente, toda vez, que existiría una ruptura en el equilibrio económico financiero cuando representa una alteración en la relación de derechos y obligaciones entre las partes, situación que no se ha dado en el presente caso;

Que, en su Informe Final, la Comisión Especial designada, concluye que contrariamente a lo señalado por la Gerencia de Obras y Adicionales de la Contraloría General de la República, no se aplica al presente caso el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, dado que, la Concesión de Obras de Infraestructura de Transporte de Uso Público, se subsume en el literal k) del numeral 2.3 del artículo 2¹ del precitado cuerpo normativo²;

Que, la normativa que sustenta jurídicamente la Concesión de Obras de Infraestructura es el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM, normas legales que constituyen la excepción, a que hace alusión el artículo 76³ de la

¹ Artículo 2.- Ámbito de aplicación.-

(...)

2.3 La presente Ley no es de aplicación para:

(...)

k) **La concesión de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos;**

² Vigente en la fecha en que sucedieron los hechos materia de análisis.

³ Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

Constitución Política del Perú, cuando señala, que la Ley establece el procedimiento y las excepciones a la Contrata por Licitación Pública;

Que, la Comisión Especial apunta, que aún cuando en el Contrato de Concesión, las partes convinieron inicialmente que para la ejecución de Obras Nuevas, era necesaria la convocatoria a un procedimiento administrativo de selección de conformidad con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dicho convenio, de ninguna manera somete la ejecución del Contrato de Concesión al precitado cuerpo legal, dado que, dicha remisión a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, fue producto de la voluntad de las partes contratantes, más no, de un mandato imperativo de la Ley. En ese sentido, agrega que por la misma vía, vale decir, por la voluntad de las partes materializada en una Addenda al Contrato de Concesión, dicha remisión legal podía dejarse sin efecto, más aún si de por medio se encontraba un aspecto de *interés público*, que es sin lugar a dudas, la integridad física de los pobladores de las zonas aledañas a la Infraestructura;

Que, en atención a los considerandos previos, a los descargos presentados por cada uno de los ex funcionarios involucrados, al hecho que de los actuados se desprende que el Informe N° 024-GS-GRE-GAL-OSITRAN, se emitió siguiendo el procedimiento establecido y observando el Marco Técnico-Legal-Regulatorio, se advierte, al igual que lo sostiene la Comisión Especial en el Informe Final elevado a la Presidencia, que no le alcanza Responsabilidad Administrativa Funcional a los señores ex funcionarios de OSITRAN: Gonzalo Martín Ruíz Díaz, Roger Fernando Llanos Correa, Silvia Patricia Benavente Donayre, y Christy Ágata García-Godos Naveda, respecto al presunto incumplimiento de las funciones asignadas a su cargo en el Manual de Organizaciones y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-07-CD-OSITRAN;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, un acto administrativo puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto;

Que, estando a la precitada norma legal, en el Informe Final que esta Presidencia hace suyo, se expresan los demás fundamentos que adicionalmente constituyen motivación del presente acto administrativo, por lo tanto, dicho informe forma parte integrante de la presente Resolución;

De acuerdo a las atribuciones conferidas por el artículo 7.6 del Manual de los Procedimientos Administrativos para la Determinación de Responsabilidades Administrativas Funcionales aprobado por Resolución de Presidencia N° 001-08-PD-OSITRAN :

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Absolver de Responsabilidad Administrativa a los ex funcionarios de OSITRAN, Gonzalo Martín Ruíz Díaz, Roger Fernando Llanos Correa, Silvia Patricia Benavente Donayre y Christy Ágata García-Godos Naveda, en su calidad de Ex Gerente de Regulación, Ex Gerente de Supervisión, Ex Gerente de Asesoría Legal (e) y Ex Analista de Regulación respectivamente, con respecto a la imputaciones hechas en el Informe N° 320-2008-CG/OEA-EE, Examen Especial a la Concesión de la Red Vial N° 6 – Tramo Puente Pucusana – Cerro Azul.

Artículo Segundo.- Notifíquese la presente Resolución, así como el Informe Final de la Comisión Especial designada mediante Memorando Circular N° 005-08-PC-OSITRAN, a los precitados ex funcionarios de OSITRAN.

Regístrese, comuníquese y archívese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.N°PD2383-09