



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo



Firmado por:  
ZAMBRANO  
COPELLO Rosa  
Veronica FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/07/2019  
12:38:57 -0500

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0033-2019-CD-OSITRAN

Lima, 10 de julio de 2019

### VISTOS:

El Recurso de Reconsideración presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN; Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y el Informe Conjunto Complementario N°101-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), emitidos por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización; y,

### CONSIDERANDO:

Que, el 27 de setiembre de 2010, el Estado Peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y DEVIANDES S.A.C., suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya - Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco.

Que, mediante Oficio N° 3450-2018-MTC/25 de fecha 06 de agosto de 2018, el Concedente presentó al Regulador una solicitud de interpretación de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, a fin que el Consejo Directivo determine si la compensación del Concedente a favor del Concesionario por los montos dejados de recaudar en la unidad de peaje debido a eventos de fuerza mayor, se efectúa a partir de la fecha en que se inició la suspensión de la obligación de cobro de peaje, o una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses previsto en dicha cláusula.

Que, mediante Oficio N° 3553-2018-MTC/25 de fecha 13 de agosto de 2018, el Concedente presentó una solicitud de interpretación de las cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, a efectos que el Consejo Directivo aclare y/o precise el mecanismo de compensación establecido en el Contrato de Concesión, por los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una Unidad de Peaje no instalada por causa de un evento de fuerza mayor.

Que, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, y en base a lo recomendado en el Informe Conjunto N° 026-2018-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), el Consejo Directivo de OSITRAN resolvió:

**“ARTÍCULO 1.- DISPONER la ACUMULACIÓN de las solicitudes de interpretación del Contrato de Concesión del Tramo 2 de la IIRSA Centro, presentadas por el Concedente a través de los Oficios N° 3450-2018-MTC/25 y N° 3553-2018-MTC/25.**

**ARTÍCULO 2.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 formulada por el Concedente a través del Oficio N° 340-2018-MTC-25, respecto del plazo a partir del cual el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.**

**ARTÍCULO 3º.- INTERPRETAR únicamente el alcance del último párrafo de la Cláusula 9.1 solicitada, a través del Oficio N° 3553-2018-MTC/25, por el Concedente con el objeto de que se precise el mecanismo de compensación de los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una unidad de peaje que no está en explotación, originado por un evento de fuerza mayor, en los términos siguientes:**

**“El último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión establece que el Concedente deberá pagar los montos que deje de recaudar el**

Visado por: MEJIA CORNEJO  
Juan Carlos FIR 08271955 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/07/2019 10:25:34 -0500

Visado por: JARAMILLO TARAZONA  
Francisco FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/07/2019 10:07:24 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI  
Humberto Luis FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/07/2019 09:59:51 -0500



Calle Los Negocios 182, piso 2  
Surquillo - Lima  
Central Telefónica: (01) 500-9330  
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

*Concesionario, luego de transcurrido los 6 meses de la suspensión de la obligación de explotación del peaje.*

*Al respecto, teniendo en cuenta que toda disposición de recursos públicos por parte de las entidades del Estado, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debe efectuarse acorde a las normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público, dicho marco normativo resultará aplicable al Contrato de Concesión en virtud de la cláusula de Leyes y Disposiciones Aplicables”.  
(...)”*

*[Subrayado en el original]*

Que, el MTC presentó Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, a través el Oficio N° 0022-2019-MTC/25.

Que, mediante escrito 2019-10-0072 el Concesionario presentó su posición en relación al Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concedente.

Que, con fecha 13 de marzo de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización emitieron el Informe Conjunto N° 0036-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en el cual recomiendan declarar infundado el Recurso de Reconsideración.

Que, el Consejo Directivo del OSITRAN determinó a través del Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN, entre otros, reiterar al Ministerio de Economía y Finanzas la consulta formulada en el Oficio N° 042-2019-GG-OSITRAN del 12.02.2019 y encargar a la administración la contratación de una consultoría jurídica.

Que, el 8 de mayo de 2019 se emitió el Informe N° 0059-2019-GAJ-OSITRAN a fin de informar al Consejo Directivo el avance del pedido efectuado en el Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN.

Que, en la sesión ordinaria N° 672-2019-CD-OSITRAN del 05 de junio de 2019, se presentó ante el Consejo Directivo el Informe Conjunto N° 0076-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), que analiza el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sobre el cual el Consejo Directivo solicitó realizar precisiones.

Que, con fecha 3 de julio de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización presentaron el Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), recomendando declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Que, el 8 de julio de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización emitieron el Informe Conjunto Complementario N°101-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF).

Que, de acuerdo a lo señalado en el Informe Conjunto Complementario N°101-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en la etapa de concurso del proyecto “Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, Puente Ricardo Palma-La Oroya-Huancayo y La Oroya – Dv Cerro de Pasco”, con relación a las obligaciones financieras a cargo del Estado contenidas en el proyecto de Contrato de Concesión, el Ministerio de Economía y Finanzas únicamente emitió opinión respecto del IMAG (Informe N° 083-2010-EF/67.01 e Informe N° 127-210-EF/67.01).



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Que, luego de deliberar sobre el contenido del Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y del Informe Conjunto Complementario N°101-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), el Consejo Directivo ha considerado conveniente efectuar la precisión establecida en el artículo 2 de la presente Resolución.

Que, asimismo, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF); de igual forma, respecto del Informe Conjunto Complementario N°101-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe en tanto no se opongan a lo señalado en el párrafo precedente.

Por lo expuesto, en virtud a las facultades establecidas en el artículo 7, numeral 7.1, literal e) de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN y el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Extraordinaria N° 676-2019-CD-OSITRAN;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1.-** Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.

**Artículo 2.-** Precisar que para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, como consecuencia de eventos de fuerza mayor contenidos en el Contrato de Concesión, es requisito observar el cumplimiento de los procedimientos administrativos pertinentes, para lo cual cualquiera de las partes deberá recurrir a los mecanismos de solución de controversias pactados en el contrato o evaluar la suscripción de una adenda.

**Artículo 3.-** Notificar la presente Resolución, el Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y el Informe Conjunto Complementario N°101-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a DEVIANDES S.A.C, para los fines pertinentes.

**Artículo 4.-** Publicar la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

**Artículo 5.-** Difundir la presente Resolución, el Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) y el Informe Conjunto Complementario N°101-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) en el Portal Institucional de OSITRAN ([www.ositran.com.pe](http://www.ositran.com.pe))

Regístrese y comuníquese,

**VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO**  
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019054571



## **INFORME CONJUNTO N° 0092-2019-IC-OSITRAN**

### **GAJ-GSF**

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

De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

**HUMBERTO LUIS SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.  
*Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya - Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco*

Referencia : a) Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN  
b) Informe N° 0059-2019-GAJ-OSITRAN  
c) Informe del Consultor del 29.05.2019  
d) Informe N° 0076-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF)

Fecha : 25 de junio de 2019

 Firmado por:  
SHEPUT STUCCHI  
Humberto Luis FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma  
Digital  
Fecha: 25/06/2019  
17:29:30 -0500

 Firmado por:  
JARAMILLO  
TARAZONA  
Francisco FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 25/06/2019  
18:44:13 -0500

## **I. OBJETO**

1. Emitir opinión respecto del recurso de reconsideración interpuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 026-2018-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en el extremo consignado en el artículo 3° de la referida resolución, que dispuso interpretar el alcance del último párrafo de la Cláusula 9.1 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**

2. 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. Que, mediante Oficio N° 3450-2018-MTC/25 de fecha 06 de agosto de 2018, el Concedente presentó al Regulador una solicitud de interpretación de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, a fin de que el Consejo Directivo determine si la compensación del Concedente a favor del Concesionario por los montos dejado de recaudar en la unidad de peaje debido a eventos de fuerza mayor, se efectúa a partir de la fecha en que se inició la suspensión de la obligación de cobro de peaje, o una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses previsto en dicha cláusula.
4. Mediante Oficio N° 3553-2018-MTC/25 de fecha 13 de agosto de 2018, el Concedente presentó al Regulador una solicitud de interpretación de las cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, a fin de que el Consejo Directivo aclare y/o precise el mecanismo de compensación establecido en el Contrato de Concesión, por los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una Unidad de Peaje no instalada por causa de un evento de fuerza mayor.
5. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, y en base a lo recomendado en el Informe Conjunto N° 026-2018-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), notificada a las partes el día 07 de diciembre de 2018, mediante el Oficio Circular N° 034-2018-SCD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN resolvió:

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ  
Antonio Michael FIR 09461356 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 25/06/2019 17:06:05 -0500

**“ARTÍCULO 1.- DISPONER la ACUMULACIÓN de las solicitudes de interpretación del Contrato de Concesión del Tramo 2 de la IIRSA Centro, presentadas por el Concedente a través de los Oficios N° 3450-2018-MTC/25 y N° 3553-2018-MTC/25.**

**ARTÍCULO 2.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 formulada por el Concedente a través del Oficio N° 340-2018-MTC-25, respecto del plazo a partir del cual el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.**

**ARTÍCULO 3º.- INTERPRETAR únicamente el alcance del último párrafo de la Cláusula 9.1 solicitada, a través del Oficio N° 3553-2018-MTC/25, por el Concedente con el objeto de que se precise el mecanismo de compensación de los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una unidad de peaje que no entre en explotación, originado por un evento de fuerza mayor, en los términos siguientes:**

*“El último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión establece que el Concedente deberá pagar los montos que deje de recaudar el Concesionario, luego de transcurrido los 6 meses de la suspensión de la obligación de explotación del peaje.*

*Al respecto, teniendo en cuenta que toda disposición de recursos públicos por parte de las entidades del Estado, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debe efectuarse acorde a las normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público, dicho marco normativo resultará aplicable al Contrato de Concesión en virtud de la cláusula de Leyes y Disposiciones Aplicables”*

*(...)”*

*[Subrayado en el original]*

6. Mediante el Oficio N° 0022-2019-MTC/25 presentado el día 02 de enero de 2019, el MTC presentó un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.
7. Con el Oficio N° 0001-19-GAJ-OSITRAN, recibido el 04 de enero de 2019, OSITRAN corrió traslado del recurso de reconsideración presentado por el Concedente mediante el Oficio N° 0022-2019-MTC/25.
8. A través del Oficio N° 0198-2019-MTC/25, presentado el día 16 de enero de 2019, el MTC solicitó audiencia para realizar un informe oral ante el Consejo Directivo en el marco del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.
9. Mediante escrito 2019-10-0072 recibido el día 17 de enero de 2019, el Concesionario presentó su posición en relación al recurso de reconsideración interpuesto por el Concedente contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN. Asimismo, en dicha comunicación el Concesionario solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN poder hacer uso de la palabra para sustentar su posición.
10. Mediante los Oficios N° 0027 y 0028-2019-SCD-OSITRAN, notificados el día 30 de enero de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN citó al Concedente y al Concesionario, respectivamente, a tener audiencia para hacer uso de la palabra frente al Consejo Directivo de OSITRAN para el día 06 de febrero de 2019.
11. Conforme a lo programado, el día 06 de febrero de 2019, tanto el MTC como DEVIANDES hicieron uso de la palabra frente al Consejo Directivo.
12. Mediante Oficio N° 042-2019-GG-OSITRAN, notificado el 12 de febrero de 2019, la Gerencia General de OSITRAN trasladó a la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas (“MEF”), el pedido formulado en la sesión del Consejo Directivo N° 660-2019-CD-OSITRAN del 23 de enero de 2019, el mismo que consiste en lo siguiente:

*“- Si el MEF en el momento de emitir opinión respecto del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA CENTRO: Puente Ricardo Palma – La Oroya – Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco, consideró como compromiso contingente el pago por parte del*

*concedente en caso de suspensión de la obligación de explotación del peaje según lo establecido en la cláusula 9.1 del Contrato del Tramo 2.*

*- De considerarse como compromiso contingente y ante la verificación del hecho que generó la obligación de pago por parte del Estado, podría considerarse que la concesión estaría deviniendo en una cofinanciada. De ser así, entendemos que el concedente debería asignar presupuesto público para el cumplimiento de dicha obligación.”*

13. Con fecha el 13 de marzo 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización emitieron el Informe Conjunto N° 0036-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en el cual recomiendan declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Ministerio de Transporte a través del Oficio N° 0022-2019-MTC/25 contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.
14. El 20 de marzo de 2019, el Consejo Directivo del OSITRAN determinó a través del Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN, entre otros, reiterar al Ministerio de Economía y Finanzas la consulta formulada en el Oficio N° 042-2019-GG-OSITRAN del 12.02.2019 y encargar a la administración la contratación de una consultoría jurídica, entre otras precisiones relacionadas a estos pedidos.
15. El 04 de abril de 2019, de conformidad con lo solicitado, mediante Oficio N° 071-2019-GG-OSITRAN se reiteró al Ministerio de Economía y Finanzas la consulta mencionada, sin embargo, hasta la fecha no ha remitido ninguna comunicación.
16. El 8 de mayo de 2019 se emitió el Informe N° 0059-2019-GAJ-OSITRAN a fin de informar al Consejo Directivo el avance del pedido efectuado en el Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN.
17. El 29 de mayo de 2019 se recibió el Informe del Consultor absolviendo las consultas formuladas en los términos de referencia de la orden de servicio N° 550-2019.
18. En la sesión ordinaria N° 672-2019-CD-OSITRAN se presentó ante el Consejo Directivo el Informe Conjunto N° 0076-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF); al respecto, el Consejo Directivo solicitó la realización de algunas precisiones, motivo por el cual se procede a emitir un nuevo Informe Conjunto.

## **ANÁLISIS**

19. El presente informe técnico-legal abordará y evaluará los siguientes puntos:

A.	De la admisibilidad del recurso de reconsideración
B.	Análisis de los argumentos expuestos por las partes
B.1	Sobre la inobservancia del principio de predictibilidad o de confianza legítima por parte de OSITRAN
B.2	Sobre la ausencia de opinión de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN
B.3	Sobre que el compromiso de asumir los montos dejados de recaudar en la unidad de peaje no fue considerado como un compromiso contingente durante la estructuración del Contrato de Concesión
B.4	Sobre la interpretación del Consejo Directivo del significado del término “asumir” como sinónimo de “pagar en efectivo”.
B.5	Consideraciones adicionales.

## A. De la admisibilidad del recurso de reconsideración

20. El artículo 219<sup>1</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (“TUO de la 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.
21. Así, conforme a lo establecido en el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (“REGO”)<sup>2</sup>, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, las 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.
22. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 237 del TUO de la LPAG<sup>3</sup>, el término para la interposición del recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles. Al respecto, dado que la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, materia de impugnación, fue notificada al MTC el día 07 de diciembre de 2018, el plazo que tenía dicha entidad para presentar su recurso de reconsideración vencía el día 02 de enero de 2019. En ese sentido, en vista de que el Concesionario presentó dicho recurso el 02 de enero de 2019, éste debe admitirse a trámite.
23. En este punto, es relevante abordar lo mencionado por el Concesionario en el Segundo Otrosí de su escrito N° 2019-10-0072, en donde solicita se evalúe la procedencia de la admisibilidad del recurso presentado por el Concedente, en tanto que, en el cargo del recurso de reconsideración presentado por este, consta que el mismo fue presentado en el último día del plazo, esto es, el 02 de enero de 2019, a las 17:04 horas. Es decir, fuera del horario de atención de la mesa de partes de OSITRAN; por lo que, a criterio del Concesionario, correspondería que el documento se registre como ingresado el siguiente día útil.

---

<sup>1</sup> TUO de la LPAG:

**“Artículo 219.- 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]*

<sup>2</sup> Reglamento General de OSITRAN:

**“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.”*

<sup>3</sup> TUO de la LPAG:

**“Artículo 237. Impugnación**

*237.1 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:*

*237.2 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. (...)*

24. Al respecto, conforme a lo establecido en el numeral 6.1.1. de la Directiva de Gestión Documental de OSITRAN, aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 174-2018-GG-OSITRAN del 21 de diciembre de 2018, se tiene que el horario de atención para la recepción de documentos es de lunes a viernes de 9:00 a 17:00 horas. En este contexto, los numerales 4 y 5 del artículo 149<sup>4</sup> del TUO de la LPAG, establecen que el horario de atención de las entidades concluye con la prestación del servicio a la última persona compareciente dentro del horario hábil. Asimismo, los actos de naturaleza continua iniciados en hora hábil son concluidos sin afectar su validez después del horario de atención, salvo que el administrado consienta en diferirlos.
25. En ese sentido, conforme a lo establecido en los numerales 4 y 5 del TUO de la LPAG, es perfectamente posible que el registro de los documentos presentados por un administrado pueda ser efectuado en una hora posterior al horario de atención de la entidad, en tanto dicho administrado hubiese comparecido dentro del horario hábil. Por tanto, el hecho que el recurso de reconsideración presentado por el MTC haya sido registrado en el Sistema de Gestión Documentaria de OSITRAN luego de las 17:00, no es una situación que, por sí misma, pueda derivar en la declaración de inadmisibilidad de dicho recurso.
26. En ese sentido, conforme al análisis efectuado, el recurso de reconsideración planteado por el MTC debe admitirse a trámite. 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.

## **B. Análisis de los argumentos expuestos por las partes**

### **B.1 Sobre la inobservancia del principio de predictibilidad o de confianza legítima por parte de OSITRAN**

#### **Posición del Concedente**

27. El Concedente afirma que el pronunciamiento materia de impugnación, contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, no observaría el principio de predictibilidad o de confianza legítima en los actos administrativos, el mismo que se encuentra recogido en el numeral 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG<sup>5</sup>. El

---

<sup>4</sup> TUO de la LPAG:

**“Artículo 149. Régimen de las horas hábiles**

*El horario de atención de las entidades para la realización de cualquier actuación se rige por las siguientes reglas:*

- 1. Son horas hábiles las correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de la entidad, sin que en ningún caso la atención a los usuarios pueda ser inferior a ocho horas diarias consecutivas.*
- 2. El horario de atención diario es establecido por cada entidad cumpliendo un período no coincidente con la jornada laboral ordinaria, para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones de la ciudadanía. Para el efecto, distribuye su personal en turnos, cumpliendo jornadas no mayores de ocho horas diarias.*
- 3. El horario de atención es continuado para brindar sus servicios a todos los asuntos de su competencia, sin fraccionarlo para atender algunos en determinados días u horas, ni afectar su desarrollo por razones personales.*
- 4. El horario de atención concluye con la prestación del servicio a la última persona compareciente dentro del horario hábil.*
- 5. Los actos de naturaleza continua iniciados en hora hábil son concluidos sin afectar su validez después del horario de atención, salvo que el administrado consienta en diferirlos. Dicho consentimiento debe constar de forma indubitable.*
- 6. En cada servicio rige la hora seguida por la entidad; en caso de duda o a falta de aquella, debe verificarse en el acto, si fuere posible, la hora oficial, que prevalecerá.”*

<sup>5</sup> TUO de la LPAG:

**“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

Concedente basa esta afirmación en que el pronunciamiento dictado por OSITRAN “*no guarda correspondencia, ni razonabilidad, ni es consecuente*” con un criterio previamente aplicado por este Regulador en otro contrato de concesión.

28. Así, el Concedente refiere a los pronunciamientos emitidos por OSITRAN<sup>6</sup> relacionados al proyecto de la Red Vial N° 4<sup>7</sup>, mediante los cuales se resolvió suspender la obligación de cobro de la Tarifa en las Unidades de Peaje de la referida concesión, a consecuencia de la declaración de un evento de Fuerza Mayor; y, como consecuencia de ello, se opinó favorablemente respecto a la procedencia de la suspensión del plazo de la referida concesión.
29. Asimismo, el Concedente afirma que el contrato de concesión de la Red Vial N° 4 y el Contrato de Concesión, tienen la misma estructura y regulación en lo referente a la aplicación de los mecanismos de suspensión temporal de las obligaciones contractuales, así como respecto a la aplicación del mecanismo de suspensión del plazo de la concesión. En ese sentido, los pronunciamientos emitidos por OSITRAN a los que hace referencia el Concedente para el caso de la Red Vial N° 4 constituirían un precedente emitido por este Regulador.
30. Sobre el particular, el Concedente considera que dados los eventos de Fuerza Mayor declarados por OSITRAN en el marco del Contrato de Concesión, respecto a la imposibilidad del cobro de la Tarifa de la cuarta Unidad de Peaje y habiendo determinado ante ello la suspensión temporal de la obligación del cobro en dicha unidad de peaje, se advertiría la constitución de hechos semejantes a aquellos referidos en la Red Vial N° 4, y que ameritaron la opinión de OSITRAN de la procedencia de la suspensión del plazo de la concesión.

#### **Posición del Concesionario**

31. Con relación a lo expuesto por el Concedente respecto a la supuesta inobservancia del OSITRAN del principio de predictibilidad o de confianza legítima en el pronunciamiento impugnado, el Concesionario afirma que el contrato de concesión de la Red Vial N° 4, en lo que respecta a la regulación en caso de incumplimiento del concedente de su obligación de restablecer el orden social, no es susceptible de ser comparado con el Contrato de Concesión bajo análisis. Así, en el caso del contrato de concesión de la Red Vial N° 4, el restablecimiento del orden social es una obligación conjunta de las partes, mientras que en el Contrato de Concesión bajo comentario el restablecimiento del orden social es una obligación exclusiva del Concedente.
32. Asimismo, en el contrato de concesión de la Red Vial N° 4, es el concesionario quien debe agotar los esfuerzos para lograr cumplir su obligación de cobrar el peaje. En el caso del Contrato de Concesión de la IIRSA Centro Tramo II es el Concedente el obligado a agotar los esfuerzos para que el Concesionario pueda cumplir su obligación de cobrar el peaje. Del mismo modo, en el contrato de concesión de la Red Vial N° 4, si la oposición social persiste por más de 6 meses, el concedente debe declarar que existe una conmoción social, con lo cual el concesionario podrá

---

(...)

1.15. *Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.*

*Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*

*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.”*

<sup>6</sup> El Concedente hace referencia a la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0009-2018-GSF-OSITRAN y al Informe N° 00569-2018-JCRV-GSF-OSITRAN.

<sup>7</sup> Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4 (Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N).

hacer uso de los seguros correspondientes a dicha situación. Por su parte, en el Contrato de Concesión bajo comentario, se señala que será el Concedente quién asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.

33. En buena cuenta, y a partir de lo expresado por el Concesionario, el Regulador no habría incumplido el principio de predictibilidad, en tanto que los contratos de concesión de la Red Vial N° 4 y de la IIRSA Centro Tramo II no son equivalentes en su regulación de la materia bajo discusión, por lo cual, los pronunciamientos emitidos en la aplicación de la regulación establecida en el contrato de concesión de la Red Vial N° 4 de ninguna forma podrían constituirse en precedentes cuya inobservancia constituya una vulneración al principio de predictibilidad.

**Posición GAJ - GSF**

34. Para analizar la afirmación presentada por el Concedente, respecto a que la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN no habría observado el principio de predictibilidad, en tanto no habría seguido con un criterio previamente aplicado por este Regulador para el caso del contrato de concesión de la Red Vial N° 4, es fundamental determinar si el referido contrato de concesión tiene una regulación equivalente al Contrato de Concesión bajo análisis. En ese sentido, es esencial comparar la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, frente a la cláusula que regula una situación equivalente en el contrato de concesión de la Red Vial N° 4, esto es, la cláusula 9.5 del referido contrato:

Contrato de Concesión IIRSA Centro Tramo II - Cláusula 9.1	Contrato de Concesión de la Red Vial N° 4 – Cláusula 9.5
<p>9.1 El cobro de la Tarifa se efectuará a través de las unidades de peaje las cuales comenzarán a ser explotadas por el CONCESIONARIO en las fechas indicadas en la Cláusula 9.4.</p> <p>(...)</p> <p>En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un exento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, luego de la verificación por parte del <u>CONCEDENTE</u>, éste procederá a restablecer el orden social con el objetivo de permitir al CONCESIONARIO el cumplimiento de la obligación indicada.</p> <p>El CONCEDENTE deberá agotar esfuerzos para que el CONCESIONARIO pueda cumplir con la obligación antes mencionada y en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses, el</p>	<p>9.5 El cobro del Peaje se efectuará a través de las unidades de peaje las cuales comenzarán a ser explotadas por el CONCESIONARIO en las fechas indicadas en la Cláusula 9.8.</p> <p>(...)</p> <p>En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un evento de fuerza mayor de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, luego de la verificación por parte del <u>CONCEDENTE</u>, éste procederá en forma conjunta con el <u>CONCESIONARIO</u> a restablecer el orden social con el objetivo de permitir a éste el cumplimiento de la obligación indicada.</p> <p>El CONCESIONARIO deberá agotar esfuerzos para el cumplimiento de la obligación antes mencionada y en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses, el <u>CONCEDENTE</u> deberá declarar que existe una situación de conmoción social, con lo cual el</p>

<u>CONCEDENTE asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO.</u> [Subrayado agregado]	<u>CONCESIONARIO podrá hacer uso de los seguros correspondientes que cubran los riesgos asociados a esta conmoción.</u> [Subrayado agregado]
---	---

35. Al respecto, de la comparación efectuada se desprende que la regulación relativa a la asunción del riesgo en caso de imposibilidad de explotar las unidades de peaje debido a protestas sociales es distinta en cada uno de los contratos comparados. Así, y sin perjuicio de otras diferencias relevantes, el aspecto más resaltante es que, ante el caso que las resistencias sociales se prolonguen por más de seis (6) meses; en el caso de la Red Vial N° 4, se autoriza al Concesionario a hacer uso de los seguros correspondientes que cubran los riesgos asociados a dicha conmoción. Por su parte, en el caso del Contrato de Concesión de la IIRSA Centro Tramo II, como ya se ha desarrollado en extenso, será el Concedente quién asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario [en la unidad de peaje que el Concesionario se vea imposibilitado de explotar debido a actos de protestas sociales]. Dos consecuencias jurídicas distintas para supuestos de hecho similares.
36. Asimismo, los pronunciamientos del Regulador a los que hace referencia el Concedente no guardan relación con un evento en donde una unidad de peaje no pudo ser explotada por actos de protestas sociales, sino por eventos de la naturaleza que fueron declarados de Fuerza Mayor y que conllevaron a la suspensión del plazo de la Concesión. Así, es deber hacer notar que la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión de la IIRSA Centro Tramo II y la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 4, regulan un supuesto específico y particular, el cual es la imposibilidad de explotar una unidad de peaje por actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas. En el caso de los pronunciamientos emitidos por OSITRAN, referidos por el Concedente, no se presentó tal situación, tanto es así que no fue necesario remitirse a la referida cláusula 9.5 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 4.
37. En ese sentido, ante la diferencia en la regulación sobre la materia entre los contratos de concesión de la Red Vial N° 4 y de la IIRSA Centro Tramo II, no es posible que un administrado pudiese pretender, o tener la expectativa justificada de obtener, pronunciamientos equivalentes ante situaciones para la que las partes han dispuesto consecuencias jurídicas distintas. En ese sentido, no se puede considerar una vulneración al principio de predictibilidad la no aplicación de un criterio establecido en un contrato de concesión distinto, máxime, si la regulación que permitió la aplicación de dicho criterio no se encuentre reflejada en el contrato de concesión bajo análisis. Más aún, y remitiéndonos al antecedente específico planteado por el Concedente, cuando el criterio aplicado no guarda relación con la cláusula objeto de la interpretación que motivó el presente recurso impugnativo.

## **B.2 Sobre la ausencia de opinión de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN**

### **Posición del Concedente**

38. El Concedente afirma que, conforme a lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de OSITRAN<sup>8</sup>, es una obligación de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GREE) el emitir opinión respecto de las solicitudes de interpretación. Así, el comentar el numeral 5 del artículo 39 del ROF de OSITRAN<sup>9</sup>, el Concedente afirma que: "(...) *dicho Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, el cual, en lo referido a la*

<sup>8</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

<sup>9</sup> Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN:

**"Artículo 39.- Funciones de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos**

*Son funciones de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, las siguientes:*

(...)

*5. Emitir opinión respecto de las solicitudes de interpretación de las cláusulas de los contratos de concesión de oficio o a solicitud de parte;"*

*competencia de las distintas gerencias en los procedimientos de interpretación, no hace distinción, acota o circunscribe la competencia de cada gerencia de acuerdo con los temas afines a su naturaleza [sic].”*

39. En ese sentido, para el Concedente, siendo que el ROF de OSITRAN establece entre las competencias tanto de la GAJ<sup>10</sup> de la GSF<sup>11</sup> así como de la GREE, el emitir opinión respecto de las solicitudes de interpretación de las cláusulas de los contratos de concesión; entonces, todos los procedimientos de interpretación contractual que sean sometidos a este Regulador deberían contar con la opinión de las tres gerencias referidas anteriormente.
40. Asimismo, el Concedente profundiza su posición indicando que la participación de la GREE se encontraría “validada” dada la naturaleza económica de la interpretación. Siendo, asimismo, que la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión regula aspectos directamente relacionados a la tarifa, lo que a su vez tiene incidencia en aspectos financieros de la concesión, por lo que la necesidad de la GREE de emitir opinión en el procedimiento de interpretación se encontraría “*notoriamente dentro de la naturaleza de sus funciones*”. Por otro lado, el Concedente hace notar que la GREE participó, en el marco de sus funciones, en la opinión sobre la celebración del Contrato de Concesión, tal como consta en el Informe N° 008-10-GRE-GS-OSITRAN.
41. Finalmente, el Concesionario indica sobre este tema:

*“(…) desde el ámbito jurídico (además de la naturaleza de del [sic] tema) existe el mandato y por tanto la competencia para que Gerencia de Regulación y Estudios Económicos [sic] emita una opinión sobre las solicitudes de interpretación de cláusulas de los contratos de concesión, por lo que dicha opinión constituye un requisito para el pronunciamiento del del Consejo Directivo del OSITRAN. La falta de esta opinión podría generar un posible vicio que conlleve a una nulidad del presente procedimiento en una siguiente instancia administrativa [sic], más aún si además el tema bajo interpretación se encuentra notoriamente dentro de la ámbito de las. [sic]”<sup>12</sup>*

### **Posición del Concesionario**

42. Respecto a este punto, el Concesionario afirma que, si se siguiera el criterio propuesto por el Concedente, cada gerencia de OSITRAN referida (GSF, GREE, GAJ) debería emitir una opinión aun cuando la materia sometida a análisis no guarde relación con sus funciones y competencias, supuesto que resultaría contrario a los principios de eficiencia y simplicidad de los actos administrativos establecido en el TUO de la LPAG. En ese contexto, el Concesionario refiere a diversos pronunciamientos de interpretación emitidos por el Consejo Directivo de OSITRAN, respaldados en informes conjuntos de dos de las tres gerencias mencionadas, en donde el

---

<sup>10</sup> Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN:

**“Artículo 17.- Funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica**

*Son funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica, las siguientes:*

*(…)*

- 5. Emitir opinión sobre la interpretación de los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, incluida 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 - Metro de Lima y Callao, así como de otros asuntos de relevancia jurídica en los casos previstos en norma expresa;”*

<sup>11</sup> Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN:

**“Artículo 53.- Funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización**

*Son funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, las siguientes:*

*(…)*

- 9. Emitir opinión, en el marco de su competencia, sobre la celebración de contratos de concesión u otras modalidades de Asociación Público Privadas, sus renovaciones y modificatorias, así como emitir opinión sobre la interpretación de las cláusulas de los contratos y otras materias cuya opinión técnica corresponda ser emitida por el Consejo Directivo, en el marco de la normativa correspondiente;”*

<sup>12</sup> Página 12, numeral iii.2, del recurso de reconsideración presentado por el Concedente.

Concedente no cuestionó la falta de opinión de una de las gerencias de OSITRAN, como sí lo hace en el presente caso.

### Posición GAJ – GSF

43. Al respecto, el Reglamento General de OSITRAN<sup>13</sup> (REGO) ha desarrollado el ámbito de la función reguladora del OSITRAN, precisando en su artículo 16 que esta institución regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la Infraestructura, en virtud de un título legal o contractual, así como los Cargos de Acceso por la utilización de las Facilidades Esenciales. Asimismo, establece las reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y el establecimiento de los sistemas tarifarios que incluyan los principios y reglas para la aplicación de tarifas, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto.
44. Por su parte, el artículo 17<sup>14</sup> del REGO, indica que la GREE está encargada de conducir e instruir los procedimientos tarifarios. En este contexto, el artículo 38 del ROF de OSITRAN, indica que la GREE, *“es el órgano de línea responsable de proponer el sistema tarifario, de conducir e instruir los procedimientos tarifarios, así como de promover y dirigir estudios, investigaciones y publicaciones orientadas al fortalecimiento del sistema regulatorio en el ámbito de competencia del OSITRAN”*.
45. En ese sentido, cuando el numeral 5 del artículo 39 del ROF refiere que es una competencia de la GREE el *“emitir opinión respecto de las solicitudes de interpretación de las cláusulas de los contratos de concesión de oficio o a solicitud de parte”*, se refiere a aquellas solicitudes de interpretación que versen sobre materias de su competencia, esto es, de los aspectos tarifarios aplicables al Contrato de Concesión.
46. Esto nos lleva al siguiente argumento planteado por el Concedente, que afirma que siendo la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión una cláusula que regula aspectos tarifarios de la concesión, entonces, un pronunciamiento que se encuentre relacionado con dicha cláusula deberá contar con la opinión de la GREE.
47. Al respecto, es pertinente afirmar que si un pronunciamiento tiene relación con la tarifa resultará necesaria la opinión técnica de la GREE. Lo que no es exacto es que el tema bajo análisis, la interpretación del último párrafo de la Cláusula 9.1, sea de índole tarifario.
48. En ese sentido, cuando la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión declara que *“(…) el CONCEDENTE asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO”*, eminentemente está brindando una garantía al Concesionario en caso ocurra una situación en donde éste se vea imposibilitado de explotar la unidad de peaje debido a actos de protestas sociales. La garantía es que recibirá de parte del Concedente los referidos *montos* dejados de recaudar. Es decir, el último párrafo de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, objeto de la interpretación, hace referencia a una garantía de parte del Estado Peruano, por la que si el Concesionario no puede recaudar los montos (de dinero) que recaudaría si tal unidad de peaje estuviese operativa, recibirá una compensación equivalente de parte del Concedente. Como

---

<sup>13</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM.

<sup>14</sup> Reglamento General de OSITRAN:

**“Artículo 17.- Órgano competente para el ejercicio de la Función Reguladora**

*La función reguladora corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo del OSITRAN y se ejerce a través de Resoluciones. Para tal efecto, dicho órgano sustenta sus decisiones en los informes técnicos que emite la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, que está encargada de conducir e instruir los procedimientos tarifarios, y de la Gerencia de Asesoría Jurídica que tiene a su cargo la evaluación de los aspectos jurídicos relacionados al procedimiento tarifario. El ejercicio de esta función se sujeta a lo establecido por la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, así como por el Reglamento General de Tarifas que apruebe el Consejo Directivo del OSITRAN.”*

puede observarse, no nos encontramos frente a un aspecto tarifario, sino ante una garantía contractual.

49. Por otro lado, es importante abordar la afirmación efectuada por el Concedente, en relación a que “*dada la naturaleza económica de la interpretación*”, la participación de la GREE en el procedimiento de interpretación solicitado por el Concedente sería necesaria. En este punto, es claro que cuando el Concedente se refiere a la “*naturaleza económica de la interpretación*” se está refiriendo a la repercusión patrimonial que el resultado de dicho procedimiento implicaría para las partes. Si se entiende como de “*naturaleza económica*” a todo pronunciamiento que emita este Regulador que tenga repercusión patrimonial, y a partir de ello, la GREE tuviese que participar en todos los procedimientos relacionados con ello, probablemente dicha gerencia tendría que participar en todos o casi todos los procedimientos a cargo de la entidad. Algo que, evidentemente no se coincide con el diseño institucional reflejado con el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

### **B.3 Sobre que el compromiso de asumir los montos dejados de recaudar en la unidad de peaje no fue considerado como un compromiso contingente durante la estructuración del Contrato de Concesión**

#### **Posición del Concedente**

50. Respecto a este punto, el Concedente ha afirmado:

*“(…) el compromiso de asumir los montos dejados de recaudar en la unidad de peaje no fue considerado como un compromiso contingente durante la estructuración del Contrato de Concesión (como si fue considerado el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG) o Valor Contable Neto del Intangible (VCNI)), por lo que lo regulado en la cláusula 9.1 sobre “(…) el CONCEDENTE asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO”, no puede ser considerado como un compromiso de pago en efectivo. Para sustentar ello, el Concedente se basó en los pronunciamientos de Proinversión. MEF y CGR, recogidos en el Informe Previo N° 00045-2010-CG/SE, adjunto al Oficio N° 5130-2018-MTC/25, de fecha 19 de noviembre de 2018<sup>15</sup>.”*

51. Así, para el Concedente, a partir de los pronunciamientos de PROINVERSION, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República, emitidos en la etapa de estructuración del proyecto que derivó en la concesión, el tratamiento o la lectura que se hizo de la cláusula 9.1, no era el de un compromiso contingente; es decir, a criterio del MTC, las mencionadas entidades habrían entendido que dicha cláusula no representaba un compromiso de pago.

#### **Posición del Concesionario**

52. El Concesionario afirma que no cabe duda de que la obligación establecida en el último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión se trata de un compromiso contingente. Sin embargo, para el Concesionario, la omisión de la identificación y/o registro de dicha obligación no es oponible a este, en tanto la obligación no se vuelve ni más ni menos exigible, porque el Concedente la haya identificado o se haya olvidado de registrarla<sup>16</sup>.
53. Asimismo, para el Concesionario, en ninguno de los documentos referidos por el Concedente se llama la atención respecto a lo establecido en la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión. Así, el Concesionario sugiere que OSITRAN debería reprender al Concedente pues estaría quebrando el principio de buena fe procedimental.
54. De igual forma, el Concesionario refiere al Informe de Acción Simultánea N° 885-2018-CG/APP-AS dirigido a OSITRAN y remitido al Concedente mediante el Oficio N° 09079-2018-GSF-

---

<sup>15</sup> Página 12, numeral iii.2, del recurso de reconsideración presentado por el Concedente.

<sup>16</sup> Página 11, del numeral 3.6 de la Carta 2019-10-0072, presentada por el Concesionario.

OSITRAN, en donde la Contraloría General de la República, ante los conflictos sociales que impidieron la instalación de la cuarta unidad de peaje de Ticlio, indicó: “No se cuenta con documentación que evidencia que el Concedente haya agotado esfuerzos para solucionar el conflicto social lo que impide que el Concesionario cumpla con su obligación de operar la U.P. Ticlio. Esta situación podría generar el riesgo de no tener certeza respecto a los compromisos contingentes que asumirá el estado por el financiamiento de los montos que deje de recaudar el Concesionario”.

#### **Posición GAJ - GSF**

Respecto a los argumentos planteados por el Concesionario, debemos señalar lo siguiente:

55. Con relación al último párrafo de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, la Consultoría<sup>17</sup> ha evidenciado que, en la fase de estructuración<sup>18</sup> del proyecto se modificó el texto de esta cláusula con el objetivo de eliminar la incertidumbre ante una eventual persistencia de la resistencia social que impediría el cobro del peaje, estableciéndose que el Concesionario y Concedente compartirían el riesgo en momentos distintos (antes y después de los seis meses, respectivamente).

Así, a partir del Informe N° 2 del Consultor de la Estructuración del Proyecto, se modificó la Cláusula 9.1 primigenia, a fin de mejorar la asignación de riesgos del contrato; dicha redacción es la vigente a la fecha:

<b>Versiones del Contrato de fechas 06.11.2009, 21.12.2009 y 8.02.2010</b>	<b>Versión del Contrato del 29.03.2010, y actual Contrato de Concesión</b>
<p>“En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como evento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, luego de la verificación por parte del CONCEDENTE, éste procederá en forma conjunta con el CONCESIONARIO a reestablecer el orden social con el objetivo de permitir a éste el cumplimiento de la obligación indicada</p> <p>El CONCESIONARIO deberá agotar esfuerzos para el cumplimiento de la obligación antes mencionada y <u>en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses</u>, el CONCEDENTE deberá declarar que existe una situación de</p>	<p>9.1. “En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como evento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, luego de la verificación por parte del CONCEDENTE, éste procederá a reestablecer el orden social con el objetivo de permitir al CONCESIONARIO el cumplimiento de la obligación indicada</p> <p>El CONCEDENTE deberá agotar esfuerzos para que el CONCESIONARIO pueda cumplir con la obligación antes mencionada y <u>en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses</u>, el CONCEDENTE asumirá</p>

<sup>17</sup> Informe del Consultor que absuelve las consultas formuladas por OSITRAN en la orden de servicio 550-2019.

<sup>18</sup> Informe 2 del Consultor (primera versión del 30.03.2010), Versión del Contrato del 29.03.2010, Informe 4 del Consultor de PROINVERSIÓN, Informe 2 del Consultor (segunda versión del 27.05.2010), Versión del Contrato del 31.05.2010, Versión del Contrato del 18.06.2010 y la Versión del Contrato suscrito.

<p>conmoción social, con lo cual el <u>CONCESIONARIO podrá hacer uso de los seguros correspondientes que cubran los riesgos asociados a esta conmoción</u>”</p> <p>[Subrayado agregado]</p>	<p>los montos que deje de recaudar el <u>CONCESIONARIO</u>”</p> <p>[Subrayado agregado]</p>
---	---

56. En esa línea, el Informe 2 del Consultor<sup>19</sup> actualizado, de fecha 27.05.2010, señala:

*“En el cuarto año de la concesión se tiene prevista la implementación de una caseta de peaje adicional. Así como la reubicación de las tres casetas originales. La entrada de esta nueva caseta podría originar las protestas de la población, que podría incluso atentar contra la infraestructura de esta nueva caseta, e incluso de las ya existentes, ocasionando la interrupción del servicio y la recaudación de la concesión. En este caso, el riesgo es compartido entre el Concesionario y el Concedente. En los primeros seis meses, el lucro cesante es asumido por el Concesionario (no recibe compensación alguna del Concedente), y posteriormente a este plazo, el lucro cesante debe ser compensado por el Concedente al Concesionario” [Subrayado agregado]*

Al respecto, queda claro que la obligación del Estado de asumir los montos dejados de percibir por el Concesionario, en la situación particular prevista en la Cláusula 9.1, fue establecida a fin de mejorar el perfil de riesgos del proyecto, y además fue prevista en términos de lucro cesante.

57. Lo establecido en el último párrafo de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión brinda una garantía al Concesionario en caso ocurra una situación en donde éste se vea imposibilitado de explotar la unidad de peaje debido a actos de protestas sociales. La referida garantía, que derivaría en un compromiso contingente, es que el Concesionario recibirá de parte del Concedente los referidos *montos* dejados de recaudar.

58. La Contraloría ha manifestado que el Concesionario tiene derecho a percibir un pago y que los montos dejados de recaudar constituyen compromisos contingentes que asumiría el Estado. Así, en el Informe de Acción Simultánea N° 885-2018-CG/APP-AS, elaborado por la Contraloría General de la República, respecto del proyecto IIRSA Centro Tramo 2, se indica en su página 14 que:

*... debe tenerse presente que la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión dispone que una vez transcurridos los seis (06) meses desde la ocurrencia del evento (,) el Concedente asumirá los montos que el Concesionario deje de recaudar ante la imposibilidad de explotar la UP Ticlio. Siendo así, y para mitigar el riesgo de que el Concedente asuma el referido pago a favor del Concesionario, es que la cláusula 9.1 señala que el Concedente debe agotar las acciones para que el Concesionario pueda cumplir su obligación de cobro de la tarifa de peaje.*

*Es importante indicar que si bien el Contrato de Concesión prevé el derecho [d]el Concesionario a percibir dichos ingresos una vez transcurridos seis (06) meses sin que se haya resuelto el conflicto social, es obligación del Concedente demostrar que viene efectuando las gestiones tendientes a controlar dicho conflicto. (...)*

[Subrayado y negritas agregado]

Y en la página 15:

*“En este sentido no se cuenta con documentación que evidencie que el Concedente haya agotado esfuerzos para solucionar el conflicto social lo que impide que el Concesionario cumpla con su obligación de operar la U.P. Ticlio. Esta situación podría generar el riesgo de no tener certeza respecto a los compromisos contingentes que*

<sup>19</sup> Informe N° 02 actualizado mayo 2010, Análisis y asignación de riesgos “Concesión del Tramo 2 de la carretera IIRSA Centro, página 19. (Asesor de Transacción TPC CONSULTING S.A. – QURSOR S.A.C. – LOGIC ENGENHARIA CONSULTIVA LTDA)

asumirá el Estado por el financiamiento de los montos que deje de recaudar el Concesionario”

[Subrayado y negritas agregado]

59. El párrafo 11.2 del artículo 11 del 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, norma vigente al momento de la suscripción del contrato estableció lo siguiente, con respecto a los compromisos firmes y contingentes:

**“Artículo 11.- Compromisos firmes y contingentes**

(...)

*11.2 Compromisos contingentes: Son las potenciales obligaciones de pago a cargo del Estado a favor del privado, correspondientes a las garantías que el primero haya otorgado a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada. Para fines de registro se tomará en cuenta sólo los compromisos contingentes cuantificables.”*

60. Como puede observarse, en el presente caso se cumplirían los elementos para que la mencionada obligación de pago se configure como un compromiso contingente: (i) ser una obligación de pago pues se asumen los montos dejados de percibir por el Concesionario a partir del sexto mes, conforme se ha analizado en el punto B.4 del presente Informe; (ii) se trata de una obligación a cargo del Estado en favor del Concesionario, pues es el Concedente quien asumiría la obligación de pago de los montos que deje de recaudar el Concesionario; (iii) dicha obligación constituye una garantía otorgada por el Estado en el mismo contrato (garantía no financiera) a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada; (iv) la obligación se encuentra explícitamente incluida en el contrato de concesión; y (v) la cláusula 9.1 considera riesgos propios del proyecto, como es el caso del riesgo de imposibilidad del cobro del peaje ante la ocurrencia de protestas sociales.
61. Con todo, debe tenerse en cuenta que con la suscripción del Contrato de Garantías<sup>20</sup> del 27.09.2010, el Estado garantizó al Concesionario las declaraciones, seguridades y obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión. Por ello, sostener que la garantía establecida en el último párrafo de la cláusula 9.1 no constituiría un pago, tal como lo sostiene el Concedente<sup>21</sup>, implicaría que no se cumple con el objeto del Contrato de Garantías, con la consecuente responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos contractuales.
62. Finalmente, con respecto al registro de los compromisos, el artículo 60 del Decreto Legislativo N° 1362, establece la obligación de la entidad titular del proyecto (MTC) de cuantificar el monto de los compromisos contingentes (por medio de los lineamientos del MEF), con el fin de incluirlos en el Registro de Compromisos administrado por el MEF. Al respecto, el marco normativo no establece que el no registro implique la invalidez o inexistencia de la obligación de pago.

#### **B.4 Sobre la interpretación del Consejo Directivo del significado del término “asumir” como sinónimo de “pagar en efectivo”.**

##### **Posición del Concedente**

63. El Concedente argumenta que el término “asumir” al que se refiere el último párrafo de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión no puede entenderse como sinónimo de “pagar”. Así, el Concedente indica que a lo largo del Contrato de Concesión el término “asumir” no representa por sí sólo la obligación de hacer un pago en efectivo. En ese contexto, cita como ejemplo la

<sup>20</sup> Contrato suscrito en el marco del Decreto Supremo N° 192-2010-EF del 11 de setiembre de 2010.

<sup>21</sup> Página 12, del numeral iii.2, del recurso de reconsideración presentado por el Concedente.

regulación de la Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión<sup>22</sup>, en donde se establece una garantía en favor del Concesionario relacionada con la aplicación de la Tarifa Diferenciada<sup>23</sup>. En dicha cláusula se establece que ninguna reducción en la recaudación de peaje ocasionada por la aplicación de la referida Tarifa Diferenciada por excederse al 3% (en relación a los ingresos totales anuales recaudados en las unidades de peaje), afectará *“bajo ningún concepto ni circunstancia al CONCESIONARIO. Todo exceso sobre dicho porcentaje será asumido y pagado por el CONCEDENTE”*.

A partir del ejemplo citado por el Concedente, este argumenta que la palabra “asumido” por si sola no implica un pago; es por ello que en la cláusula citada se agregó la palabra “pagado”, lo cual: *“no dejan lugar a que para el supuesto establecido en la cláusula 9.5 corresponda realizar un pago en efectivo [sic]”*.

64. Por otro lado, el Concedente afirma también que los compromisos contingentes que fueron establecidos en el Contrato de Concesión; esto es, el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG) y el Valor Contable Neto del Intangible (VCNI): *“son los únicos que expresan en su regulación contractual el término “pago”*, para ello, el Concesionario hace referencia a la literalidad de las cláusulas del contrato que regulan las referidas garantías, 10.2<sup>24</sup> y 16.9<sup>25</sup>, respectivamente.
65. Respecto a este punto, el Concedente concluye:

*(...) en nuestra posición existe una correlación en la redacción del Contrato de Concesión entre un compromiso contingente según la Ley y Reglamento de APP y el uso del término “pago”. En tal sentido, podemos afirmar que cuando el Contrato de*

---

<sup>22</sup> Contrato de Concesión:

*“9.5 Todos los Peajes serán reajustados en forma ordinaria por el CONCESIONARIO, a partir del 10 de enero del Año Calendario subsiguiente al incremento del peaje a Un y 50/100 Dólares Americanos (US\$ 1,50) en cada uno de los Sub Tramos. Este reajuste ordinario se realizará cada doce (12) meses a partir de la fecha indicada anteriormente, y se llevará a cabo de acuerdo al siguiente método de ajuste de Peajes:*

*(...)*

*El incremento de las Tarifas Diferenciadas en cada reajuste mantendrá la proporcionalidad en relación a la Tarifa.*

*En función a la información sobre la Tarifa Diferenciada proporcionada por el CONCEDENTE a la Fecha de Suscripción del Contrato, el CONCEDENTE se obliga a que la recaudación por las Tarifas Diferenciadas no genere un ingreso superior al tres por ciento (3%) en relación a los ingresos totales anuales recaudados en las unidades de peaje. Ninguna reducción en la recaudación de peaje ocasionada por la aplicación de la Tarifa Diferenciada por excederse al 3%, afectará bajo ningún concepto ni circunstancia al CONCESIONARIO. Todo exceso sobre dicho porcentaje será asumido y pagado por el CONCEDENTE.”*

- <sup>23</sup> Definida en el Contrato de Concesión como: *“(...) aquella tarifa especial otorgada por el MTC de acuerdo a los criterios y procedimientos vigentes”*.

<sup>24</sup> Contrato de Concesión:

*“10.2 El CONCEDENTE se compromete a asegurar al CONCESIONARIO, un nivel de ingresos mínimos anuales por Peaje, y durante el período que resulte menor entre: (i) Quince (15) años o, (ii) el plazo correspondiente al repago de la deuda, contados, en ambos casos, desde la fecha de aceptación de la totalidad de las Obras a cargo del CONCESIONARIO, conforme se indica en los párrafos siguientes.*

*El pago del IMAG en caso se active, se efectuará a través de fondos provenientes única y exclusivamente del CONCEDENTE conforme a lo establecido en la Cláusula 10.4.*

*(...)”*

<sup>25</sup> Contrato de Concesión:

*“16.19 En caso se produzca la resolución del Contrato por incumplimiento de cualquiera de las Partes o decisión unilateral del CONCEDENTE, para efectos de la valorización de Obras por Caducidad de la Concesión, se procederá de conformidad con el siguiente procedimiento:*

*(...)*

*El CONCEDENTE podrá optar por pagar el VCNI al CONCESIONARIO en un número de semestres menor al “n” indicado en la fórmula precedente, correspondiendo realizar el cálculo del CVCNI con el nuevo número de semestres elegido por el CONCEDENTE.”*

*Concesión estableció que determinadas cláusulas representaban un compromiso de pago, necesariamente utilizó el término “pago”, lo que configura por tanto un compromiso contingente según la normativa de APP vigente en la etapa de estructuración del Contrato de Concesión”.*

### **Posición del Concesionario**

66. El Concesionario argumenta que en la referencia que hace el Concedente a la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, en donde se indica “(...) *Todo exceso sobre dicho porcentaje será asumido y pagado por el Concedente*”, se ha utilizado el término “y pagado” con el propósito de enfatizar, pero ello no significa que en cada sección del contrato en que se haga referencia a una deuda o pérdida por el Concedente, si se hubiese omitido el sustantivo “pago” o alguna conjugación del verbo “pagar”, el Concedente haya quedado liberado de su obligación de dar una suma de dinero.
67. Para ejemplificar su posición, el Concesionario hace referencia a diversas cláusulas del Contrato de Concesión<sup>26</sup> en donde el término “asumir”, aún en ausencia del verbo “pagar” o el sustantivo “pago”, transmite por si solo la idea que el obligado debe pagar una suma de dinero.

---

<sup>26</sup> Así, el Concesionario hace referencia a secciones de las cláusulas 7.7; 12.8; 6.14-A; 9.1; y 18.13 (literal e), cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

*“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.”*

*“12.8.La contratación de pólizas de seguros por parte del CONCESIONARIO no disminuye la responsabilidad de éste, la misma que es atribuible a causas originadas con posterioridad a la Toma de Posesión efectuada en forma progresiva mediante la entrega parcial de bienes, por tanto el CONCESIONARIO continua sujeto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en este Contrato. Asimismo, durante la vigencia de la Concesión, el CONCESIONARIO será responsable de la correcta ejecución de las Obras, sin perjuicio de las funciones de dirección y control que correspondan al CONCEDENTE o al REGULADOR.*

*(...)*

*El CONCESIONARIO asumirá los costos de todo y cada uno de los deducibles y/o coaseguros que haya contratado en las pólizas de seguros requeridas.”*

*“6.14-A En el caso de las ampliaciones de plazo por causas imputables al CONCESIONARIO, este deberá asumir los mayores costos de Supervisión a los que eventualmente hubiere lugar.”*

*“9.1. El cobro de la Tarifa se efectuará a través de las unidades de peaje las cuales comenzarán a ser explotadas por el CONCESIONARIO en las fechas indicadas en la Cláusula 9.4.*

*(...)*

*La reubicación de las Unidades de peaje indicadas se realizará una vez que todas las Obras a cargo del CONCESIONARIO hayan sido concluidas y recepcionadas por el CONCEDENTE.*

*La ubicación exacta será coordinada con el CONCEDENTE.*

*Posteriormente, el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE podrán llegar a un acuerdo para modificar la ubicación de las unidades de peaje, para cuyo efecto el CONCESIONARIO deberá requerir la opinión previa del REGULADOR a la aprobación del CONCEDENTE, en cuyo caso el proponente de la modificación asumirá los costos necesarios.”*

*“18.13 Tanto para el Arbitraje de Conciencia a que se refiere el Literal a) de la Cláusula 18.12 como para el Arbitraje de Derecho a que se refiere el Literal b) de la Cláusula 18.12, ya sea en su modalidad internacional o nacional, se aplicarán por igual las siguientes disposiciones generales:*

*(...)*

68. Así, continúa el Concesionario, “los montos dejados de recaudar” no son otra cosa que dinero en efectivo no cobrado en las unidades de peaje. En ese sentido, la yuxtaposición de los términos “asumir” + “dinero”, implícitamente contiene la idea de pagar en dinero dicha cantidad. Asimismo, el Concesionario hace referencia que, en el presente caso tratándose de una obligación de dar a cargo del Concedente, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1132 del Código Civil que indica: “el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor”

#### **Posición GAJ – GSF**

69. En su escrito de impugnación, el Concedente ha tratado en todo momento de aislar el término “asumir” para indicar que dicha asunción podría hacerse con otras equivalencias o, que tal término empleado solo no puede derivar en una obligación de pago. Sin embargo, es fundamental no abordar el término “asumir” aisladamente.  
En efecto, cuando la cláusula 9.1 establece que *“el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario”*, se refiere a los montos no recaudados por la no instalación de la unidad de peaje. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la explotación de las unidades de peaje se concreta en el pago de la Tarifa que hacen los usuarios de la concesión, pago que hacen en efectivo. En ese sentido, *“los montos dejados de recaudar”* son montos de dinero. **El tiempo no se referencia en “montos”**.
70. El Concedente considera, tomando como referencia lo establecido en la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, que el término “asumir” por sí mismo no implica un pago, es por ello que en la cláusula a la que hace referencia se ha indicado *“asumir y pagar”*. Para el Concesionario, la referencia hecha por el Concedente es sólo un caso en donde la redacción del contrato tiene un énfasis especial; más ello no puede implicar que la referencia sola del término “asumir” en el Contrato de Concesión, no implica que no exista la obligación de hacer un pago de dinero, para ello cita diversas cláusulas del Contrato de Concesión en donde se hace solamente referencia a dicho término, y donde su aplicación lógica derivaría en un pago de dinero en efectivo.
71. Al respecto, es fundamental notar que el ejercicio interpretativo consiste eminentemente en descubrir la intención de las partes al momento de suscribir el contrato de concesión. Una interpretación sistemática de un contrato de concesión permite recurrir a otras cláusulas del contrato, más allá de la cláusula que se encuentre bajo análisis, con la intención de permitir descubrir de mejor forma la intención de las partes al situarnos en contexto. En ese sentido, cuando se trata de descubrir el alcance del término “asumir” en el contexto del último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, es válido remitirse a otras cláusulas del Contrato de Concesión, si ello nos va a permitir identificar una consistencia en el uso y alcance de los términos empleados.
72. En ese sentido, en esta parte del Informe debemos determinar si la conjunción “asumir y pagar” referida en la Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, tiene una consistencia tal que representa la regla en el Contrato de Concesión, y por tanto, a lo largo de dicho contrato cada vez que se quiso establecer una obligación de pago en efectivo, se indicó que algo se “asumiría y pagaría” o, en su defecto simplemente se “pagaría”. La visión contrapuesta, a determinar, es si lo consignado en la Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión es una redacción que contiene un énfasis aislado, por lo que dicha conjunción “asumir y pagar” no sería la regla a lo largo del Contrato de Concesión para establecer una obligación de pago de dinero en efectivo.

---

*e) Todos los gastos que irroque la resolución de una Controversia Técnica, No-Técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de una controversia, serán cubiertos por la Parte vencida. Igual regla se aplica en caso la Parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. En caso el procedimiento finalice sin un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado. Asimismo, en caso el laudo favoreciera parcialmente a las posiciones de las Partes, el Tribunal Arbitral decidirá la distribución de los referidos gastos.”*

73. Al respecto, de la revisión del Contrato de Concesión, y de los ejemplos consignados por las partes, resulta claro que existen cláusulas específicas del Contrato de Concesión en donde la sola referencia a “asumir” implica la obligación de pago de parte de la parte deudora de dicha obligación hacia la parte acreedora.
74. El caso más claro, y que además ha tenido una aplicación en la práctica, es el caso de lo establecido en el último párrafo de la Cláusula 7.7 del Contrato de Concesión. 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.***

[Subrayado y resaltado es nuestro]

75. En el referido caso, la sola referencia a que “los costos que excedan este máximo [200 m3 por cada evento], serán asumidos por el CONCEDENTE”. En ese sentido, el Concesionario ha informado a este Regulador, mediante documentos anexos a su Escrito N° 2019-10-0155, sobre determinados pagos efectuados a su favor por parte del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL, en el marco de emergencias viales por derrumbes mayores a 200m3 en aplicación de la referida Cláusula 7.7 del Contrato de Concesión. En los referidos casos, no se aprecia que el MTC o PROVIAS NACIONAL hubiese cuestionado la obligación de pago a favor del Concesionario, debido a que en la referida cláusula se ha consignado sólo una de las formas del verbo “asumir” y no se hizo referencia a “asumir y pagar” o solamente a “pagar”.
76. En ese sentido, y en lo que respecta a lo analizado en la presente sección, tenemos que el Contrato de Concesión no contiene una regla, ni expresa ni tácita, que disponga consistentemente a lo largo de su texto que la sola referencia a “asumir” no pueda representar la obligación de un pago en efectivo. Por el contrario, en la referencia para el caso de la Cláusula 7.7, ha sido el propio Concedente quien ha ejecutado obligaciones de pago derivadas de la aplicación de dicha cláusula cuando en la misma sólo consta una referencia al término “asumir”. Así, se concluye válidamente que las “obligaciones de asumir”, aun cuando no incluyan en forma literal el verbo “pagar”, se entienden como obligaciones de dar suma de dinero, en tanto involucren “costos”, “gastos” o montos”.
77. En este contexto, siendo que los montos que recaudaría el Concesionario en la unidad de peaje son montos de dinero en efectivo, se debe presumir que la compensación a recibir – la asunción- a la que se refiere el contrato cuando indica que “el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario”, deberá ser también en dinero en efectivo.

## **B.5 Consideraciones adicionales**

78. Un último aspecto material está relacionado con la afirmación hecha por el Concedente, en relación a que la interpretación emitida a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN “ha sido dada sin que el Consejo Directivo se pronuncie sobre el

*procedimiento para el reconocimiento del pago, más allá de las normas presupuestales vigentes*<sup>27</sup>.

79. Respecto a lo afirmado por el Concedente, es necesario indicar que los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, establece expresamente en su numeral 6.1 que: “en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión”. En ese sentido, excede a los fines del procedimiento de interpretación contractual, y del presente procedimiento derivado de un recurso impugnativo presentado contra una interpretación, que este Regulador tenga que establecer un procedimiento para el cumplimiento de la obligación establecida en el último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.
80. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que el Concedente, a fin de disponer de los fondos del Estado, debe cumplir con todos los procedimientos, requisitos y normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público, aspecto que ha sido mencionado en la resolución impugnada.
81. Asimismo, y a partir del principio de buena fe contractual, que incluye la ejecución de las obligaciones contractuales que se deriven de la aplicación del Contrato de Concesión, la eventual ausencia de un procedimiento detallado para el cumplimiento de las obligaciones, directas o contingentes, que se derivan del Contrato de Concesión, no puede ser obstáculo para el cumplimiento de las mismas.
82. Con respecto al plazo para la emisión de la Resolución, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 237 del TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de Reconsideración es de 30 días desde la audiencia de vista de la causa:  
**“Artículo 237.- Impugnación**  
(...)  
**237.5 La administración deberá emitir resolución dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de realización de la audiencia.”**

Así, en la sesión ordinaria de Consejo Directivo N° 666-2019-CD-OSITRAN de fecha 20 de marzo de 2019, se llevó a cabo la vista de la causa, sin embargo, al requerir el Consejo Directivo actuaciones adicionales a los órganos de OSITRAN, es necesaria la elaboración de un nuevo Informe Conjunto (GSF-GAJ) que incluya el análisis de las actuaciones requeridas.

En ese sentido, el plazo para la emisión de la resolución ha operado de la siguiente manera:

- En la sesión ordinaria de Consejo Directivo N° 666-2019-CD-OSITRAN, de fecha 20 de marzo, se presentó el Informe Conjunto N° 036-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en dicha sesión el Consejo Directivo requirió actuaciones adicionales, suspendiéndose el plazo para resolver.
- En la sesión ordinaria de Consejo Directivo N° 672-2019-CD-OSITRAN, de fecha 05 de junio de 2019, se presentó el Informe Conjunto N° 076-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que recoge el análisis de las actuaciones adicionales, reanudándose el plazo a que hace referencia el párrafo 237.5 del artículo 237 del TUO de la LPAG. Al respecto, el CD solicitó a los órganos de OSITRAN efectuar precisiones (de forma) al contenido del Informe, sin que ello implique la realización de nuevas actuaciones, razón por la cual el plazo sigue contabilizándose.

En consecuencia, el plazo para la emisión de resolución vence el día 15 de julio de 2019.

83. En cuanto a necesidad de notificar a las partes el Informe de la Consultoría requerida mediante Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN, el numeral 2, del artículo 6 del TUO de la LPAG, señala:

---

<sup>27</sup> Página 16, del numeral iii.4, del recurso de reconsideración presentado por el Concedente.

**“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

(...)”

Al respecto, teniendo en consideración que el Informe del Consultor de fecha 29.05.2019 ha sido citado en el presente documento, somos de la opinión que aquel deberá ser notificado a las partes de manera conjunta con la Resolución que resuelve el recurso impugnativo y el presente Informe.

84. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 24 del TUO de la LPAG<sup>28</sup>, en el documento de notificación del acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración deberá cuidarse de mencionar lo siguiente:
- i) Que 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 228 del TUO de la LPAG<sup>29</sup>; y,
  - ii) Que el pronunciamiento que resuelve el recurso de reconsideración se ha dictado en ejecución de la competencia de OSITRAN, atribuida por el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo<sup>30</sup>, razón

---

<sup>28</sup> TUO de la LPAG:

**“Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación**

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.

24.1.2 La identificación del procedimiento dentro del cual haya sido dictado.

24.1.3 La autoridad e institución de la cual procede el acto y su dirección.

24.1.4 La fecha de vigencia del acto notificado, y con la mención de si agotare la vía administrativa.

24.1.5 Cuando se trate de una publicación dirigida a terceros, se agregará además cualquier otra información que pueda ser importante para proteger sus intereses y derechos.

24.1.6 La expresión de los recursos que proceden, el órgano ante el cual deben presentarse los recursos y el plazo para interponerlos.

24.2 Si en base a información errónea, contenida en la notificación, el administrado practica algún acto procedimental que sea rechazado por la entidad, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta para determinar el vencimiento de los plazos que correspondan”.

<sup>29</sup> TUO de la LPAG:

**“Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa**

228.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

228.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

(...)

b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica (...).”

<sup>30</sup> Ley N° 26917:

**“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.

(...)”

por la cual tiene como vía de reclamo la vía administrativa y no la arbitral, en concordancia con lo establecido en el numeral 133.1 del artículo 133 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo 240-2018-EF<sup>31</sup>.

### III. CONCLUSIONES

85. El argumento planteado por el Concedente, respecto a que la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, habría contravenido el **principio de predictibilidad** no es exacto, en tanto que los pronunciamientos de OSITRAN a los que hace referencia fueron emitidos en el marco de otro contrato de concesión (Red Vial N° 4) cuya regulación es distinta a la del Contrato de Concesión materia del presente Informe, tal como se puede observar a continuación:
- En el contrato de concesión de Red Vial N° 4:
    - El riesgo de restablecimiento del orden social, es de cargo de **ambas partes**.
    - Los montos dejados de recaudar durante los 6 primeros meses, son de cargo del Concesionario.
    - Los montos dejados de recaudar transcurridos los 6 meses, se cubren a través de un **seguro**.
  - En el Contrato de Concesión del Tramo 2 del IIRSA Centro:
    - El riesgo de restablecimiento del orden social, es de cargo exclusivamente del **Concedente**.
    - Los montos dejados de recaudar durante los 6 primeros meses, son de cargo del Concesionario.
    - Los montos dejados de recaudar, transcurridos los 6 meses, son de cargo del **Concedente**.
86. Por otra parte, el Concedente plantea que la resolución de interpretación adolece de causal de nulidad pues la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GREE) no habría participado en la elaboración del Informe técnico legal que dio sustento a la Resolución impugnada. Al respecto, si bien es función de la GREE emitir opinión sobre las solicitudes de interpretación contractual (núm. 5 art. 39 ROF), dicha participación debe ser de acuerdo a su competencia; esto es, sobre cuestiones relativas al régimen tarifario (art. 38). En el presente caso, la interpretación del último párrafo de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, no es de índole tarifario, sino que se trata de una garantía contractual (garantía no financiera).
87. El Concedente también ha señalado que solamente el IMAG y el VCNI (valor contable neto intangible) son los únicos compromisos que expresan en su regulación contractual el término “pago”, lo que permite configurarlos como los únicos compromisos contingentes, al establecer asimismo un procedimiento para su pago dentro del Contrato de Concesión. Sobre el particular, la obligación del Concedente de asumir los montos no recaudados por el Concesionario implica un pago al Concesionario, en virtud de la interpretación sistemática efectuada del término “asumir” en el Contrato de Concesión y conforme lo ha entendido la Contraloría en el Informe referido en el numeral 58. Asimismo, conforme a las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato y a las normas actuales, cumpliría con los elementos para la configuración de un compromiso contingente: (i) Es una obligación de pago, (ii) a cargo del Estado en favor del Concesionario, (iii) la obligación es una garantía otorgada por el Estado a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada, (iv) la obligación está explícitamente incluida en el contrato de concesión, y (v) considera riesgos propios del proyecto.

---

<sup>31</sup> [Decreto Supremo 240-2018-EF](#):

**“Artículo 133. Intervención del organismo regulador**

133.1 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”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que:

- La eventual ausencia de un procedimiento detallado para el cumplimiento de las obligaciones, directas o contingentes, que se derivan del Contrato de Concesión, no puede ser obstáculo para el cumplimiento de las mismas.
- Si bien, el artículo 60 del Decreto Legislativo N° 1362, establece la obligación de la entidad titular del proyecto (MTC) de cuantificar el monto de los compromisos contingentes (por medio de los lineamientos del MEF), con el fin de incluirlos en el Registro de Compromisos administrado por el MEF; el marco normativo no establece que la falta de registro del compromiso contingente implique la invalidez o inexistencia de la obligación de pago.

88. Finalmente, el Concedente argumenta que el término “asumir”, contenido en la cláusula materia de interpretación, no es sinónimo del término “pagar”, lo que implicaría que no representa la obligación de realizar un pago en efectivo.

Al respecto, tal como se ha señalado precedentemente, cuando la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión declara que “(...) el **CONCEDENTE** asumirá los montos que deje de recaudar el **CONCESIONARIO**”, hace referencia a una garantía no financiera, que implicaría la constitución de un compromiso contingente del Concedente a favor del Concesionario.

En ese sentido, siendo que los montos que recaudaría el Concesionario (en la unidad de peaje cuya operación ha sido suspendida) constituyen montos de dinero en efectivo, es lógico presumir que la compensación a recibir deba ser también en dinero en efectivo.

De una interpretación sistemática de las cláusulas del Contrato de Concesión se puede concluir que la obligación de “asumir”, aun cuando no incluya en forma literal el verbo “pagar”, se deberá entender como obligación de dar suma de dinero, en tanto involucre “costos”, “gastos” o montos, tal como ocurre en el caso de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión (“*Para casos de derrumbes mayores a 200 m3 por cada evento, los costos que excedan este máximo, serán asumidos por el **CONCEDENTE***”) que en diversas oportunidades ha venido aplicando el Concedente, sin cuestionar la utilización del término “asumir”.

89. En virtud de los argumentos expuestos, somos de la opinión que debe declararse **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra la interpretación del último párrafo de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, contenido en el artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.

#### **IV. RECOMENDACIONES**

90. Se recomienda elevar el presente informe al Consejo Directivo a fin que, de considerarlo pertinente, declare **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Atentamente,

**HUMBERTO LUIS SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

Se adjunta:  
Informe de Consultor del 29.05.2019

NT: 2019049169

## **INFORME CONJUNTO COMPLEMENTARIO N° 0101-2019-IC-OSITRAN**

### **GAJ-GSF**

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

De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

**HUMBERTO LUIS SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.  
*Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya - Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco*

Referencia : a) Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN  
b) Informe N° 0059-2019-GAJ-OSITRAN  
c) Informe del Consultor del 29.05.2019  
d) Informe N° 0076-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF)  
e) Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN del 25.06.2019

Fecha : 09 de julio de 2019

 Firmado por:  
SHEPUT STUCCHI  
Humberto Luis FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma  
Digital  
Fecha: 10/07/2019  
09:37:33 -0500

 Firmado por:  
JARAMILLO  
TARAZONA  
Francisco FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 10/07/2019  
09:45:54 -0500

### **I. OBJETO**

1. Emitir opinión complementaria respecto del recurso de reconsideración interpuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 026-2018-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en el extremo consignado en el artículo 3° de la referida resolución, que dispuso interpretar el alcance del último párrafo de la Cláusula 9.1 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**

2. En su sesión de fecha 02 de julio de 2010, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN aprobó la Versión Final del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro.
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.
4. Que, mediante Oficio N° 3450-2018-MTC/25 de fecha 06 de agosto de 2018, el Concedente presentó al Regulador una solicitud de interpretación de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, a fin de que el Consejo Directivo determine si la compensación del Concedente a favor del Concesionario por los montos dejado de recaudar en la unidad de peaje debido a eventos de fuerza mayor, se efectúa a partir de la fecha en que se inició la suspensión de la obligación de cobro de peaje, o una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses previsto en dicha cláusula.
5. Mediante Oficio N° 3553-2018-MTC/25 de fecha 13 de agosto de 2018, el Concedente presentó al Regulador una solicitud de interpretación de las cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, a fin de que el Consejo Directivo aclare y/o precise el mecanismo de compensación establecido en el Contrato de Concesión, por los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una Unidad de Peaje no instalada por causa de un evento de fuerza mayor.

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ  
Antonio Michael FIR 09461356 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 10/07/2019 09:33:42 -0500

6. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN, y en base a lo recomendado en el Informe Conjunto N° 026-2018-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), notificada a las partes el día 07 de diciembre de 2018, mediante el Oficio Circular N° 034-2018-SCD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN resolvió:

**"ARTÍCULO 1.- DISPONER** la ACUMULACIÓN de las solicitudes de interpretación del Contrato de Concesión del Tramo 2 de la IIRSA Centro, presentadas por el Concedente a través de los Oficios N° 3450-2018-MTC/25 y N° 3553-2018-MTC/25.

**ARTÍCULO 2.- Declarar IMPROCEDENTE** la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 formulada por el Concedente a través del Oficio N° 340-2018-MTC-25, respecto del plazo a partir del cual el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.

**ARTÍCULO 3º.- INTERPRETAR** únicamente el alcance del último párrafo de la Cláusula 9.1 solicitada, a través del Oficio N° 3553-2018-MTC/25, por el Concedente con el objeto de que se precise el mecanismo de compensación de los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una unidad de peaje que no entre en explotación, originado por un evento de fuerza mayor, en los términos siguientes:

*"El último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión establece que el Concedente deberá pagar los montos que deje de recaudar el Concesionario, luego de transcurrido los 6 meses de la suspensión de la obligación de explotación del peaje.*

*Al respecto, teniendo en cuenta que toda disposición de recursos públicos por parte de las entidades del Estado, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debe efectuarse acorde a las normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público, dicho marco normativo resultará aplicable al Contrato de Concesión en virtud de la cláusula de Leyes y Disposiciones Aplicables".*  
(...)"

*[Subrayado en el original]*

7. Mediante el Oficio N° 0022-2019-MTC/25 presentado el día 02 de enero de 2019, el MTC presentó un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.
8. Con el Oficio N° 0001-19-GAJ-OSITRAN, recibido el 04 de enero de 2019, OSITRAN corrió traslado del recurso de reconsideración presentado por el Concedente mediante el Oficio N° 0022-2019-MTC/25.
9. A través del Oficio N° 0198-2019-MTC/25, presentado el día 16 de enero de 2019, el MTC solicitó audiencia para realizar un informe oral ante el Consejo Directivo en el marco del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.
10. Mediante escrito 2019-10-0072 recibido el día 17 de enero de 2019, el Concesionario presentó su posición en relación al recurso de reconsideración interpuesto por el Concedente contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN. Asimismo, en dicha comunicación el Concesionario solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN poder hacer uso de la palabra para sustentar su posición.
11. Mediante los Oficios N° 0027 y 0028-2019-SCD-OSITRAN, notificados el día 30 de enero de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN citó al Concedente y al Concesionario, respectivamente, a tener audiencia para hacer uso de la palabra frente al Consejo Directivo de OSITRAN para el día 06 de febrero de 2019.
12. Conforme a lo programado, el día 06 de febrero de 2019, tanto el MTC como DEVIANDES hicieron uso de la palabra frente al Consejo Directivo.
13. Mediante Oficio N° 042-2019-GG-OSITRAN, notificado el 12 de febrero de 2019, la Gerencia General de OSITRAN trasladó a la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas ("MEF"), el pedido formulado en la sesión del Consejo Directivo N° 660-2019-CD-OSITRAN del 23 de enero de 2019, el mismo que consiste en lo siguiente:

*“- Si el MEF en el momento de emitir opinión respecto del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA CENTRO: Puente Ricardo Palma – La Oroya – Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco, consideró como compromiso contingente el pago por parte del concedente en caso de suspensión de la obligación de explotación del peaje según lo establecido en la cláusula 9.1 del Contrato del Tramo 2.*

*- De considerarse como compromiso contingente y ante la verificación del hecho que generó la obligación de pago por parte del Estado, podría considerarse que la concesión estaría deviniendo en una cofinanciada. De ser así, entendemos que el concedente debería asignar presupuesto público para el cumplimiento de dicha obligación.”*

14. Con fecha el 13 de marzo 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización emitieron el Informe Conjunto N° 0036-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en el cual recomiendan declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Ministerio de Transporte a través del Oficio N° 0022-2019-MTC/25 contra la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN.
15. El 20 de marzo de 2019, el Consejo Directivo del OSITRAN determinó a través del Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN, suspender por 60 días el plazo para resolver el recurso de Reconsideración interpuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante el Oficio N° 022-2019-MTC/25 a fin de reiterar al Ministerio de Economía y Finanzas la consulta formulada en el Oficio N° 042-2019-GG-OSITRAN del 12.02.2019 y encargar a la administración la contratación de una consultoría jurídica, entre otras precisiones relacionadas a estos pedidos.
16. El 04 de abril de 2019, de conformidad con lo solicitado, mediante Oficio N° 071-2019-GG-OSITRAN se reiteró al Ministerio de Economía y Finanzas la consulta mencionada, sin embargo, hasta la fecha no ha remitido ninguna comunicación.
17. El 8 de mayo de 2019 se emitió el Informe N° 0059-2019-GAJ-OSITRAN a fin de informar al Consejo Directivo el avance del pedido efectuado en el Acuerdo N° 2174-666-19-CD-OSITRAN.
18. El 29 de mayo de 2019 se recibió el Informe del Consultor absolviendo las consultas formuladas en los términos de referencia de la orden de servicio N° 550-2019.
19. En la sesión ordinaria N° 672-2019-CD-OSITRAN se presentó ante el Consejo Directivo el Informe Conjunto N° 0076-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF); al respecto, el Consejo Directivo solicitó la realización de algunas precisiones, motivo por el cual se procede a emitir un nuevo Informe Conjunto.
20. Por indicación de la Alta Dirección se elabora el presente Informe Complementario al Informe Conjunto N° 0092-2019-IC-OSITRAN de fecha 25.06.2019.

### **III. ANÁLISIS**

21. El presente análisis abordará los siguientes puntos:

A.	Del marco normativo de Asociaciones Público-Privadas vigente a la fecha de formación del Contrato de Concesión
B.	De la opinión emitida por el MEF respecto a las Garantías No Financieras y Compromisos Contingentes asumidos por el Estado peruano en el Contrato de Concesión
C.	De la opinión emitida por la Contraloría General de la República respecto a las Garantías No Financieras y Compromisos Contingentes asumidos por el Estado peruano en el Contrato de Concesión
D.	Sobre la necesidad de complementar la interpretación contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN

## **A. Del marco normativo de Asociaciones Público-Privadas vigente a la fecha de formación del Contrato de Concesión**

22. El marco normativo vigente de APP's está conformado por el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF. Sin embargo, dicho marco es el producto de una evolución normativa cuyos hitos más importantes son: (i) el Texto Único Ordenado con las normas de rango de ley que regulan la entrega en concesión de los servicios públicos e infraestructura (TUO de Concesiones) aprobado por Decreto Supremo N° 059-1996-PCM del año 1996; y, (ii) 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, del año 2008 (en adelante, el D. Leg. 1012).
23. De otro lado, durante la formación del Contrato de Concesión, así como a la fecha de su suscripción, se encontraba vigente el D. Leg. 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF.
24. Ahora bien, dicho marco normativo disponía la participación de determinadas entidades públicas en el proceso de formación del Contrato de Concesión a efectos de identificar, analizar y mitigar los riesgos que pudiesen existir relacionados a, entre otros, las obligaciones asumidas por el Estado que supongan un potencial desembolso de recursos del tesoro público.
25. Así, el artículo 9.1 del D. Leg. 1012, señalaba lo siguiente:

***“Artículo 9.- Marco institucional para la provisión de infraestructura y servicios públicos***

*9.1 Los proyectos de inversión, a través de la modalidad de Asociación Público-Privada, que resulten clasificados como autosostenibles pasarán inmediatamente a la etapa de diseño del proyecto. Se requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en los proyectos que requieran el otorgamiento de garantías.*

[El subrayado es nuestro]

26. Como se aprecia, dicho marco normativo hizo particular énfasis en lo que se refiere al otorgamiento de garantías en los proyectos autosostenibles, siendo responsabilidad del MEF emitir la opinión correspondiente en su condición de ente rector del Sistema Nacional de Endeudamiento Público.
27. No obstante, dicho marco normativo, además, estableció atribuciones específicas en relación a la Versión Final del Contrato de Concesión, a efectos de dar adecuado tratamiento a los riesgos comentados en los párrafos anteriores. Así, el artículo 9.3 del D. Leg. 1012 dispuso lo siguiente:

***“Artículo 9.- Marco institucional para la provisión de infraestructura y servicios públicos***

*(...)*

*9.3 El diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia. Si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, se requerirá la opinión de organismo regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.*

*El Informe Previo de la Contraloría General de la República respecto a la versión final del contrato de Asociación Público-Privada sólo podrá versar sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley N° 27785. Dicho Informe Previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior.*

*(...)*

[El subrayado es nuestro]

28. De otro lado, el Reglamento del D. Leg. 1012 establecía lo siguiente:

***“Artículo 8.- Diseño final del contrato de Asociación Público Privada y modificaciones***

*De conformidad con el numeral 9.3 de la Ley y en los plazos y modalidad en ella establecidos, y sin perjuicio de las normas especiales aplicables a las modalidades de APP autosostenibles y cofinanciadas respectivamente, el diseño final del contrato y las modificaciones que se produzcan a la versión final del mismo, requerirán la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, así como del organismo regulador y de la Contraloría General de la República”*

[El subrayado es nuestro]

29. Por lo expuesto, se puede concluir preliminarmente que, el marco normativo vigente en la etapa de concurso del Contrato de Concesión, disponía que **MEF** y la Contraloría **tenían por función opinar sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, con particular énfasis en lo que se refiere a las obligaciones asumidas que afecten potencialmente la capacidad financiera del Estado.**

**B. De la opinión del MEF a la versión final del Contrato de Concesión en relación a las Garantías No Financieras otorgadas y Compromisos Contingentes asumidos por el Estado peruano**

30. Dado que, conforme al D. Leg. 1012 y su Reglamento, el MEF debía opinar sobre la Versión Final del Contrato de Concesión al 29 de marzo del 2010, por medio del Oficio N° 173-2010-EF/15.01 de fecha 16 de abril del 2010, el MEF notificó a PROINVERSIÓN el Informe N° 083-2010-EF/67.01 de fecha 16 de abril del 2010, el cual contiene la opinión consolidada de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia e Inversión Privada, de Programación Multianual, de Endeudamiento Público, y de Asuntos Económicos y Sociales del citado ministerio.
31. En dicho Informe, el MEF hizo suyo el siguiente comentario de la Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales (DGAES):

*“Sin embargo, DGAES considera necesario el pronunciamiento y conformidad del Ministerio de Transportes y Comunicaciones acerca de lo siguiente: el incremento del peaje en el año 2011 a \$ 1.50; y de la creación del nuevo peaje el año aceptación (SIC) por parte del Concedente de la totalidad de las Obras a cargo del Concesionario en el tramo Puente Ricardo Palma – La Oroya. Ello resulta relevante debido a que de realizarse cambios en dichos factores se deberá analizar nuevamente la condición de autosostenibilidad del proyecto, en la medida que estos eventos son supuestos importantes en el análisis realizado.”*

[El subrayado es nuestro]

32. El referido Informe fue notificado al MTC el 23 de abril del 2010 por medio del Oficio N° 159-2010-DE-PROINVERSION, solicitando que se remita la información pertinente.
33. Conforme fluye de los archivos del libro blanco de la Concesión, el MTC remitió a PROINVERSIÓN el Oficio N° 097-2010-MTC/02 de fecha 19 de mayo del 2010, en el que, sobre la base de una reunión de trabajo realizada el día jueves 6 de mayo cuyo objetivo fue revisar las observaciones a la Versión Final del Contrato de Concesión al 29 de marzo del 2010, se solicitó considerar como precisión, entre otras, que el aumento de la tarifa de peaje de US\$ 1.50 se realizará en enero de 2012.
34. De otro lado, mediante Oficio N° 242-2010-EF/15.01 de fecha 25 de junio del 2010, el MEF notificó a PROINVERSIÓN el Informe N° 127-2010-EF/67.01 de fecha 24 de junio del 2010 que

contiene la opinión consolidada a la Versión Final del Contrato de Concesión al 18 de junio del 2010, la misma que fue elaborada por el citado ministerio.

35. En dicho Informe, el MEF advirtió que el proyecto de Contrato de Concesión contemplaba como Garantía No Financiera al Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG), el mismo que se encuentra regulado de las cláusulas 10.2 a 10.4 del Contrato vigente. Al respecto, analizó su probabilidad de activación a efectos de evaluar la autosostenibilidad del proyecto, concluyendo que el mismo cumplía con las condiciones que el D. Leg. 1012 y su Reglamento exigían para que califique como autosostenible, toda vez que la probabilidad de que dicha garantía no financiera demande recursos públicos era menor al 10%, en tanto se cumplieran los supuestos especificados en el Informe.
36. Sin embargo, adicionalmente en el mencionado Informe el MEF reiteró que el MTC debía emitir pronunciamiento y conformidad respecto de la creación del nuevo peaje:

*“8. No obstante, se considera necesario el pronunciamiento y conformidad del Ministerio de Transportes y Comunicaciones acerca de lo siguiente: el incremento del peaje en el año 2012 a \$ 1.50; y de la creación del nuevo peaje el año de aceptación por parte del Concedente de la totalidad de las Obras a cargo del Concesionario en el tramo Puente Ricardo Palma – La Oroya. Ello resulta relevante debido a que de realizarse cambios en dichos factores se deberá analizar nuevamente la condición de autosostenibilidad del proyecto, en la medida que estos eventos son supuestos importantes en el análisis realizado.”*

[El subrayado es nuestro]

37. Por tanto, podemos concluir preliminarmente que:
- (i) Con relación a las obligaciones financieras a cargo del Estado contenidas en el Contrato de Concesión, el MEF únicamente emitió opinión respecto del IMAG; es decir, el MEF no emitió opinión respecto de lo señalado en los tres últimos párrafos del cláusula 9.1 del Contrato de Concesión (en donde se señala que, en los supuestos en que el Concesionario se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje por más de 6 meses, debido a actos de protestas sociales, el Estado se compromete a asumir los montos que el Concesionario deje de recaudar)<sup>1</sup>.
  - (ii) El MEF consideró necesario que el MTC emita pronunciamiento y conformidad respecto de la creación del nuevo peaje pues consideraba relevante que, de realizarse cambios en dichos factores se deberá analizar nuevamente la condición de autosostenibilidad del proyecto<sup>2</sup>.

### **C. De la opinión de la Contraloría a la versión final del Contrato de Concesión en relación a las Garantías No Financieras otorgadas y Compromisos Contingentes asumidos por el Estado peruano**

38. De otro lado, dado que conforme al D. Leg. 1012 y su Reglamento, la Contraloría debía opinar sobre la Versión Final del Contrato de Concesión en lo que se refiere las obligaciones que potencialmente puedan comprometer el crédito o la capacidad financiera del Estado, por medio del Oficio N° 00913-2010-CG/DC de fecha 19 de julio del 2010, la Contraloría puso en conocimiento de PROINVERSIÓN el Informe Previo N° 00045-2010-CG/SE, por el cual la

---

<sup>1</sup> Pese a que la normativa vigente lo obligaba a pronunciarse, especialmente sobre las obligaciones que supongan el otorgamiento de garantías y puedan afectar la capacidad presupuestal del Estado.

<sup>2</sup> De una revisión de los documentos que obran en el libro blanco, emitidos entre la opinión del MEF (24 de junio de 2010) y hasta la fecha de adjudicación de la buena pro (27 de julio del 2010), no se ha podido verificar que el MTC haya emitido pronunciamiento respecto de dicha consideración.

autoridad de control emite opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión al 18 de junio del 2010.

39. En dicho Informe, la Contraloría señala que su pronunciamiento debe efectuarse sobre los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de acuerdo a lo dispuesto por el D. Leg. 1012. Así, el análisis efectuado contempla un extremo referido al Esquema Financiero de la Concesión, en el que se recoge como Garantía No Financiera únicamente al Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG). Asimismo, en relación al stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes fijado por el artículo 13° del D. Leg. 1012<sup>3</sup>, solo se advierte que la Contraloría únicamente ha efectuado un análisis respecto del IMAG.
40. Como puede observarse, en relación a las obligaciones financieras a cargo del Estado contenidas en el Contrato de Concesión, la Contraloría únicamente emitió opinión respecto del IMAG.

#### **D. Sobre la necesidad de complementar la interpretación contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2018-CD-OSITRAN**

41. Como se ha adelantado en los antecedentes del presente Informe Complementario, la Resolución 037-2018-CD-OSITRAN contiene la interpretación solicitada por el Concedente a través del Oficio N° 3553-2018-MTC/25, en relación al alcance del último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.
42. Ahora bien, dicha Resolución ha sido emitida en el ejercicio de una función administrativa a cargo del Regulador, contemplada en el literal e) del inciso 7.1 del artículo 7 de la Ley 26917, Ley de creación de OSITRAN, razón por la cual las actuaciones del Regulador sobre el particular deben ceñirse a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), en atención a que dicha ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado<sup>4</sup>.
43. En ese sentido, el artículo 14 del TUO de la LPAG regula los supuestos de conservación de los actos administrativos, los mismos que operan en caso un acto administrativo (en este caso, una actuación administrativa) se encuentre afectada por un vicio no trascendente. Así, el remedio para dicha situación es la enmienda por parte de la autoridad. Esto tiene relevancia porque indica que nuestro sistema de derecho administrativo no sanciona con nulidad toda actuación viciada sin valorar la naturaleza del vicio, sino que permite que una actuación subsista en caso esté afectada por cuestiones de menor trascendencia.

Al respecto, el numeral 14.2.4 de la mencionada norma señala que el acto administrativo se conservará cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

44. Bajo ese orden de ideas, en la Resolución N° 037-2018-CD-OSITRAN no se ha señalado que ni el MEF, ni el MTC, ni la Contraloría han abordado, en la formación del contrato, el tratamiento de la imposibilidad de explotación de la Concesión por actos de protesta social como Garantía No Financiera o Compromiso Contingente. Así, tal situación amerita ser considerada en los fundamentos de la resolución que resuelva el recurso de reconsideración y, consecuentemente, en el alcance de la interpretación de la cláusula 9.1, toda vez que las omisiones por parte del MEF y el MTC refuerzan el sentido de la interpretación contenida en la Resolución N° 037-2018-

---

#### <sup>3</sup> **Artículo 13.- Límite**

El stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el Sector Público No Financiero en los contratos de APP calculado a valor presente, no podrá exceder de 7% del Producto Bruto Interno (...)

<sup>4</sup> TUO de la LPAG

#### **TÍTULO PRELIMINAR**

##### **Art. II. Contenido**

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

(...)

CD-OSITRAN y obligan a que el aparato estatal realice las acciones necesarias para mitigar los perjuicios económicos al Estado que fluyan por el incumplimiento de sus obligaciones asumidas.

45. Por tanto, al haberse omitido la información expuesta en los fundamentos de la Resolución N° 037-2018-CD-OSITRAN, y en tanto ello no altera el sentido de la interpretación contenida en la resolución, dicha omisión califica como un vicio no trascendente y, en consecuencia, susceptible de ser enmendado por la autoridad a efectos de conservar la actuación administrativa.
46. En ese sentido, la interpretación del último párrafo de la cláusula 9.1 debe ser la siguiente:

*“El último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión establece que el Concedente deberá pagar los montos que deje de recaudar el Concesionario, luego de transcurrido los 6 meses de la suspensión de la obligación de explotación del peaje.*

*En relación a las obligaciones financieras a cargo del Estado contenidas en el Contrato de Concesión, si bien es cierto las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas (Informe N° 083-2010-EF/67.01 e Informe N° 127-2010-EF/67.01), emitidas en la etapa de concurso del Contrato de Concesión, analizaron únicamente el IMAG, ello no puede generar un impedimento para que el Estado reconozca las obligaciones pactadas expresamente en dicho Contrato.*

*Por lo tanto, teniendo en cuenta que toda la disposición de recursos públicos por parte de las entidades del Estado, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debe efectuarse acorde a las normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público, dicho marco normativo resultará aplicable al Contrato de Concesión en virtud de la cláusula de Leyes y Disposiciones Aplicables.”*

#### **IV. CONCLUSIONES**

47. Conforme al marco normativo vigente en la etapa de concurso del Contrato de Concesión, recayó sobre el MEF y la Contraloría la obligación de opinar sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, con particular énfasis en lo que se refiere a las obligaciones asumidas que afecten potencialmente la capacidad financiera del Estado.
48. Con relación a las obligaciones financieras a cargo del Estado contenidas en el Contrato de Concesión, el MEF únicamente emitió opinión respecto del IMAG; es decir, el MEF no emitió opinión respecto de lo señalado en los tres últimos párrafos del cláusula 9.1 del Contrato de Concesión (en donde se señala que, en los supuestos en que el Concesionario se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje por más de 6 meses, debido a actos de protestas sociales, el Estado se compromete a asumir los montos que el Concesionario deje de recaudar).
49. El MEF consideró necesario que el MTC emita pronunciamiento y conformidad respecto de la creación del nuevo peaje pues consideraba relevante que, de realizarse cambios en dichos factores se deberá analizar nuevamente la condición de autosostenibilidad del proyecto.
50. Con relación a las obligaciones financieras a cargo del Estado contenidas en el Contrato de Concesión, la Contraloría únicamente emitió opinión respecto del IMAG.
51. Al haberse omitido en los fundamentos de la Resolución N° 037-2018-CD-OSITRAN, lo señalado precedentemente, y en tanto ello no altera el sentido de la interpretación contenida en la resolución, dicha omisión califica como un vicio no trascendente y, en consecuencia, susceptible de ser enmendado por la autoridad en la resolución que resuelva la reconsideración a efectos de conservar la actuación administrativa.

**V. RECOMENDACIONES**

52. Se recomienda elevar el presente informe complementario al Consejo Directivo a fin de que, de considerarlo pertinente, declare INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Atentamente,

**HUMBERTO LUIS SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

NT 2019053644