

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 409-2012-CD

A las trece horas del día 27 de febrero del año dos mil doce, se abrió una Sesión Ordinaria (virtual) 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 Informes Orales

Con la anuencia de los señores miembros del Consejo Directivo, el Secretario Técnico invito a los representantes de las concesionarias para la exposición de los siguientes temas:

a. De GYM FERROVIAS S.A.: en Solicitud de interpretación de cláusula 5.11 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico.

El Gerente General comunicó la participación de los representantes de Gym Ferrovías para hacer uso de la palabra en el procedimiento de interpretación de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión.

Al respecto, con la anuencia de los señores Directores, se invitó al Gerente General de la concesionaria, señor Manuel Wu Rocha, así como a su Abogado, señor Ronald Fernández, quienes haciendo uso de la palabra sustentaron la existencia de un vacío contractual que, según señalaron, no permite identificar con exactitud las obligaciones del Concedente.

Sobre el particular, el Abogado Ronald Fernández argumentó que de la lectura de la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión se colige que el Concedente es el responsable por los problemas o inconvenientes surgidos en relación a la idoneidad del Material Rodante Existente, encargándose de la solución correspondiente según el procedimiento establecido en dicha cláusula. Sin embargo, podría plantearse alguna dificultad, o al menos alguna discordancia al momento de determinar el plazo efectivo en el cual el Concedente deberá resolver los problemas detectados por el Concesionario.

Continuó su exposición precisando que el problema se presenta al momento de verificar la "contabilización" del plazo previsto en la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico, dado que el mismo señala que "(...) *de presentarse algún problema con el funcionamiento del Material Rodante Existente durante el primer Año de la Concesión (...)*". Sobre el particular, el Concesionario señala que una primera lectura, descontextualizada, de la frase transcrita podría llevarnos a interpretar la cláusula, conforme a la Sección I – Definiciones del Contrato de Concesión. Si bien tal posibilidad es la que nos lleva a solicitar la aclaración, tal interpretación no resultaría acorde al sentido y racionalidad de la previsión contractual, ni posible – valga la redundancia – si la interpretación, como corresponde, es sistemática e integral en el marco del contrato; por lo que la única interpretación lógica y racional es contabilizar el año a partir de la toma de posesión hasta el año calendario siguiente.

Finalmente, argumentó que entender de otra manera lo señalado en la Cláusula 5.11 sería contrario con el principio de Buena Fe contractual que regula la relación que entablan el Concedente y el Concesionario y resultaría incongruente con las demás obligaciones y compromisos asumidos por las partes al suscribir el Contrato de Concesión.

Luego de absolver las interrogantes planteadas por los señores directores se dio por culminada su intervención.

b. DP WORLD CALLAO S.A.: en Reconsideración contra Resolución 038-2011-CD-OSITRAN con que se interpretó cláusula 8.14 del Contrato de Concesión Muelle Sur

El Secretario de Consejo Directivo comunicó que el representante de CONUDFI, en su condición de parte interesada en el procedimiento de interpretación, ha solicitado la reprogramación del Informe Oral, por lo que los señores directores acordaron reprogramar la intervención de las partes para una próxima sesión.

1.2 Ejecución de Plan Operativo Institucional del año 2011.

La Administración presentó el Informe N° 006-12-OPP-GG-OSITRAN, mediante el cual la Oficina de Planificación y Presupuesto informa sobre la ejecución del Plan Operativo Institucional correspondiente al año 2011, en el que se destaca que el 75% de las actividades programadas Se han cumplido en su totalidad, siendo el caso que el 15% aún está en proceso de ser concluidas y, el 10% restante no se han podido ejecutar.

Los señores directores tomaron conocimiento.

1.3 Informe sobre periodo de designación del actual Presidente del Consejo Directivo.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo el Informe N° 004-12-GAL-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Asesoría Legal señaló que la designación del Presidente del Consejo Directivo es por un periodo de 5 años, el mismo que puede extenderse durante 60 días calendario posteriores al vencimiento de su periodo, únicamente en caso que no se realice la selección de su reemplazo.

Sobre el particular, el Informe precisa que el periodo de designación del anterior Presidente surtió efectos a partir del 10 de febrero del 2002, tal como lo señala el segundo considerando de la Resolución Suprema N° 024-2007-PCM. En este esquema, el periodo del anterior Presidente venció con fecha 10 de febrero del 2007. Consecuentemente el periodo de designación del actual Presidente se computa a partir del 11 de febrero del 2007 al 11 de febrero del 2012, inclusive.

A la fecha se ha vencido el periodo de designación del Presidente de OSITRAN; sin embargo, conforme el Artículo 7° del Reglamento de la Ley Marco, en caso no se realice la designación dentro del plazo establecido, el miembro del Consejo Directivo se mantendrá en sus funciones hasta por un plazo máximo de sesenta (60) días calendario posteriores al vencimiento del periodo del miembro del Consejo Directivo, el mismo que vence con fecha 11 de abril del 2012, en tanto no se designe a su sucesor.

Los señores directores tomaron conocimiento.

1.4 Solicitud de Modificación del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani.

La Administración puso en conocimiento la solicitud de modificación del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani, presentada por el Concedente.

La Administración, preliminarmente informó que el concesionario modificar el Anexo G del Contrato de Concesión denominado "Planes del Terminal Portuario de Matarani" a efectos de incluir el área acuática ubicada en la Bahía de Islay.

Los señores directores tomaron conocimiento

1.5 Inicio del Proceso de Selección para cubrir plaza vacante de Gerente Adjunto de Supervisión

La Administración presentó la Nota N° 020-12-GG-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia General informa sobre la necesidad de cubrir la plaza vacante de Gerente Adjunto de Supervisión a fin de evitar que los máximos cargos de la GS se encuentren por más tiempo con encargaturas; por temas de responsabilidad funcional; y, para mantener la operatividad de la gerencia en tanto se designe a un Gerente de Supervisión. En este sentido, comunicó el inicio del proceso de selección para elegir al profesional que ocupará la referida plaza vacante, conforme lo establecen los Lineamientos Generales para la Designación de Gerentes de OSITRAN.

Sobre el particular, el director César Sánchez Módena se ratificó en sus comentarios pasados en el sentido que el concurso sea externo, de modo que se busque mayor número candidatos de afuera, lo cual fue compartido por el director Juan Carlos Paz, quien agregó que la decisión sobre el tema debía tomarla la nueva gestión. A su turno, el director Jesús Tamayo Pacheco señaló que el problema que él aprecia es el perfil del puesto, toda vez que es demasiado abierto.

El señor Gerente General Carlos Aguilar Meza mencionó que las exigencias para el puesto son las mismas que se han solicitado desde un inicio en OSITRAN, y que lo único que se ha hecho es agregar una categoría profesional, para lo cual se ha tenido en cuenta que lo que nosotros hacemos es administrar un contrato, no una obra, lo cual finalmente resulta siendo mucho más complejo.

Los señores directores tomaron conocimiento

II. ORDEN DEL DÍA

2.1 Iniciativa Privada "Ferrocarril Trasandino FERROSUR Andahuaylas - San Juan de Marcona".

La Administración presenta para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 003-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, mediante el cual las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal emiten opinión técnica con relación al proyecto de iniciativa privada denominada "Ferrocarril Trasandino Ferrosur Andahuaylas - San Juan de Marcona", opinión solicitada por PROINVERSION mediante Oficio N° 287-2011-DE/PROINVERSION.

Al respecto, la Administración, guardando la debida confidencialidad de la propuesta, señaló que el proyecto de Iniciativa Privada original presentado el 08 de julio del 2011 ha sido modificado de manera sustancial con el presentado el 02 de febrero del 2012. Mientras la primera se refiere a un proyecto que comprende el servicio de transporte

ferroviario de mineral y por lo tanto, contempla inversiones en infraestructura ferroviaria y en material tractivo y rodante, remuneradas con una tarifa por transporte de mineral (en US \$ por tonelada), la segunda se refiere a infraestructura ferroviaria, inversión que se remunera mediante una tarifa por uso de vía (en US \$ por km vagón).

De la nueva versión presentada por PROINVERSIÓN, se considera razonable el modelo de integración vertical con acceso competitivo presentado en la Iniciativa Privada por parte del PROPONENTE. Para ello, el Contrato de Concesión que regule el mecanismo de acceso deberá incluir, que el acceso se regirá bajo el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobado por OSITRAN.

Respecto de las variables financieras del nuevo modelo, se pone a consideración de PROINVERSIÓN las recomendaciones realizadas por la Administración, así como la incorporación del sustento correspondiente.

Finalmente, se precisa en el informe que PROINVERSION deberá considerar en el marco de sus atribuciones, incluir la forma y monto de retribución al Estado Peruano, así como el tratamiento que regirá la supervisión de diseño y obras, lo que incluye la cuantía así como quién asumirá dichos montos.

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

ACUERDO N°1454-409-12-CD-OSITRAN

de fecha 27 de Febrero de 2012

Vistos el Informe N° 003-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, el Proyecto de Iniciativa Privada "Proyecto Ferrocarril Trasandino Ferrosur Andahuaylas – San Juan de Marcona" remitido mediante Oficio N° 287-2011-DE/PROINVERSION de fecha 08 de julio del 2011; la información complementaria remitida mediante Oficio N° 43-2012/PROINVERSION/DE, de fecha 02 de febrero del 2012; y según lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo en virtud de las competencias asignadas mediante el Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, acordó por unanimidad, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF; y, en uso de sus funciones previstas en el literal c) del

artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, acordó por unanimidad:

- a) Emitir opinión favorable respecto a la Iniciativa Privada "Proyecto Ferrocarril Trasandino Ferrosur Andahuaylas – San Juan de Marcona", remitida con fecha 08 de julio del 2011 y, complementada con fecha 02 de febrero del 2012, en tanto se atiendan las recomendaciones y observaciones formuladas en el Informe N° 003-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
- b) Notificar a PROINVERSIÓN el presente Acuerdo, así como el Informe N° 003-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

2.2 Recurso de Apelación de IIRSA NORTE contra las Resoluciones N° 079-2011-GG-OSITRAN, referidas al PAS por incumplimiento de disposiciones de circulación de tránsito.

La Administración presenta para aprobación del Consejo Directo el Informe N° 003-12-GAL-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Asesoría Legal emite opinión respecto al Recurso Administrativo de Apelación interpuesto por la Entidad Prestadora: Concesionaria IIRSA Norte S.A. contra las Resoluciones de Gerencia General N° 053-2011-GG-OSITRAN y 079-2011-GG-OSITRAN.

Al respecto, el señor Gerente General señaló que la apelación se sustenta en que la imputación de los cargos fue efectuada de manera genérica e imprecisa en cuanto a los hechos que determinarían el presunto incumplimiento a las normas contenidas en el Capítulo IV del Manual de Dispositivos de Control de Tránsito Automotor por Calles y Carreteras, impidiendo al impugnante ejercer su derecho de defensa conforme lo exigen las normas legales, lo cual, señalan, fue corroborado por la Gerencia General. Asimismo, el concesionario señaló que han dado cumplimiento a las normas contenidas en el Capítulo IV del Manual de Dispositivos de Control de Tránsito Automotor por Calles y Carreteras y las pruebas no son suficientes para determinar que no sea así.

El informe de la administración señala que de la revisión del Expediente Administrativo Sancionador, se advierte que en el Oficio N° 4823-10-GS-OSITRAN, se detalló que el incumplimiento de las cláusulas 6.18 y 6.21 del Contrato de Concesión por parte de la Entidad Prestadora, se produce al no haber cumplido con las normas contenidas en el Capítulo IV del Manual de Dispositivos de Control de Tránsito para Calles y Carreteras. No obstante, en el Informe de Hallazgos adjunto al mismo,

no se señala con precisión qué aspectos de dicho extremo del Manual fueron incumplidos en cada caso particular por la Entidad Prestadora, vulnerando con ello, principios de la potestad sancionadora establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444.

En tal sentido, el Gerente General señaló que la administración recomienda que atendiendo a las causales de nulidad contenidas artículo 10° de la Ley N° 27444, correspondería declarar la nulidad del citado Oficio, disponiendo la reposición del procedimiento al momento de su emisión, con las precisiones correspondientes, a efectos que el Órgano Instructor evalúe y realice adecuadamente las actuaciones correspondientes.

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

ACUERDO N°1455-409-12-CD-OSITRAN

de fecha 27 de Febrero de 2012

Vistos el Informe N° 003-12-GAL-OSITRAN; el Recurso de Apelación de fecha 07 de noviembre del 2011; y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud del 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° 003-12-GAL-OSITRAN, el mismo que resuelve: declarar FUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la Empresa Concesionaria IIRSA NORTE S.A. contra las Resoluciones de Gerencia General N° 053-2011-GG-OSITRAN y 079-2011-GG-OSITRAN; y, dispone REPONER el procedimiento al acto de notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, observándose las precisiones advertidas en el Informe N° 003-12-GAL-OSITRAN.
- b) Notificar la Resolución aprobada en virtud del literal anterior a la Empresa Concesionaria IIRSA NORTE S.A.

- c) Poner la Resolución objeto de aprobación, en conocimiento de la Gerencia de Supervisión a efectos que proceda conforme a lo resuelto.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

2.3 Autorización de viaje oficial del Presidente de Consejo Directivo para participar en la 2da. Cumbre de Infraestructura para la Región Andina & Centroamérica, en Colombia.

La Administración presenta para aprobación del Consejo Directivo la Nota N° 031-12-GAL-OSITRAN, mediante la cual se pone en conocimiento la invitación cursada al Presidente de OSITRAN, Eco. Juan Carlos Zevallos, para participar en el "2nd Andean Infrastructure Summit" a realizarse en la ciudad de Bogotá – Colombia, sustentando el interés institucional de dicha participación.

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

ACUERDO N°1456-409-12-CD-OSITRAN

de fecha 27 de Febrero de 2012

Vistas las Cartas de fecha 15 de noviembre del 2011, mediante las cuales Bussiness News Américas extiende la invitación al Presidente del Consejo Directivo y, se compromete al reembolso de los gastos, respectivamente; y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, conforme a lo dispuesto en el literal q) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN y el Artículo 9° del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar la participación del señor Juan Carlos Zevallos Ugarte, Presidente del Consejo Directivo de OSITRAN en la "2da. Cumbre de Infraestructura para la Región Andina & Centroamérica, a realizarse en la Ciudad de Bogotá, Colombia, para lo cual se autoriza su viaje los días 28 y 29 de marzo del 2012, otorgándose para el efecto la licencia respectiva.
- b) Los gastos que irrogue el viaje al exterior serán asumidos por el presupuesto de OSITRAN, de acuerdo al siguiente detalle:

Ítem	Monto (US\$)
------	--------------

Viáticos (03 días)	600.00
Pasaje	1,304.06
TOTAL	1,904.06

- c) Autorizar a la Gerencia General a realizar las acciones pertinentes ante la Presidencia del Consejo de Ministros para la expedición de la Resolución Suprema que autorice dicho viaje.
- d) Disponer que la administración adopte las acciones necesarias para la obtención del reembolso parcial de los gastos por parte de Bussiness News Americas.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

2.4 Autorización del Inicio del Procedimiento de Interpretación solicitado por DP World Callao S.A. respecto del Anexo 3 del Contrato de Concesión de Muelle Sur

La Administración presentó el Informe N° 004-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, mediante el cual las gerencias de línea y asesoría legal recomiendan el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita, a fin de determinar si las actividades de: (i) apertura y cierre de grifos u operaciones con bombas de fluidos, y (ii) uso de barrera de contención, prestados por la empresa concesionaria Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante, TPE o el Concesionario) en el TPP, forman o no parte del Servicio Estándar para atender carga líquida a granel.

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

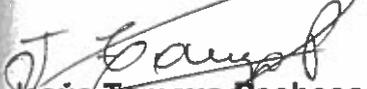
ACUERDO N°1457-409-12-CD-OSITRAN
de fecha 27 de Febrero de 2012

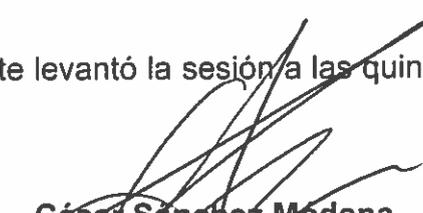
Visto, el Informe N° 002-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, así como el proyecto de Resolución que se adjunta y según lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud de lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el Literal e) del Numeral 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:

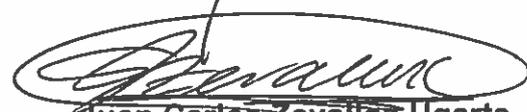
- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo adjunto al Informe N° 002-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que dispone el inicio del procedimiento interpretación, a pedido de parte, con el objeto de interpretar los alcances del indicador de rendimiento de embarque y descarga establecido en el tercer apartado del Anexo 3 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, suscrito con DP World Callao S.R.L.
- b) Hacer de conocimiento de la Gerencia General y de la Gerencia de Supervisión, lo dispuesto en el artículo segundo, de la Resolución aprobada, a fin que dispongan las acciones necesarias para el cumplimiento de dicha disposición.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

No habiendo otro asunto que tratar, el Presidente levantó la sesión a las quince horas del día 27 de febrero del 2012.


Jesús Tamayo Pacheco
Director


César Sánchez Modena
Director


Juan Carlos Paz Cárdenas
Director


Juan Carlos Zevallos Ugarte
Presidente