

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 064 -2005-CD-OSITRAN

Lima, 30 de setiembre de 2005

Vistos:

El Oficio N° 099-2005-MTC/02.01 de fecha 22 de agosto de 2005, el Informe N° 007-05-GS-GAL-OSITRAN de fecha 21 de setiembre de 2005 y el proyecto de resolución de Consejo Directivo presentado en la sesión de fecha 27 de setiembre de 2005; el Acuerdo N° 701-185-05-CD-OSITRAN; y,

Considerando:

1. Que mediante la carta de fecha 19 de abril de 2005 dirigida por la empresa Ferrovías Central Andina S.A. - FVCA al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, la empresa concesionaria solicita que le sea reembolsado el total de las inversiones realizadas por concepto de mitigación de los pasivos ambientales, según lo dispuesto en la cláusula 3.8 del Contrato de Concesión.

En la referida comunicación FVCA señala que tales pasivos ambientales tienen su origen y son producto de la administración anterior a su gestión como concesionarios. En tal sentido, acompañan un Informe Técnico en el que se detallan las acciones de mitigación realizadas y por realizar respecto de tales pasivos, a efecto de su reembolso por el Concedente.

2. El 22 de agosto de 2005, mediante el oficio de vistos, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, solicita que se le remita la opinión técnica de OSITRAN, respecto de la interpretación del Contrato de Concesión, con el objeto de determinar la responsabilidad de las partes en lo relacionado a la mitigación de pasivos ambientales.
3. Mediante Informe N° 007-05-GS-GAL-OSITRAN las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal han analizado la solicitud de interpretación presentada por la empresa concesionaria, analizando la misma y recomendando su elevación a este colegiado para su pronunciamiento.
4. Al respecto, el artículo 7° de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público- establece lo siguiente:

Artículo 7°.- Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

- e) *Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.*

5. De otra parte, respecto a temas de orden ambiental, el inciso d) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, en concordancia con el artículo 35 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, señala como función de OSITRAN velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley competen a otras autoridades.

Sobre este tema, debe precisarse que si bien el asunto materia de análisis está relacionado con asuntos ambientales, la solicitud de interpretación está orientada a determinar cómo operan las responsabilidades en dicho ámbito respecto de pasivos ambientales originados antes o durante la concesión, para definir quién debe asumir los costos de mitigación; todo ello en el contexto de la solicitud de reembolso de gastos presentada por FVCA.

En consecuencia, el presente caso no trata acerca del cumplimiento de las normas ambientales (las acciones de mitigación ya vienen siendo realizadas por la empresa concesionaria), sino la definición de quién deberá asumir en última instancia los costos involucrados.

6. En tal sentido, como queda en evidencia a partir de las normas anteriormente citadas, OSITRAN se encuentra facultado para interpretar los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público, interpretación que está orientada a definir la responsabilidad general de las partes respecto de los pasivos ambientales de acuerdo al Contrato de Concesión suscrito por el Estado Peruano con FVCA.
7. Sin embargo, es necesario diferenciar lo señalado en el numeral anterior, es decir, identificar las reglas de responsabilidad aplicables a estos supuestos, de la definición concreta de cuál de las partes debe asumir en definitiva el costo de mitigación de cada uno de los pasivos ambiental en aplicación de tales reglas generales. Lo primero recae en el ámbito de competencia de OSITRAN por involucrar la interpretación del Contrato de Concesión; lo segundo está fuera de su competencia en la medida que no se trata de velar por el cumplimiento de las normas ambientales (que sí corresponde a OSITRAN) sino identificar quién debe en cada caso pagar el costo de mitigación de tales pasivos ambientales, incluso luego que se haya cumplido con la normativa ambiental correspondiente.
8. Con relación al tema materia de la solicitud, es importante tomar en consideración lo establecido por la cláusula 12.7 del Contrato de Concesión que establece lo siguiente:

12.7 Medio Ambiente y Bienes protegidos por Leyes Aplicables especiales. El Concesionario se obliga a cumplir con la legislación relativa a la conservación del medio ambiente y de aquellos Bienes protegidos por razones históricas, culturales o equivalentes, calificados como tales por las Autoridades Gubernamentales competentes.

En tal sentido, se obliga a tomar las medidas que resulten pertinentes para evitar que en el desarrollo de sus actividades se generen riesgos ambientales que excedan los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del medio ambiente, de acuerdo a lo determinado por la legislación

competente. El Concesionario esta obligado a realizar una Auditoría Ambiental en el Área Matriz que le permita establecer la situación ambiental en que la recibe.

9. A partir de lo establecido en la cláusula antes citada, es importante tener en consideración que, para el caso materia de análisis, el Contrato de Concesión ha establecido tres obligaciones a cargo de la empresa concesionaria: (i) cumplir con la legislación relativa a la conservación del medio ambiente; (ii) tomar medidas para evitar que, en el desarrollo de sus actividades, se generen riesgos ambientales que excedan los estándares o niveles establecidos por la legislación de la materia; y, (iii) realizar una auditoría ambiental en el área matriz que permita la evaluar la situación ambiental en que la recibe.
10. Una primera constatación respecto de tal cláusula –que es la única que en el Contrato de Concesión trata específicamente el tema medio ambiental- es que no prevé específicamente quién debe asumir los costos de los pasivos ambientales, independientemente de quién debe encargarse de su efectiva remediación.
11. Sin perjuicio de ello, en dicha cláusula existen elementos que llevan a interpretar que la empresa concesionaria debería asumir los pasivos ambientales producidos como resultado de su gestión, sin perjuicio de ocuparse en general de los problemas de medio ambiente.

En efecto, cuando se establece la obligación de cumplir con la legislación ambiental y, a falta de previsión en contrario, se está haciendo referencia a la conservación en el marco de la gestión del Concesionario. Ello se ve confirmado cuando, respecto de las medidas para evitar daños, se señalan que éstas están orientadas a prevenir riesgos “en el desarrollo de sus actividades”. Finalmente, tal interpretación también guardaría coherencia con la realización de la auditoría que “permita evaluar la situación ambiental en que la recibe”.

12. Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, es importante tener en consideración lo establecido por la cláusula 3.8 con la que FVCA sustenta su solicitud. Dicha cláusula regula la responsabilidad por los bienes de la concesión establece lo siguiente:

3.8 Responsabilidad por los Bienes de la Concesión. Cualquier responsabilidad derivada de los Bienes de la Concesión o de las servidumbres, derechos de paso o de cualquier derecho o limitación a favor o que deban soportar los Bienes de la Concesión, corresponderá exclusivamente al Concedente en la medida que el evento que la origine se hubiera generado en forma previa a la Fecha de Cierre. En tal virtud, el Concedente se obliga a mantener indemne al Concesionario en todos y cada uno de los reclamos, juicios, procesos, arbitrajes o semejantes que puedan iniciarse por dicho concepto, para lo que asumirá directamente el pago de toda suma que deba abonarse a favor de cualquier persona o entidad privada o pública en cuyo beneficio corresponda realizarlo aún cuando mediante resolución administrativa, sentencia o laudo arbitral se hubiera ordenado al Concesionario realizar dicho pago.

*Considerando que desde la Fecha de Cierre, corresponderá exclusivamente al Concesionario la administración y explotación de los Bienes de la Concesión, incluyendo las servidumbres, derechos de paso o cualquier derecho o limitación a favor o que deban soportar, **a partir de ese momento será atribuible exclusivamente al Concesionario cualquier responsabilidad que se derive del uso y explotación de ellos.** El Concesionario se obliga a mantener indemne al Concedente en todos y cada uno de los reclamos, juicios, procesos, arbitrajes o semejantes que puedan iniciarse por dicho concepto, para lo que asumirá directamente el pago de toda suma que deba abonarse a favor de terceros, de OSITRAN y/o a favor de cualquier persona o entidad privada o pública en cuyo beneficio corresponda realizarlo aún cuando mediante resolución administrativa, sentencia o laudo arbitral se hubiera ordenado al Concedente realizar dicho pago. [El resaltado es nuestro]*

13. Si bien esta cláusula esta referida -en principio- a los bienes de la concesión, es necesario tener en cuenta lo establecido en su segundo párrafo, en el que hace mención a la responsabilidad por la explotación de la Concesión. En efecto, dicho párrafo señala respecto de la fecha de cierre¹ que “a partir de ese momento será atribuible exclusivamente al Concesionario cualquier responsabilidad que se derive del uso y explotación de [los bienes de la Concesión]”.

En consecuencia, el segundo párrafo de la cláusula 3.8 reafirma lo anteriormente señalado, esta vez, desde la perspectiva de la responsabilidad general del Concesionario, que éste deberá asumir el costo de mitigación de los pasivos ambientales originados en el periodo de su gestión en la concesión.

14. De otra parte, y en la línea de la identificar las reglas generales de responsabilidad antes del inicio de la explotación por el Concesionario, el Contrato de Concesión establece en el primer párrafo de la cláusula 14.1 lo siguiente:

*14.1 **Responsabilidad por la explotación de la Concesión.** El Concedente declara y garantiza expresamente que le corresponderá, en forma exclusiva, cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la operación de Enafer por hechos previos a la Fecha de Cierre, de acuerdo a lo previsto en este Contrato, en las Bases y en las Leyes Aplicables.*

15. Dicho párrafo establece de manera clara y directa la responsabilidad del Concedente por hechos acontecidos antes de la fecha de cierre. Tal previsión contractual puede entonces aplicarse para el caso de los pasivos ambientales, dividiendo la responsabilidad de acuerdo al origen del pasivo ambiental de que se trate. En consecuencia, si puede determinarse que el pasivo ambiental se ha originado con anterioridad a la fecha de cierre, corresponderá al Concedente asumir los costos de las acciones de mitigación correspondientes; en caso contrario dichos costos deberán ser asumidos por el Concesionario.

¹ La cláusula 1.1 del Contrato de Concesión define Fecha de Cierre como: “el día y hora que serán fijados y comunicados por el Comité Especial, en que, luego de que se cumpla con todas y cada una de las condiciones exigidas por las Bases, el Concedente aceptará la oferta presentada por el Adjudicatario, suscribirá este Contrato y entregará al Concesionario un ejemplar del mismo, todo bajo certificación notarial, momento a partir del cual este Contrato entrará en vigencia y el Concesionario adquirirá la condición de tal”.

16. Hasta este punto, se ha hecho un análisis sobre el régimen de responsabilidad a efecto de definir quién debe asumir en última instancia los costos de mitigación de los pasivos ambientales, dándose así respuesta a lo consultado por el Concedente. Sin embargo, sobre la base de la definición de la responsabilidad según el Contrato de Concesión, será necesario determinar en cada caso en concreto cuál es el origen de los pasivos ambientales. Sobre este tema el Contrato de Concesión no ha definido mecanismos o procedimientos específicos más allá de la auditoría ambiental prevista en la cláusula 12.7.
17. Al respecto, y en relación con la auditoría ambiental a la que hace referencia la cláusula 12.7 del Contrato de Concesión, obra en nuestros archivos el informe final elaborado por la empresa KLOHN CRISPEN – SVS S.A., documento denominado “Evaluación Ambiental Preliminar de las Vías e Instalaciones del Ferrocarril Central” del mes de marzo de 2000.
18. En dicho documento se realizaron inspecciones geotécnicas y ambientales de la vía férrea, señalando con detalle los problemas que en materia ambientales existentes en el área dada en concesión. En efecto, “el objetivo de dicho estudio fue determinar los problemas ambientales que pudieran existir en la línea para el nuevo operador del Ferrocarril Central: FERROVÍAS CENTRAL ANDINA S.A. y sugerir las medidas correctivas que sería necesario adoptar.”
19. De otra parte, y sin entrar al detalle de los problemas y recomendaciones formuladas en el referido estudio, es importante tomar en consideración que en éste se concluye que:
- La situación ambiental observada a lo largo de la vía férrea, de los patios y estaciones es el reflejo de la decreciente administración estatal bajo la cual estuvieron todas estas instalaciones durante los últimos 20 años, etapa en la cual no se invirtió adecuadamente en el mantenimiento ni renovación de las instalaciones y equipos, efectuándose sólo las inversiones mínimas necesarias para mantener el sistema funcionado, además de no contarse con la reglamentación ambiental adecuada.*
20. En atención a la interpretación del Contrato de Concesión respecto de las responsabilidades sobre los pasivos ambientales antes mencionada, el referido estudio sin duda constituye un valioso instrumento para determinar las responsabilidades de las partes en esta materia y así definir el monto que eventualmente el Concedente deberá reembolsar al Concesionario por concepto de mitigación de pasivos ambientales.
21. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, es necesario entonces definir un procedimiento por el cual las partes puedan determinar las responsabilidades y montos antes referidos. Este procedimiento, como es evidente, debe respetar y estar acorde no solamente con el Contrato de Concesión, sino ser consistente con la interpretación que del mismo se realiza en la presente resolución.
22. En atención a ello, el procedimiento debe considerar elementos identificados en el análisis realizado. Tales elementos son: (i) la auditoría ambiental; (ii) la identificación de

pasivos ambientales que actualmente ha realizado FVCA; (iii) las acciones de mitigación de pasivos ambientales definidas por FVCA (realizadas y por realizar); y, (iv) el costo de tales acciones de mitigación.

23. En tal sentido, consideramos que el procedimiento debería ser el siguiente:

- a. FVCA debe identificar los pasivos ambientales, de conformidad con la cláusula 12.7 del Contrato de Concesión, con la finalidad de determinar cuáles se habrían originado antes de la gestión de la empresa concesionaria. Sobre la base de ello, la empresa concesionaria definirá las acciones de mitigación realizadas y por realizar, conjuntamente con los costos detallados de las mismas.
- b. Habiendo realizado tal evaluación, FVCA solicitará al Concedente el reembolso de los gastos que correspondan.
- c. El Concedente deberá proceder a pronunciarse en un plazo no mayor de 30 días hábiles, a efecto de fijar su posición en relación con la solicitud presentada por la empresa concesionaria.
- d. En caso de existir concordancia total entre las posiciones de las partes, el Concedente deberá proceder a reembolsar la totalidad de los gastos solicitados. De similar manera, el Concedente procederá a reembolsar los gastos sobre los que no haya discrepancia, en el supuesto de concordancia parcial entre las posiciones.
- e. En caso de discrepancia total o parcial entre las posiciones de las partes, las partes someterán tales controversias a los procedimientos contemplados en la cláusula vigésimo segunda del Contrato de Concesión sobre solución de controversias.

24. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal e) de la Ley N° 26917, que permite a OSITRAN interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación; y, estando a lo acordado

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Interpretar que, de acuerdo a lo establecido por las cláusulas 12.7, 3.8 y 14.1 del Contrato de Concesión, los costos de mitigación de pasivos ambientales deberán ser asumidos por el Concedente, siempre que tales pasivos se hubiesen originado en hechos anteriores a la fecha de cierre; en caso contrario deberán ser asumidos por la empresa concesionaria.

Artículo 2.- Proponer el siguiente procedimiento a seguir por las partes para el reembolso de los costos por parte del Concedente por concepto de mitigación de pasivos ambientales:

- a) FVCA debe identificar los pasivos ambientales, de conformidad con la cláusula 12.7 del Contrato de Concesión, con la finalidad de determinar cuáles se habrían originado antes de la gestión de la empresa concesionaria. Sobre la base de ello, la empresa concesionaria definirá las acciones de mitigación realizadas y por realizar, conjuntamente con los costos detallados de las mismas.

- b. Habiendo realizado tal evaluación, FVCA solicitará al Concedente el reembolso de los gastos que correspondan.
- c. El Concedente deberá proceder a pronunciarse en un plazo no mayor de 30 días hábiles, a efecto de fijar su posición en relación con la solicitud presentada por la empresa concesionaria.
- d. En caso de existir concordancia total entre las posiciones de las partes, el Concedente deberá proceder a reembolsar la totalidad de los gastos solicitados. De similar manera, el Concedente procederá reembolsar los gastos sobre los que no haya discrepancia, en el supuesto de concordancia parcial entre las posiciones.
- e. En caso de discrepancia total o parcial entre las posiciones de las partes, las partes someterán tales controversias a los procedimientos contemplados en la cláusula vigésimo segunda del Contrato de Concesión sobre solución de controversias.

Artículo 3.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente