



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura
de Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 036-2018-CD-OSITRAN

Lima, 05 de diciembre de 2018

VISTOS:

El Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN del 13 de junio de 2018, el escrito s/n "Recurso de Reconsideración", presentado por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. el 5 de julio de 2018, el escrito s/n "Subsanación", presentado por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. el 6 de julio de 2018, el Oficio N° 3690-2018-MTC/25, presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el 20 de agosto de 2018, y el Informe N° 032-18-GAJ-GSF-OSITRAN del 04 de diciembre de 2018 elaborado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN del 13 de junio de 2018, sustentado en el Informe N° 014-18-GSF-GAJ-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y por la Gerencia de Asesoría Jurídica, se declaró improcedente la solicitud de interpretación del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya - Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco presentada por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C.

Que, a través del escrito s/n "Recurso de Reconsideración", recibido el 05 de julio de 2018, Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN reconsiderar su solicitud de interpretación del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya - Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco, y dejar sin efecto el Informe N° 014-18-GSF-GAJ-OSITRAN.

Que, mediante Oficio N° 3690-2018-MTC/25, recibido el 20 de agosto de 2018, la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó su posición respecto al recurso de reconsideración presentado por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C., sustentada en el Informe N° 1230-2018-MTC/25, elaborado por las áreas financiera, técnica y legal de dicho órgano del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Que, el artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del Recurso de Reconsideración, el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura
de Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

Que, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica han presentado al Consejo Directivo del OSITRAN el Informe N° 032-18-GAJ-GSF-OSITRAN, mediante el cual emiten opinión técnico legal respecto del Recurso de Reconsideración planteado por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C., concluyendo que el mismo debe declararse infundado.

Que, respecto de lo expuesto en el Informe de vistos, este Consejo Directivo manifiesta su conformidad y hace suyo íntegramente los fundamentos de dicho Informe, y conforme al inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, el referido Informe constituye parte integrante de la presente Resolución y de su motivación;

De conformidad con lo establecido 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; lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM; el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 655-2018-CD-OSITRAN;

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración presentado por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución y el Informe de vistos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a Desarrollo Vial de los Andes S.A.C., en su calidad de partes del Contrato de Concesión, para los fines pertinentes.

Artículo 3.- Disponer que la presente Resolución y el Informe de vistos sean difundidos en el Portal Institucional de OSITRAN.

Artículo 4.- Encargar a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización efectuar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y archívese.


VERONICA ZAMBRANO COPPELO
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. CD N°45875-18

INFORME N° 032-18-GAJ-GSF-OSITRAN

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **FREDY SAN ROMAN LUNA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JORGE ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Asunto : Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN.

Contrato : Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya - Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco.

Referencia : a) Escrito s/n “Recurso de Reconsideración”, recibido el 05.07.18 (H.T. 16714)
b) Escrito s/n “Subsanación”, recibido el 06.07.18 (H.T. 16879)

Fecha : 04 de diciembre de 2018



I. OBJETO

1. Emitir opinión respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. (“DEVIANDES” o “Concesionario”), contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN, sustentado en el Informe N° 014-18-GSF-GAJ-OSITRAN, que declaró improcedente su solicitud de interpretación del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya - Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco (“Contrato de Concesión”).

II. ANTECEDENTES

3. Con fecha 27 de setiembre de 2010, el Estado Peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“MTC” o “Concedente”) y DEVIANDES, suscribieron el Contrato de Concesión.
3. Mediante Carta N° 2018-10-0349, recibida el 03 de abril de 2018, el Concesionario presentó ante OSITRAN una solicitud de interpretación del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión, a fin de que se determine que todo evento denominado “huayco” o “huaico”¹ que se deposite y afecte la transitabilidad de la vía debe ser atendido como “derrumbe”, en el marco del desarrollo de una Emergencia Vial.

Con el Oficio N° 093-18-GG-OSITRAN, recibido el 25 de abril de 2018, OSITRAN solicitó a la Dirección General de Concesiones en Transportes (“DGCT”) del MTC, que comunique su posición respecto a la solicitud de interpretación presentada por DEVIANDES, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles. Dicha solicitud fue reiterada mediante el Oficio N° 104-18-GG-OSITRAN,

¹ En adelante se empleará únicamente el término “huaico”, considerando que es la forma por la que ha optado el Glosario de Términos de Uso Frecuente en los Proyectos de Infraestructura Vial en todas sus versiones.



recibido el 15 de mayo de 2018, otorgándole un plazo perentorio de cinco (05) días hábiles para la remisión de su posición.

5. A través del Oficio N° 2346-2018-MTC/25, recibido el 29 de mayo de 2018, la DGCT comunicó a OSITRAN su posición respecto a la solicitud del Concesionario, para lo cual adjuntó el Informe N° 738-2018-MTC/25 de fecha 14 de mayo de 2018.
6. Mediante el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN ("Acuerdo 2106") del 13 de junio de 2018, sustentado en el Informe N° 014-18-GSF-GAJ-OSITRAN ("Informe Conjunto") emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y por la Gerencia de Asesoría Jurídica, se declaró improcedente la solicitud de interpretación del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión presentada por DEVIANDES. El Acuerdo 2106 y el Informe Conjunto fueron notificados al Concesionario el día 14 de junio de 2018 mediante el Oficio Circular N° 012-2018-SCD-OSITRAN.
7. A través del escrito s/n "Recurso de Reconsideración", recibido el 05 de julio de 2018, el Concesionario solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN reconsiderar su solicitud de interpretación del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión, y dejar sin efecto el Informe Conjunto. Asimismo, dentro del mismo escrito el Concesionario solicitó se le otorgue Audiencia Especial para rendir un informe oral, la misma que se programó para el día 25 de julio de 2018, realizándose en el día programado².
8. Con el Oficio N° 143-18-GG-OSITRAN, recibido el 30 de julio de 2018, OSITRAN remitió a la DGCT del MTC el Recurso de Reconsideración y el escrito de subsanación presentado por el Concesionario, a fin de que dentro del plazo de diez (10) días hábiles emita su posición en relación a dicho recurso impugnativo.
9. A través del Oficio N° 3625-2018-MTC/25, recibido el 16 de agosto de 2018, la DGCT del MTC solicitó a este Regulador un plazo adicional de tres (3) días hábiles a fin de remitir la opinión solicitada en el Oficio N° 143-18-GG-OSITRAN.
10. Mediante Oficio N° 3690-2018-MTC/25, recibido el 20 de agosto de 2018, la DGCT del MTC presentó su posición, sustentada en el Informe N° 1230-2018-MTC/25, elaborado por las áreas financiera, técnica y legal de dicho órgano del MTC.
11. Con el Oficio N° 015-2018-SCD-OSITRAN, recibido el 28 de agosto de 2018, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN citó a Informe Oral al Director General de Concesiones de Transporte del MTC para el día 5 de setiembre de 2018.
12. A través del Oficio N° 3865-2018-MTC/25 recibido el 04 de setiembre de 2018, el Director General de Concesiones del MTC informó a la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN, que su despacho sería representado en el informe oral por los señores Javier Hervias Concha, Gino Bartra García y Chyntia Alva Iglesias.



² Conforme consta en el acta de Uso de la Palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN, suscrita en representación del Concesionario por los señores Luigi D'Alfonso Crovetto, identificado con DNI No. 25566104; Miguel Castro Pereda, identificado con DNI No. 16739399; y, Lorena Ferrándiz Espadín, identificada con DNI No. 40580887.

13. El día 5 de setiembre de 2018, conforme a lo programado, el MTC hizo uso de la palabra frente al Consejo Directivo³, exponiendo su posición sobre el Recurso de Reconsideración presentado por DEVIANDES contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN.
14. El 15 de octubre de 2018 se llevó a cabo una exposición respecto de los aspectos que involucra caso, ante el Consejo Directivo de OSITRAN (vista de la causa).
15. A través del Memorandum N° 02942-2018-GSF-OSITRAN del 30 de octubre de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) de OSITRAN informó que la ocurrencia de huaicos, y las zonas donde estos ocurren, eran conocidos por el Concesionario tanto antes como después de la firma del Contrato de Concesión. El referido memorándum adjuntó el informe del Coordinador In Situ de la Concesión, el cual a través del Informe N° 04127-2018-JCR-GSF-OSITRAN, concluye que de la revisión efectuada, las zonas donde pueden ocurrir huaicos están definidas e identificadas dentro del área de Concesión, las mismas que cuentan con badenes de concreto, con la excepción de la progresiva 38+500 a 39+500. Finalmente, la GSF informó que cursó el Oficio N° 09508-2018-GSF-OSITRAN al Instituto Nacional de Defensa Civil – INDECI a fin que brinde información sobre las zonas identificadas donde han ocurrido y/o puedan ocurrir huaicos dentro del Área de la Concesión.
16. Mediante el Oficio N° 4726-2018/INDECI/10.01 recibido el 21 de noviembre de 2018, la Secretaría General del INDECI, absolvió el requerimiento de información efectuado por la GSF, informando que el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico – INGEMMET, ha identificado en el área de concesión las zonas que sufren algún tipo de riesgo ante huaicos, derrumbes y otros eventos similares, remitiendo dicha información por medios digitales.

III. DE LA CLÁUSULA MATERIA DEL PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN

17. Conforme a lo indicado, el Concesionario solicitó una interpretación del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión. Al respecto, dicha cláusula establece lo siguiente:

"EMERGENCIA VIAL

7.7. *En caso que sucediera una situación de Emergencia Vial, el CONCESIONARIO realizará bajo su costo las labores que sean necesarias para recuperar la Transitabilidad de la vía en el menor plazo posible.*

Además el CONCESIONARIO, de ser necesario, deberá reparar los daños ocasionados hasta recuperar los índices de Serviciabilidad conforme a lo indicado en el Anexo I.

Las actividades para reparar los daños ocasionados deberán ser cubiertas con los propios recursos del CONCESIONARIO o a través de las coberturas de acuerdo a las pólizas contratadas para dicho fin.

Para casos de derrumbes mayores a 200 m3 por cada evento, los costos que excedan este máximo, serán asumidos por el CONCEDENTE.

[El resaltado es nuestro]

IV. DEL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

18. El Acuerdo de Consejo Directivo N° 216-639-18-CD-OSITRAN de fecha 13 de junio de 2018, dispuso aprobar el Informe N° 014-18-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, declarar

³ Conforme consta en el acta suscrita en representación del Concedente por los señores Javier Hervias Concha, identificado con DNI No. 08811234; Gino Bartra García, identificado con DNI No. 40453551; y, Chyntia Alva Iglesias, identificada con DNI No- 44742609.

improcedente la solicitud de interpretación presentada por el Concesionario, respecto al cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión.

19. Al respecto, el mencionado informe que sustenta la improcedencia, establece en sus conclusiones lo siguiente:

- 38 *El Concesionario está obligado contractualmente a realizar un conjunto de actividades de Conservación en los bienes de la Concesión para garantizar los niveles de servicio exigidos en el Contrato, con la finalidad de brindar un servicio óptimo al usuario. Dentro de dichas actividades se encuentra la atención de Emergencias Viales, que constituyen daños imprevistos en la vía generados por eventos de la naturaleza o la intervención humana, que obstaculizan o impiden la circulación de los usuarios de la vía.*
- 39 *Una vez ocurrida la Emergencia Vial, el Concesionario está obligado a solventar, bajo su costo, las labores necesarias para recuperar la transitabilidad en la vía en el menor tiempo posible y a reparar los daños que pudieran haberse generado por la Emergencia Vial, a fin de recuperar los índices de serviciabilidad, para lo cual podrá emplear sus recursos propios o las pólizas contratadas para ello. Sólo en caso se produzca un derrumbe mayor a 200 m3 (por evento), los costos que excedan dicha magnitud serán asumidos por el Concedente. [El resaltado es nuestro]*
- 40 *El Concesionario se encuentra obligado a contratar y mantener vigente durante la vigencia de la Concesión, un Seguro sobre Bienes en operación, que cubra el 100% del valor de reposición de los bienes afectados por daños a la infraestructura de la Concesión, cuya cobertura abarca –entre otros- eventos de la naturaleza. El Contrato establece expresamente que este seguro servirá para cubrir los costos generados por una Emergencia Vial.[4]*
- 41 *Conforme al Glosario de Términos del MTC, norma aplicable al presente caso de conformidad con la cláusula 1.8.55 [Leyes y Disposiciones Aplicables] del Contrato de Concesión, un derrumbe es “un desprendimiento y precipitación de masas de tierra y piedra sobre la carretera, obstaculizando el libre tránsito de vehículos”, mientras que un huaico es “una gran masa de material compuesta de agua, suelos, rocas, vegetaciones, etc. movilizadas abruptamente de las partes altas, debido a diversos fenómenos naturales”.*
- 42 *De la normativa técnica aprobada por el MTC en el marco de sus competencias y que resulta aplicable al Contrato de Concesión, se advierte que esta contiene dos definiciones diferentes, una para derrumbe y otra para huayco, estableciendo características y requisitos particulares en cada caso, lo cual impide que ambos términos se consideren similares desde el punto de vista técnico y por ende, contractual. Por el contrario, equiparar ambos conceptos implicaría una transferencia de riesgos en el Contrato de Concesión, del Concesionario al Concedente, debido a que este último tendría que asumir mayores costos a los previstos expresamente en el Contrato, por la atención de emergencias viales.*
- 43 *De conformidad con el marco contractual y legal expuesto, es claro que solo en caso se produzca una Emergencia Vial que califique técnicamente como un derrumbe en los términos establecidos en el Glosario de Términos citado, y este resulte ser mayor a 200 m3, el Concedente asumirá los costos que excedan dicha magnitud, en aplicación de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión. De no producirse este supuesto, el costo deberá ser asumido por el Concesionario porque así lo dispone el Contrato de Concesión.*
- 44 *No se ha evidenciado la existencia de duda, oscuridad o ambigüedad alguna en lo regulado en el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión; por lo tanto, resulta Improcedente la solicitud de interpretación presentada por la Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. – DEVIANDES.*



⁴ Sobre el particular, el mencionado Informe señala que, el Concesionario cuenta con una “Póliza de Obras Civiles Terminadas”, bajo la póliza N° 3351-500051, la misma que tiene Cobertura Todo Riesgo de Obras Civiles Terminas (Forma Munichener), incluyendo pero no limitando, entre otros: “Riesgo de la Naturaleza (avalanchas, aluviones y deslizamientos)”, “Crecida de Ríos y Desbordamiento de causes”, “Hundimiento del terreno, corrimiento de tierra, caída de rocas u otros movimientos de la tierra”, “Heladas, aludes hielo”, “Remoción de escombros”.

V. DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES⁵

20. El Concesionario solicitó que se interprete el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión, en el sentido que: *“todo evento denominado “huayco o huaico” que se deposite y afecte la transitabilidad de la vía debe ser atendido bajo la atención de “derrumbe” como una emergencia Vial según la Cláusula 7.7 del Contrato de Concesión”*.
21. El Concesionario fundamenta su posición, sobre la base de los siguientes principales argumentos:
- La GSF no ha admitido expedientes de atención de emergencia presentados por el Concesionario alegando que estos abarcan la atención de un “huaico” y no de un “derrumbe”, por lo que los costos de estos no pueden ser asumidos por el Concedente. En tal sentido, el Concesionario sostiene que la GSF tiene una interpretación insuficiente porque se limita a interpretar literalmente la palabra “derrumbe”, sin dar una justificación técnica ni efectuar un análisis integral.
 - De la definición del término “huaico” contenida en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) y del Glosario de Términos de Uso Frecuente en los Proyectos de Infraestructura Vial (“Glosario de Términos”) del MTC se desprende que para que un evento natural sea considerado “huaico” existen dos condiciones: i) el volumen de rocas transportado debe estar compuesto de una masa enorme (lodo y/o rocas) y, ii) debe efectuar un recorrido que va depositando materiales hasta desembocar al río, que si es muy grande podría originar el desbordamiento de un río; mientras que la definición de derrumbe se materializa solamente en la acción y efecto de derrumbar. Entonces, según una interpretación integral, el derrumbe forma parte del proceso del huayco cuando este se desprende de la altura de los Andes y ha efectuado un recorrido hasta el cauce del río. En ese sentido, el Concesionario indica:

“Es preciso señalar, que un “derrumbe” es independiente de su origen, es un fenómeno natural donde la tierra se mueve, se cae o se desplaza, porque ha perdido su estabilidad en lugares montañosos (como hay en la carretera central). Básicamente, es el movimiento descendente de suelo, rocas, materiales orgánicos, etc., bajo el efecto de la gravedad. Cuando una masa de tierra, roca y escombros se desprende y baja por la pendiente (inclinación natural del suelo) o talud hasta encontrar un sitio plano, El “derrumbe” puede caer de forma rápida o lenta. [sic]

(...)

De una lectura sistemática del Contrato de Concesión”, el “derrumbe” (como acción) forma parte del proceso del “huayco o huaico” (evento natural que lo origina), que al ser transportado y depositado en la carretera desde las partes altas, es sin lugar a dudas un material producto de un “derrumbe”.”

- En ese sentido, afirma el Concesionario, un huayco constituye una Emergencia Vial que debe ser atendida dentro de los alcances de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión, pues el origen de un huayco trae consigo el derrumbe de materiales, por lo que, si dicho desprendimiento y precipitación de masas obstaculiza el libre tránsito aplica dicha cláusula en todos sus extremos, por ello el Concesionario lo atiende como una Emergencia Vial.

⁵ Esta sección resume los argumentos expresados por las partes tanto dentro del procedimiento de interpretación que concluyó con la emisión del Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN, así como dentro del procedimiento iniciado a partir de la presentación del Recurso de Reconsideración por parte del Concesionario.

- El Concesionario indica que si se basa en la interpretación literal de la GSF, en la que solo deberían ceñirse a la atención de Emergencias Viales producto de un “derrumbe”, en el cual no entra el término “huaico”, no quedaría claro de quien sería la obligación de la atención del “huaico” que no es considerado un “derrumbe”.
- Asimismo, en su Recurso de Reconsideración, el Concesionario concluye que: *“de acuerdo a la definición del Glosario de Términos del MTC, Huaico es un tipo de movimiento de masa (flujo) que, al caer abruptamente desde las partes altas, en la carretera central impide el libre flujo vehicular constituyéndose en una particularidad de un “derrumbe”.”*
- Por otro lado, el Concesionario argumenta en su Recurso de Reconsideración que el Informe Conjunto carecería de motivación suficiente. En esa línea, afirma que la posición expresada en el Informe Conjunto estaría sustentada en base *“a lo definido literalmente en el Glosario de Términos de Uso Frecuente en los Proyectos de infraestructura Vial, sin realizar un sustento técnico y análisis detallado que pueda describir o diferenciar que “derrumbe” no es originado como consecuencia de un “huaico””.*

22. Por su parte, el Concedente sustentó su posición, sobre la base de los siguientes principales argumentos:

- Es notorio que los conceptos de “huaico” y “derrumbe” son distintos, siendo que el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 solo acoge el concepto de “derrumbe” para que los costos de eliminación puedan ser asumidos por el Concedente. En ese sentido, no es posible que los costos de eliminación de los materiales provenientes de los huaicos sean aplicables a la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión.



- Posteriormente, en el desarrollo de su posición respecto al Recurso de Reconsideración planteado por el Concesionario, el Concedente indicó que una eventual interpretación en línea con lo propuesto por el Concesionario conllevaría a una reasignación de riesgos en el Contrato de Concesión, distinta a la originalmente establecida, en ese sentido, afirmó:

“(…) pretender equiparar los conceptos [de “huaico” y “derrumbe”] a fin de que el Concedente asuma los costos generados por todos los eventos de la naturaleza, como son los Huaicos, implicaría y/o conllevaría la reasignación de riesgos del esquema de la Concesión, trasladándole al Concedente mayores riesgos que han sido atribuidos al Concesionario y vienen siendo compensados a través de la recaudación del Peaje (…)”.

- Asimismo, el Concedente precisó que el Contrato de Concesión ya habría dispuesto la cobertura de riesgos asociados a las Emergencias Viales, a través de la contratación de una póliza de seguros:

“(…) el Contrato de Concesión, prevé que el Concesionario asumirá diversos riesgos durante la etapa o periodo de vigencia de la Concesión, y los mitigará con la contratación de diversas pólizas de seguros. Así, por ejemplo, en el literal c) de la cláusula 12.3 del citado Contrato, se establece que el Concesionario se encuentra obligado a contratar una Póliza sobre los bienes en operación, la cual deberá de cubrir, entre otros, todos los daños generados en la vía concesionada por eventos de la naturaleza”.



- Por otro lado, el Concedente indicó que el Recurso de Reconsideración interpuesto debe ir sustentado con la presentación de una nueva prueba aportada por el recurrente. En ese sentido, el MTC afirma que el Concesionario ha desarrollado su posición exponiendo los mismos argumentos que en los escritos anteriores referentes a su solicitud de interpretación.

VI. ANÁLISIS

23. El presente informe abordará y evaluará los siguientes puntos:
- Análisis Jurídico:
 - De la admisibilidad del recurso de reconsideración.
 - Análisis de los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes.
 - De la divergencia de criterios entre las partes.
 - De las leyes y disposiciones aplicables.
 - De las definiciones de “huaico” y “derrumbe”.
 - De la asignación de riesgos en el Contrato de Concesión.
 - De la supuesta falta de motivación del Informe Conjunto.
 - Sobre los documentos referidos por el Concesionario en su Recurso de Reconsideración.
 - Análisis Técnico:
 - De la ocurrencia de huaicos y derrumbes en el Área de la Concesión
 - Consideraciones adicionales

A. Análisis Jurídico

A.1 De la admisibilidad del Recurso de Reconsideración

24. El artículo 217⁶ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (“TUO LPAG”), prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del Recurso de Reconsideración, el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.

25. En este punto es relevante notar que, conforme a lo establecido artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (“REGO”)⁷, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, las

⁶ “Artículo 217.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación”.

[El subrayado es nuestro]

⁷ Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.

interpretaciones de los contratos de concesión que efectúa el Consejo Directivo de OSITRAN en el marco de sus competencias se dan en única instancia administrativa. En ese sentido, conforme a la normatividad indicada en el punto anterior, no se requerirá la presentación de una nueva prueba para la presentación de un recurso de reconsideración contra tales actos administrativos.

26. De acuerdo con lo establecido en el artículo 235 del TUO LPAG⁸, el término para la interposición del recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles.
27. Al respecto, dado que el Acuerdo materia de impugnación fue notificado a DEVIANDES el 14 de junio de 2018, el plazo que tenía para presentar su Recurso de Reconsideración vencía el 06 de julio. En ese sentido, en vista de que el Concesionario presentó dicho recurso el 05 de julio de 2018, subsanándolo el día 06 de julio, éste debe admitirse a trámite.
28. Sin perjuicio de ello, debe precisarse que la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad no representa conformidad alguna sobre la exposición de los hechos y la fundamentación jurídica contenida en el Recurso de Reconsideración, que serán evaluados en las siguientes secciones del presente Informe.

A.2 Análisis de los argumentos jurídicos esgrimidos por las Partes

A.2.1 De la divergencia de criterios entre las Partes

29. Conforme se indicó en el Informe Conjunto, el segundo párrafo del artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN ("REGO"), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, prevé que la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, como se indicó en el referido informe, se interpreta un contrato de concesión ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.
30. En este contexto, tenemos que, por un lado, el Concesionario solicita que se interprete el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión, en el sentido que *"todo evento denominado "huayco o huaico" que se deposite y afecte la transitabilidad de la vía debe ser atendido bajo la atención de "derrumbe" como una emergencia Vial según la Cláusula 7.7 del Contrato de Concesión"*. Para ello, en su solicitud el Concesionario afirmó:

"Es preciso señalar, que un "derrumbe" es independiente de su origen, un fenómeno natural donde la tierra se mueve, se cae o se desplaza, porque ha perdido su estabilidad en lugares

⁸ "Artículo 235. Impugnación

235.1 *Contra la resolución final recaída en un procedimiento trilateral expedida por una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica, solo procede la interposición del recurso de apelación. De no existir superior jerárquico, solo cabe plantear recurso de reconsideración:*

235.2 *La apelación interpuesta deberá ser interpuesta ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días de producida la notificación respectiva. (...)*

235.4 *Con la absolución de la otra parte o vencido el plazo a que se refiere el artículo precedente, la autoridad que conoce de la apelación podrá señalar día y hora para la vista de la causa que no podrá realizarse en un plazo mayor de diez (10) días contados desde la fecha en que se notifique la absolución de la apelación a quien la interponga.*

235.5 *La administración deberá emitir resolución dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de realización de la audiencia.*

montañosos (como hay en la carretera central). Básicamente, es el movimiento descendente de suelo, rocas, materiales orgánicos, etc., bajo el efecto de la gravedad. Cuando una masa de tierra, roca y escombros se desprende y baja por la pendiente (inclinación natural del suelo) o talud hasta encontrar un sitio plano, El “derrumbe” puede caer de forma rápida o lenta.

(...)

De una lectura sistemática del Contrato de Concesión”, el “derrumbe” (como acción) forma parte del proceso del “huaico o huaico” (evento natural que lo origina), que al ser transportado y depositado en la carretera desde las partes altas, es sin lugar a dudas un material producto de un “derrumbe”.”

31. Asimismo, en su Recurso de Reconsideración, el Concesionario concluye que: “de acuerdo a la definición del Glosario de Términos del MTC, Huaico es un tipo de movimiento de masa (flujo) que, al caer abruptamente desde las partes altas, en la carretera central impide el libre flujo vehicular constituyéndose en una particularidad de un “derrumbe”.”
32. Por su parte, el Concedente sustentó su posición inicialmente basándose en que “huaico” y “derrumbe” son conceptos distintos, por lo que no sería posible que los costos de eliminación de los materiales provenientes de un huaico sean aplicables a la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión. Posteriormente, el Concedente complementó esta posición argumentando que:

“(…) pretender equiparar los conceptos (de “huaico” y “derrumbe”) a fin de que el Concedente asuma los costos generados por todos los eventos de la naturaleza, como son los Huaicos, implicaría y/o conllevaría la reasignación de riesgos del esquema de la Concesión, trasladándole al Concedente mayores riesgos que han sido atribuidos al Concesionario y vienen siendo compensados a través de la recaudación del Peaje (…)”.

A.2.2 De las Leyes y Disposiciones Aplicables

33. La cláusula 1.8.22 del Contrato de Concesión⁹ establece que mediante el Contrato de Concesión el Concesionario “se obliga a ejecutar las Obras, conservar dichos bienes y prestar una serie de servicios destinados a los usuarios del Tramo 2 de IIRSA Centro, de acuerdo a lo que establezca el Contrato de Concesión y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes y Disposiciones Aplicables.”[El subrayado es nuestro]
34. Con relación al término “Leyes y Disposiciones Aplicables”, observamos que la cláusula 1.8.55 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

1.8.55 Leyes y Disposiciones Aplicables.

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente de conformidad con su ley de creación; las que serán de observancia obligatoria para las Partes.”

[El subrayado es nuestro]

35. De lo indicado precedentemente, podemos señalar lo siguiente:

⁹ Contrato de Concesión:

1.8.22 Concesión

Es la relación jurídica de Derecho Público que se establece entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, mediante la cual, el CONCEDENTE otorga al CONCESIONARIO el derecho a explotar los Bienes de la Concesión, y por la cual éste se obliga a ejecutar las Obras, conservar dichos bienes y prestar una serie de servicios destinados a los usuarios del Tramo 2 de IIRSA Centro, de acuerdo a lo que establezca el Contrato de Concesión y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

- (i) El Contrato de Concesión dispone expresamente que las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión se aplicarán con sujeción a las normas que **pueda dictar** cualquier entidad gubernamental.
- (ii) En vista de ello, y conforme lo han referido también las partes, corresponde que la obligación dispuesta por el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión se aplique en concordancia con lo dispuesto en el Glosario de Términos emitido por el MTC, lo que implica que lo señalado en dicha norma sirva para determinar el significado de determinados conceptos de relevancia contractual, cuando estos no están definidos por el Contrato de Concesión.
- (iii) De otro lado, como se verá en el siguiente acápite, si bien el Glosario de Términos se emitió en el año 2008, el mismo fue modificado en los años 2013 y 2018. Al respecto, teniendo en cuenta lo literalmente establecido por la cláusula 1.8.55¹⁰, el análisis del cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión deberá efectuarse teniendo en consideración la versión vigente a la fecha del Glosario de Términos.

A.2.3 De las definiciones de “huaico” y “derrumbe”

36. Sobre el particular, adicionalmente al significado corriente de estos términos en la lengua española¹¹, se tiene que el Glosario de Términos, en sus diferentes versiones, ha establecido las siguientes definiciones:

Glosario de Términos 2008 ¹²	Glosario de Términos 2013 ¹³	Glosario de Términos 2018 ¹⁴
<p>DERRUMBE: <u>Desprendimiento y precipitación</u> de masas de tierra y piedra, obstaculizando el libre tránsito de vehículos <u>por la carretera.</u> [El subrayado es nuestro]</p>	<p>DERRUMBE: <u>Desprendimiento y precipitación</u> de masas de tierra y piedra, obstaculizando el libre tránsito de vehículos <u>por la carretera.</u> [El subrayado es nuestro]</p>	<p>DERRUMBE: <u>Desprendimiento y precipitación</u> de masas de tierra y piedra <u>sobre la carretera</u>, obstaculizando el libre tránsito de vehículos. [El subrayado es nuestro]</p>



¹⁰ Contrato de Concesión:
1.8.55 Leyes y Disposiciones Aplicables.
Es el conjunto de disposiciones legales ... que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental.
[El subrayado es nuestro]



¹¹ Real Academia Española. Disponible en: <http://www.rae.es/>
“Huaico
Del quechua wayq'u.
1. m. Perú. Masa enorme de lodo y peñas que las lluvias torrenciales desprenden de las alturas de los Andes y que, al caer en los ríos, ocasionan su desbordamiento.”

“Derrumbe
1. m. Acción y efecto de derrumbar.
2. m. despeñadero (|| precipicio).”



“Derrumbar
Del lat. *derupāre, de rupes 'roca'.
1. tr. Precipitar, despeñar. U. t. c. prnl. U. t. en sent. fig.
2. tr. Derribar, demoler una construcción o parte de ella. U. t. c. prnl.”

¹² Aprobado por Resolución Ministerial N° 660-2008-MTC-02, del 27 de agosto de 2008.

¹³ Aprobado por Resolución Directoral N° 018-2013-MTC/14 del 14 de junio de 2013.

¹⁴ Aprobado por Resolución Directoral N° 02-2018-MTC/14 del 12 de enero de 2018.

<p>HUAICO: Gran masa de material compuesta de suelos, rocas, vegetaciones, etc. <u>movilizadas abruptamente</u> de las partes altas debido a diversos fenómenos naturales. Esta masa así movilizada, en su recorrido, adquiere la consistencia de un lodo aluviónico pesado y destructor que, al llegar a un río próximo se disipa. Este fenómeno, en términos internacionales corresponde a la definición de flujo aluviónico o simplemente aluvión, siendo una característica típica de ciertas rocas blandas (arcillas, margas) o de ciertas rocas duras con un alto grado de alteración.</p> <p>[El subrayado es nuestro]</p>	<p>HUAICO: Gran masa de material compuesta de suelos, rocas, vegetaciones, etc. <u>movilizadas abruptamente</u> de las partes altas debido a diversos fenómenos naturales. Esta masa así movilizada, en su recorrido, adquiere la consistencia de un lodo aluviónico pesado y destructor que, al llegar a un río próximo se disipa. Este fenómeno, en términos internacionales corresponde a la definición de flujo aluviónico o simplemente aluvión, siendo una característica típica de ciertas rocas blandas (arcillas, margas) o de ciertas rocas duras con un alto grado de alteración.</p> <p>[El subrayado es nuestro]</p>	<p>HUAICO: Gran masa de material compuesta de <u>agua</u>, suelos, rocas, vegetaciones, etc. <u>movilizadas abruptamente</u> de las partes altas, debido a diversos fenómenos naturales.</p> <p>[El subrayado es nuestro]</p>
--	--	--

37. Sobre el particular, podemos señalar lo siguiente:

- (i) El Glosario de Términos, en todas sus versiones, ha diferenciado los conceptos de “huaico” y “derrumbe”.
- (ii) A la fecha de suscripción del Contrato de Concesión (Setiembre 2010) ya se encontraba vigente el Glosario de Términos 2008, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 660-2008-MTC-02 del 27 de agosto de 2008. El referido Glosario de Términos distinguía claramente entre los términos de “huico” y “derrumbe” y como parte de las Leyes y Disposiciones Aplicables era vinculante para las Partes en lo que fuera aplicable.
- (iii) La definición de “huaico” establecida en el Glosario de Términos del año 2018, contiene una precisión (respecto de sus versiones de los años 2008 y 2013), al indicarse expresamente como un elemento clave de su definición el “**agua**”, elemento que de alguna manera ya se encontraba comprendido en el segundo párrafo de las definiciones de “huaico” del Glosario de Términos correspondientes a los años 2008 y 2013 pues en los mismos se hablaba de “**lodo**”.
- (iv) La definición de “derrumbe” permanece prácticamente inalterada desde la primera versión del Glosario de Términos.
- (v) La definición de “huaico” empleada en las distintas versiones del Glosario de Términos, es un concepto que se caracteriza por una “movilización abrupta” de material compuesto por agua, suelos, rocas, vegetaciones, entre otras. Es fundamental notar que el componente que hace posible la referida “movilización abrupta” del material sólido es el agua.
- (vi) Por su parte, la definición de “derrumbe” empleada en las distintas versiones del Glosario de Términos, es un concepto que se caracteriza por ser “un desprendimiento y precipitación de masas de tierra y piedra”.



A.2.4 De la asignación de riesgos en el Contrato de Concesión

38. En el Informe N° 02, "Análisis y Asignación de Riesgos Actualizado. Concesión del Tramo 2 de la Carretera IIRSA Centro", de mayo de 2010¹⁵, se indica en su página 19 lo siguiente:

"Los subtramos – particularmente el sub tramo Puente Ricardo Palma - La Oroya - se encuentran en una zona con constantes precipitaciones, lo que incrementa el riesgo de derrumbes que interrumpen el tránsito vehicular. Este riesgo es compartido entre el Concesionario y el Concedente. Por aquellos derrumbes que impliquen movimiento de tierras por más de 200 metros cúbicos, será el Concedente quien asuma los gastos por el excedente.

[El subrayado es nuestro]

39. Como puede observarse, el citado informe se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el último párrafo de la cláusula 7.7, ratificándose que el riesgo de derrumbes que interrumpa el tránsito vehicular es un riesgo compartido, en la medida que es el Concedente quien asume los gastos cuando se presenten casos de derrumbes mayores a 200m³, asumiéndolo solo por el exceso.
40. En ese sentido, si las partes al momento de la suscripción del referido contrato hubieran decidido incluir, subsumir uno dentro de otro y/o equiparar ambos eventos, "huaico" y "derrumbe", ampliando los supuestos extraordinarios que permiten trasladar el riesgo de Emergencias Viales parcialmente del Concesionario al Concedente, debieron haberlo indicado así expresamente¹⁶.

¹⁵ Que obra a folios 305 en adelante del libro blanco.

¹⁶ En este contexto, un antecedente relevante sobre la asignación de riesgos relacionada con la ocurrencia de huaicos, proviene del proyecto predecesor de la presente Concesión. En efecto, entre los años 2003 a 2007, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN condujo el proceso de promoción denominado "Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de las Obras y el Mantenimiento de la Infraestructura de Transporte del Eje Multimodal del Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de la Infraestructura Sudamericana - IIRSA" ("Proyecto Predecesor", en: <https://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaPopUp.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=3433>). Este proyecto, incluía lo que es hoy el Área de Concesión.

En la versión final del contrato de concesión del Proyecto Predecesor, en la cláusula equivalente a la Emergencias Viales, denominada en dicho contrato "Mantenimiento de Emergencia", se listaba a los derrumbes, deslizamientos, huaycos menores, entre otros, como eventos que con magnitud mayor a la cotidiana es previsible que se produzcan durante la temporada de lluvias". Tal y como ha sido establecido en el caso de las Emergencias Viales para el Contrato de Concesión, el contrato del Proyecto Predecesor establecía que el concesionario sería quién debía asumir a su costo la limpieza y habilitación de la transitabilidad de la vía y la reparación de los daños menores provocados por dichos eventos:

"MANTENIMIENTO DE EMERGENCIA

7.7. En caso que sucediera una situación que requiera Mantenimiento de Emergencia, el CONCESIONARIO realizará bajo su costo, las labores que sean necesarias para recuperar la transitabilidad de la vía en el menor plazo posible, conforme a lo indicado en el Anexo I, siempre que la geografía lo permita, para lo cual deberá utilizar los bienes y equipos que a la fecha de la ocurrencia tenga utilizando en otros sectores del Tramo Vial. El CONCESIONARIO deberá dar cuenta al CONCEDENTE con copia al REGULADOR de las medidas tomadas, o de su imposibilidad para implementar medidas de emergencia por las condiciones geográficas presentadas un plazo no mayor de dos (02) Días Calendario de verificada la emergencia.

Las situaciones que corresponden a Mantenimiento de Emergencia son aquellas que sin llegar a ser catalogados como Eventos Catastróficos dificultan o impiden la transitabilidad de la carretera, ponen en riesgo la seguridad de los usuarios, la estabilidad de la infraestructura vial y sus elementos complementarios. Entre estas situaciones están comprendidas las que con magnitud mayor a la cotidiana es previsible que se produzcan durante la temporada de lluvias (derrumbes, deslizamientos, huaycos menores, inundaciones, rellenos de cauces, socavaciones de obras de arte y protección ribereña) que no signifiquen un daño severo o importante de la infraestructura. El CONCESIONARIO deberá asumir a su costo la limpieza y habilitación de la transitabilidad de la vía y la reparación de los daños menores (actividades que no exceden a las contempladas para el Mantenimiento Rutinario), disponiendo oportunamente de los recursos de mano de obra y equipos asignados al proyecto y ubicados estratégicamente a lo largo de la carretera para la inmediata atención y solución de la situación de emergencia que se presente."

[El resaltado es nuestro]



41. Asimismo, debe tenerse en cuenta lo señalado por el literal f) de la Cláusula 3.1 del Contrato de Concesión, disposición que establece lo siguiente:

**CAPÍTULO III: EVENTOS A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO
DECLARACIONES DEL CONCESIONARIO**

3.1. El CONCESIONARIO declara y garantiza al CONCEDENTE que, a la Fecha de Suscripción del Contrato, las siguientes declaraciones son ciertas, correctas y completas. Asimismo, reconoce que la suscripción del Contrato por parte del CONCEDENTE, se basa en las siguientes declaraciones:

(...)

f) Limitación de responsabilidad

Que el CONCESIONARIO ha basado su decisión, incluyendo la de elaborar, determinar y presentar la Propuesta Técnica, Propuesta Económica y suscribir el presente Contrato, en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entrevistas y otros. En consecuencia, el MTC, PROINVERSION, los asesores y el Estado de la República del Perú o cualquier dependencia de este, no garantizan, ni expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad, o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos de, o dentro del Concurso.

En consecuencia, no se podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en esta Cláusula.

La limitación antes enunciada alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al Concurso que fuera efectivamente conocida, a la información no conocida y a la información que en algún momento debió ser conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos, por el MTC, PROINVERSION, los asesores y el Estado de la República del Perú o cualquier dependencia de éstos. Del mismo modo dicha limitación de responsabilidad alcanza a toda información, sea o no suministrada o elaborada, directa o indirectamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas.

La limitación de responsabilidad alcanza también a toda la información general alcanzada por PROINVERSIÓN, documentos de mercadeo, así como la proporcionada a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiera durante las visitas a la Sala de Datos, y la que se menciona en las Bases, incluyendo todos sus Formularios, Anexos y Apéndices.

[El subrayado es nuestro]

Como puede observarse, esta declaración de debida diligencia, implica que el Concesionario conocía, o debía conocer, además de las Leyes y Disposiciones Aplicables, los antecedentes técnicos de la infraestructura que iba a tener a su cargo, lo que incluye la eventual incidencia

Al respecto, es claro que las disposiciones de la versión final del contrato de concesión del Proyecto Predecesor no vinculan a las partes del Contrato de Concesión bajo análisis. Sin embargo, la referencia a dicho contrato es clave, en tanto nos indica dos aspectos relevantes que inciden en el análisis del alcance del cuarto párrafo de la cláusula 7.7. del Contrato de Concesión.

El primer aspecto relevante es que desde mucho antes de la suscripción del Contrato de Concesión, era evidente que la ocurrencia de huaicos en el Área de Concesión eran situaciones que se presentaban "con mayor magnitud a la cotidiana", es decir, de ocurrencia común, durante la época de lluvias. En ese sentido, como se desarrollará en la sección correspondiente al análisis técnico de la presente controversia, la ocurrencia recurrente de huaicos en determinados puntos del Área de Concesión era a su vez un aspecto conocible por parte del Concesionario al momento de entrar en la relación contractual con el MTC; y, más importante aún, las consecuencias de estos eventos no estaban comprendidas dentro de la excepción establecida en el cuarto párrafo de la cláusula 7.7. del Contrato de Concesión, en tanto esta se limitaba a la ocurrencia de "derrumbes".

El segundo aspecto relevante es que las denominaciones de "huaico" y "derrumbe" no se utilizaban en el contexto contractual como vocablos intercambiables, o subsumidos uno dentro de otro. Por el contrario, cuando se deseaba establecer alguna consecuencia contractual para su ocurrencia, se les mencionaba expresamente.

de fenómenos de la naturaleza como los huaicos. Máxime si la ocurrencia de tales eventos era usual en el Área de Concesión

A.2.5 De la supuesta falta de motivación del Informe Conjunto

42. El Concesionario argumenta en su Recurso de Reconsideración que el Informe Conjunto carecería de motivación suficiente¹⁷. Así, el Concesionario afirma que la posición expresada en el Informe Conjunto estaría sustentada en base “a lo definido literalmente en el Glosario de Términos (...) sin realizar un sustento técnico y análisis detallado que pueda describir o diferenciar que “derrumbe” no es originado como consecuencia de un “huaico””. [El subrayado es nuestro]

43. Al respecto, de la revisión de los fundamentos desarrollados en el Informe Conjunto¹⁸, podemos señalar lo siguiente:

(i) Los numerales 41 a 44 del Informe Conjunto, contienen los argumentos centrales de la declaratoria de improcedencia objeto de impugnación:

41 *Conforme al Glosario de Términos del MTC, norma aplicable al presente caso de conformidad con la cláusula 1.8.55 [Leyes y Disposiciones Aplicables] del Contrato de Concesión, un derrumbe es “un desprendimiento y precipitación de masas de tierra y piedra sobre la carretera, obstaculizando el libre tránsito de vehículos”, mientras que un huaico es “una gran masa de material compuesta de agua, suelos, rocas, vegetaciones, etc. movilizadas abruptamente de las partes altas, debido a diversos fenómenos naturales”.*

42 *De la normativa técnica aprobada por el MTC en el marco de sus competencias y que resulta aplicable al Contrato de Concesión, se advierte que esta contiene dos definiciones diferentes, una para derrumbe y otra para huayco, estableciendo características y requisitos particulares en cada caso, lo cual impide que ambos términos se consideren similares desde el punto de vista técnico y por ende, contractual. Por el contrario, equiparar ambos conceptos implicaría una transferencia de riesgos en el Contrato de Concesión, del Concesionario al Concedente, debido a que este último tendría que asumir mayores costos a los previstos expresamente en el Contrato, por la atención de emergencias viales.*

43 *De conformidad con el marco contractual y legal expuesto, es claro que solo en caso se produzca una Emergencia Vial que califique técnicamente como un derrumbe en los términos establecidos en el Glosario de Términos citado, y este resulte ser mayor a 200 m3, el Concedente asumirá los costos que excedan dicha magnitud, en aplicación de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión. De no producirse este supuesto, el costo deberá ser asumido por el Concesionario porque así lo dispone el Contrato de Concesión.*

44 *No se ha evidenciado la existencia de duda, oscuridad o ambigüedad alguna en lo regulado en el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión; por lo tanto, resulta Improcedente la solicitud de interpretación presentada por la Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. – DEVIANDES.*

(ii) Como puede observarse, la declaratoria de improcedencia se basa principalmente en que el Glosario de Términos ha establecido diferentes definiciones de huaico y derrumbe, motivo por el cual no existiría duda o ambigüedad respecto de lo regulado en el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión. En ese sentido, y sin perjuicio del análisis que se realiza en el presente informe, se considera que el Informe Conjunto no adolece de motivación insuficiente, en tanto que las premisas jurídicas y



¹⁷ Numerales 2.3 a 2.13 del escrito s/n “Recurso de Reconsideración”, recibido el 05 de julio de 2018.

¹⁸ Numeral 19 en adelante.

fácticas que sustentan sus conclusiones han sido desarrolladas de manera lógica y estructurada.

44. Asimismo, en el contexto del Recurso de Reconsideración presentado por el Concesionario, coincidimos con lo expresado con MORÓN¹⁹, en el sentido que una eventual apreciación distinta del superior jerárquico no constituye una causal de nulidad del acto administrativo. En esa línea, el referido autor afirma que, si existe únicamente una discrepancia de la autoridad superior con la motivación de la primera instancia (en el presente caso, al ser instancia única, estaríamos ante el caso de una apreciación distinta del mismo Consejo Directivo), corresponde estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado y no declarar la nulidad del acto y reenviarlo a la primera instancia para nueva decisión.

A.2.6 Sobre los documentos referidos por el Concesionario en su Recurso de Reconsideración

45. El Concesionario sustenta técnicamente los argumentos expuestos en su Recurso de Reconsideración en dos documentos: i) el Manual para la Evaluación de Riesgos Originados por Fenómenos Naturales 02 Versión, elaborado por el Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres²⁰ ("CENEPRED"); y, ii) la Guía para la Evaluación de Amenazas (2007) para la Región Andina²¹. En tales documentos, afirma el Concesionario, se puede concluir que los diferentes tipos de movimientos de masa al caer en la vía interrumpiendo el flujo vehicular se constituyen en "derrumbes".

46. Al respecto, es pertinente notar que los documentos indicados en el punto anterior no forman parte de las *Leyes y Disposiciones Aplicables*, conforme a lo definido en el Contrato de Concesión²², por cuanto carecen de carácter normativo teniendo sólo una naturaleza informativa y referencial.

47. Así, tanto el Manual para la Evaluación de Riesgos Originados por Fenómenos Naturales 02 Versión, elaborado por el CENAPRED, organismo público ejecutor del Sector Defensa; así como el documento: "Movimientos en Masa en la Región Andina: Una Guía para la Evaluación de Amenazas", publicado en la página web del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET, entidad del Sector Energía y Minas, son documentos de trabajo que al carecer de carácter normativo no tienen relevancia contractual para efectos del presente procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión.

B. Análisis Técnico:

B.1 De la ocurrencia de huaicos y derrumbes en el Área de la Concesión

48. Los "huaicos" son productos de lluvias en las alturas de los Andes, que se encauzan en las quebradas. Los primeros aluviones (huaycos) traen mayor material de arrastre, transcurren por

¹⁹ Morón Urbina, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444", 12va. Edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2017. p. 240.

Disponibles en: http://www.cenepred.gob.pe/web/wp-content/uploads/Guia_Manuales/Manual-Evaluacion-de-Riesgos_v2.pdf

²¹ El nombre correcto del documento referido es: "Movimientos en Masa en la Región Andina: Una Guía para la Evaluación de Amenazas". Disponible en: <http://www.ingemmet.gob.pe/documents/73138/442884/GuiaEvaPeligros.pdf>

²² "1.8.55 *Leyes y Disposiciones Aplicables*

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente de conformidad con su ley de creación; las que serán de observancia obligatoria para las Partes."

las quebradas y los badenes construidos para tales fines. En el caso específico del Área de Concesión, tal como lo ha informado INDECI, a partir de la información identificada por el INGEMMET están plenamente identificadas las zonas que sufren algún tipo de riesgos antes huaicos, derrumbes y otros eventos similares.

49. En los puntos específicos del Área de Concesión donde transcurren los huaicos, estos atraviesan la vía con sus badenes, desembocan en el río, no hay poblaciones en el curso de la quebrada por donde recorre el huaico. Los eventos de Emergencia Vial derivados de huaicos son inmediatos a las precipitaciones pluviales (lluvias), su frecuencia y ocurrencia tiene relación directa con las lluvias.
50. En donde están identificadas las quebradas con sus badenes en puntos específicos del Área de Concesión, han ocurrido huaicos de menor magnitud tanto antes como después de la suscripción del Contrato de Concesión. En el caso excepcional de la ocurrencia del Fenómeno del Niño Costero del año 2017, ocurrieron huaicos de magnitud mayor.
51. De la revisión efectuada, **las zonas donde pueden ocurrir huaicos están definidas e identificadas dentro del Área de Concesión**, las mismas que cuentan con badenes de concreto, con la excepción de la progresiva 38+500 a 39+500. En la siguiente fotografía se puede apreciar la construcción de un Baden de concreto por el cual fluye el huaico.

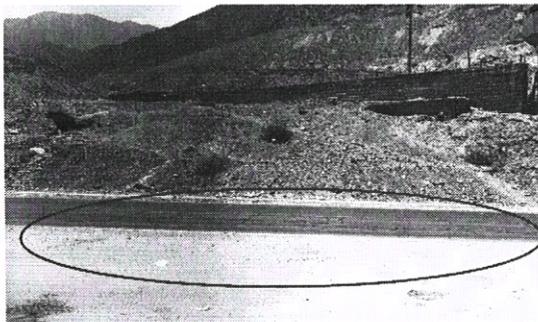


Foto N° 01
Quebrada Corcona
Baden de concreto;
Km 49+325 al Km
49+425, por donde
fluye el Huaico



52. El material de arrastre de un "huaico", que residualmente pudiese interrumpir la carretera, no puede considerarse como un "derrumbe", en tanto que dicho material fue conducido por el lodo y/o agua, componente esencial de un "huaico", no de un "derrumbe". En ese sentido, los usos y costumbres de la Ingeniería Civil y la práctica en el desarrollo de infraestructura vial en este tipo de geografías permiten distinguir perfectamente entre dichos eventos.



En efecto y como se abordó líneas arriba, huaico y derrumbe no es los mismo. A continuación, se grafica la diferencia de un Típico Derrumbe versus un Típico Huaico:



Foto N° 02
TÍPICO DERRUMBE



Foto N° 03
TIPICO HUAICO



C. Consideraciones adicionales:



53. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 24 del TUO de la LPAG, en el documento de notificación del acto administrativo que resuelve la reconsideración deberá cuidarse de mencionar lo siguiente:

- (i) El pronunciamiento que resuelve el Recurso de Reconsideración agota la vía administrativa, en concordancia con lo dispuesto por el literal a) del numeral 2 del artículo 226 del TUO de la LPAG²³.
- (ii) El pronunciamiento que resuelve el Recurso de Reconsideración, se ha dictado en ejecución de la competencia administrativa de OSITRAN, atribuida por el literal e del inciso 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en



TUO de la LPAG:

"Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

226.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa (...)"

Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley de OSITRAN)²⁴, razón por la cual tiene como vía de reclamo la vía administrativa y no la arbitral, en concordancia con lo establecido en el numeral 81.1 del artículo 81 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF (Reglamento de la Ley de APPs)²⁵.

VII. CONCLUSIONES

54. La asignación de riesgos en el Contrato de Concesión, para los casos de Emergencias Viales, ha sido diseñada estableciendo que los costos de la atención de las Emergencias Viales son asumidos por el Concesionario, ya sea directamente o a partir de pólizas de seguro contratadas para tal fin. La excepción a esta regla está limitada para el caso de derrumbes mayores a 200 m³, cuyo excedente será asumido por el Concedente. Ha sido objeto del procedimiento de interpretación, y del presente, el determinar si los “huaicos” que se depositen y afecten la transitabilidad de la vía deban ser atendido como “derrumbes”, en el marco del desarrollo de una Emergencia Vial.
55. Al momento de la suscripción del Contrato de Concesión (Setiembre de 2010), ya estaba vigente una versión del Glosario de Términos (2008) que distinguía entre “huaico” y “derrumbe”. El Glosario de Términos, como parte de las Leyes y Disposiciones Aplicables al Contrato de Concesión, es una disposición de observancia obligatoria para las partes, y los conceptos en ella contenidos tienen relevancia contractual, en tanto estos no han sido definidos por el Contrato de Concesión.
56. Desde el punto de vista técnico, el material de arrastre de un “huaico”, que residualmente pudiese interrumpir la carretera, no puede considerarse como un “derrumbe”, en tanto que dicho material fue conducido por el lodo y/o agua, componente esencial de un “huaico”, no de un “derrumbe”. En ese sentido, los usos y costumbres de la Ingeniería Civil y la práctica en el desarrollo de infraestructura vial en este tipo de geografías permiten distinguir perfectamente entre dichos eventos, tal como se evidencia en las fotos N° 02 y N° 03 del presente informe.
57. El análisis técnico, respaldado por la información proporcionada por INDECI, ha demostrado que las zonas de ocurrencia de huaicos en puntos específicos dentro del Área de Concesión están plenamente identificadas y era conocibles por el Concesionario a la suscripción del Contrato de Concesión. Esto demuestra que cuando dicho contrato fue redactado en su versión final, la



²⁴ Ley de creación de OSITRAN:

“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.

(...)”

²⁵ Reglamento de la Ley de APPs:

Artículo 81.- Intervención del Organismo Regulador

81.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

[El subrayado es nuestro]

ausencia del término "huaico" y la permanencia del término "derrumbe", en el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión no fue una situación casual.

58. Tal como fue indicado en el Informe N° 014-18-GSF-GAJ-OSITRAN, y en línea con la asignación de riesgos establecida en el Contrato de Concesión, es que la cláusula 12.3 del mismo, relativa a las clases de pólizas de seguro que el Concesionario debe tomar y mantener en el marco del referido contrato, dispone que uno de estos seguros deberá ser "sobre bienes en operación", el mismo que se encuentra descrito en el literal c) de la referida cláusula y donde se señala expresamente que este seguro "servirá para cubrir los costos derivados de una Emergencia Vial". Asimismo, dicha cláusula exige que la cobertura de tal póliza incluya la posible ocurrencia de "eventos de la naturaleza", como es el caso, por ejemplo, de un huayco.
59. En conclusión, los riesgos relacionados a las Emergencias Viales son de cargo del Concesionario. La única excepción establecida para dicha asignación de riesgos es la establecida en el cuarto párrafo de la Cláusula 7.7 ("Para casos de derrumbes mayores a 200m³ por cada evento, los que excedan este máximo, serán asumidos por el CONCEDENTE"). Dado el carácter excepcional de esta disposición, la misma no puede aplicarse extensivamente al caso de los "huaicos" sin trastocar la asignación de riesgos original del Contrato de Concesión.
60. En virtud de los argumento jurídicos y técnicos expuestos en el presente informe se considera que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C., contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN

VIII. RECOMENDACIONES

61. Se recomienda elevar el presente informe al Consejo Directivo a fin que, de considerarlo pertinente, declare INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado por Desarrollo Vial de los Andes S.A.C., contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2106-639-18-CD-OSITRAN.

Atentamente,



JORGE HERNÁN ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)



FREDY SAN ROMAN LUNA
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

Reg. Sal. GSF-GAJ N° 44563-18
Ref. HT 16714 y H.T. 16879-18



OSITRAN
GERENCIA GENERAL
Vial B°
PROVEIDO N° :
PARA : SCD GERENTE GENERAL
ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 05/12/18
887-2018-66