

## **SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 320-2009-CD**

A las trece horas del día 17 de junio del año dos mil nueve, en las oficinas de OSITRAN, se reunieron en Sesión Ordinaria los miembros del Consejo Directivo, con la participación de los señores Ing. Jesús Tamayo Pacheco e Ing. César Sánchez Módena, bajo la Presidencia del señor Eco. Juan Carlos Zevallos Ugarte.

Asimismo, participó el señor Eco. Jorge Montesinos, Gerente General, y el señor Dr. Humberto Ramírez Trucíos, en su calidad de Secretario Técnico del Consejo Directivo.

### **I. LECTURA Y APROBACIÓN DEL ACTA ANTERIOR**

Se presentó a los Directores el Proyecto de Acta correspondiente a la Sesión N° 319-2009-CD, de fecha 03 de junio de 2009, la misma que fue aprobada y debidamente suscrita.

### **II. DESPACHO**

En este estado, el Gerente General, Eco. Jorge Montesinos Córdova, hizo entrega a los señores directores, de la documentación recibida y cursada por la administración, sobre los siguientes temas:

#### **A. SOBRE EL DECRETO SUPREMO N° 038-2009-PCM, POR MEDIO DEL CUAL SE INCORPORA EL INCISO F) AL ARTÍCULO 12° DEL REGLAMENTO DE LA LEY N° 27332, LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES**

1. Oficio de fecha 15 de junio 2009 (recepcionado el 16 de junio 2009), a través del cual los Presidentes de los Organismos Reguladores (OSINERG, OSITRAN y SUNASS) expresan al Presidente del Consejo de Ministros su preocupación por la nueva causal de falta grave para la remoción de los miembros de Consejo Directivo y, proponen expedición de Fé de Erratas.
2. Memorándum Circular N° 030-09-GG-OSITRAN, de fecha 15 de junio 2009, con el que la Gerencia General solicito a las Gerencias de OSITRAN: (i) adoptar y disponer las acciones necesarias para el estricto cumplimiento de los plazos legales y/o contractuales en los que debemos pronunciarnos respecto a las solicitudes, impugnaciones y/o cualquier petición vinculada a nuevos y/o actuales Contratos de Concesión a nuestro cargo; y (ii) elaborar y alcanzar una relación de los temas pendientes.





3. Ayuda Memoria sobre las Implicancias del Decreto Supremo N° 038-2008-PCM.
4. Ayuda Memoria sobre las inconsistencias de la nueva Falta Grave como causal de remoción de los Directores de los Consejos Directivos.
5. Ayuda Memoria sobre Cumplimiento de obligaciones de OSITRAN, período Febrero 2007 al 31 de mayo del 2009.
6. Sustento de plazos utilizados por el Regulador.
7. Importancia del Sistema de Gestión de Calidad de OSITRAN

**B. SOBRE EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PARCIAL INTERPUESTO POR FERROCARRIL TRASANDINO S.A. – FETRANSA, CONTRA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 050-2008-CD-OSITRAN QUE INTERPRETÓ LA CLÁUSULA 7.6 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

1. Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, de fecha 29 de octubre del 2008.
2. Recurso de Reconsideración de fecha 25 de noviembre 2008, presentado por Inca Rail
3. Recurso de Reconsideración parcial de fecha 25 de noviembre 2008, presentado por FTSA.
4. Informe de fecha 12 de junio 2009, elaborado por el Consultor, Abogado José Llontop Bustamante, sobre el análisis y delimitación de la finalidad del Contrato de Concesión del FSA y, la interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.
5. Informe N° 018-09-GRE-GAL-09-OSITRAN, de fecha 15 de junio 2009, a través del cual las Gerencias de Regulación y Asesoría Legal se pronuncian sobre los Recursos de Reconsideración presentados por Inca Rail y FTSA.

**C. SOBRE LA PROPUESTA DE ADENDA N° 5 AL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL PRIMER GRUPO DE AEROPUERTOS DE PROVINCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**

1. Oficio N° 601-2009-MTC/25, mediante el cual el MTC remite a OSITRAN la propuesta de modificación del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, el cual



además contiene el informe legal respectivo, así como una versión preliminar de la adenda;

2. Oficio N° 068-09-GRE-OSITRAN, de fecha 06 de mayo pasado, a través de la cual la Gerencia de Regulación, luego de una evaluación preliminar al contenido de la documentación remitida con el oficio 601, solicita al MTC información adicional y ampliación del sustento técnico.
3. Oficio N° 807-2009-MTC/25, mediante el cual el MTC remite a OSITRAN los informes técnicos conteniendo la sustentación e información adicional solicitada por la Gerencia de Regulación.

**D. SOBRE LA PROPUESTA DE ADENDA N° 5 AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE IIRSA SUR - TRAMO 3.**

1. Oficio N° 737-2009-MTC/25, remitido por el MTC, mediante el cual se remite a OSITRAN el proyecto de adenda N° 5 al contratación de Tramo 3 de IIRSA Sur.
2. Oficio N° 176-09-GG-OSITRAN, de fecha 01 de junio, a través del cual la Gerencia General de OSITRAN, solicita complementar la información remitida, adjuntando documentos sustentatorios adicionales.

**III. INFORMES**

**3.1 Uso de la Palabra a representantes de IIRSA Norte: respecto al tema: Obras Accesorias.**

La Presidencia comunicó a los demás miembros del Consejo Directivo que mediante Oficio N° 059-09-SCD-OSITRAN de fecha 09 de junio de 2009, se concedió el uso de la palabra a los representantes de la Empresa Concesionaria IIRSA NORTE a efectos que puedan abordar los asuntos más trascendentes de su postura respecto al tema de Obras Accesorias y Mecanismo de Distribución de Riesgos – MDR, previsto en el Contrato de Concesión celebrado.

Al efecto, tomaron el uso de la palabra el señor Ing. Guilherme Borges y la señorita Abogada Verónica Satler, quienes en este orden expusieron el sustento técnico, contractual y legal de su solicitud, ocupándose, entre otros temas, de la forma y circunstancias en que se llevó a cabo el Proceso de Licitación y firma de Contrato, y, de las principales soluciones de ingeniería que habían planteado vía Obras Accesorias, para luego ocuparse de las diferencias existentes entre el MDR y las Obras Accesorias, de la forma en que debe entender las Obras de Seguridad Vial, de las consecuencias de desconocer que las Obras

Accesorias pueden proponerse como modificación a la propuesta técnica y, de los efectos prácticos que se pretenden evitar.

Los Directores tomaron conocimiento.

### **3.2 Exposición del Presidente del Consejo Regional de Usuarios de Arequipa. Dr. Julio Cáceres Arce.**

A continuación, el Presidente expresó a los señores miembros del Consejo Directivo que en la última sesión del Consejo Regional de Usuarios de Arequipa – CRUA, del pasado 15 de abril del año en curso, acordaron solicitar a nuestro Consejo Directivo la participación del Señor Julio Cáceres Arce, en su condición de Coordinador del referido Consejo, para exponer sobre la problemática de la infraestructura vial que se viene afrontando la Región Arequipa

Con tal propósito se invitó al señor Juio Cáceres Arce, quien agradeciendo la invitación procedió a exponer, en primer lugar sobre el estado actual del tramo vial Arequipa – Juliaca, quien luego de explicar los problemas que presenta (abollamientos), y que han sido detectados por la supervisión de las obras, solicitó se les haga conocer los avances realizados para superar esta situación y, como van en función a los tiempos.

Seguidamente explicó el malestar de la población y del propio Gobierno Regional por el uso de la carretera (aproximadamente 23 Km.) por parte de los camiones de la Minera Cerro Verde sin pago de peaje, debido a la ubicación de éste, por lo que señaló que si bien la ubicación de los peajes era competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, sugería que OSITRAN canalice el presente pedido, haciéndole conocer también el problema de congestión vehicular que se viene presentando en la Variante Uchumayo, en el que, en temporada de verano, los vehículos demoran aproximadamente 2 horas en pasar, así como sobre el pedido de reubicación del peaje de IMATA por parte de los operadores turísticos de la zona .

Al respecto, el Presidente Eco. Juan Carlos Zevallos expresó que el acuerdo de la concesión estableció determinadas condiciones económicas que tienen su origen en los ingresos del peaje, por lo que se han venido sosteniendo reuniones de coordinación con el Viceministro de Transportes para tratar el tema y ver la posibilidad de su ampliación y/o reubicación, lo cual ya viene siendo evaluado por el MTC.

Finalmente, el señor Cáceres Arce se refirió al malestar expresado por los usuarios con la concesión del Terminal Portuario de Matarani, quienes han expresado sentirse un tanto maltratados por parte del concesionario respecto, entre otros, al horario de atención y la



preferencia en el ingreso al puerto. Culminó su intervención agradeciendo la oportunidad concedida, expresando la necesidad de un mayor acercamiento del Consejo Directivo e invitando a los directores a una visita de trabajo en la zona. Agradeciendo la invitación, el Presidente señaló que se evaluará la realización de un Consejo Directivo descentralizado en la ciudad de Arequipa, y, que con relación al concesionario TISUR, en breve estará viajando el Jefe de Puertos para realizar una visita de inspección para recoger la información del caso.

### **3.3 Sobre situación de las Recomendaciones formuladas por el Órgano de Control Interno.**

La Administración puso en conocimiento de los señores directores una Ayuda Memoria sobre la situación de las recomendaciones formuladas por el Órgano de Control Institucional al 8 de junio del 2009.

### **3.4 Sobre la Evaluación del Plan Estratégico Institucional.**

La Administración puso en conocimiento de los señores directores un Resumen Ejecutivo elaborado por la Oficina de Planificación y Presupuesto referido a la evaluación del Plan Estratégico Institucional (PEI) 2007-2011 al primer trimestre.

### **3.5 Sobre Entidades Prestadoras – Abril 2009.**

La Administración puso en conocimiento de los señores directores la Nota N° 061-2009-GRE-OSITRAN, que eleva el Informe Mensual de Entidades Prestadoras correspondiente al mes de abril de 2009.

### **3.6 Sobre la promulgación del D.S. 038-2009 PCM**

Al respecto, el director Ing. Jesús Tamayo, señaló que a través de éste dispositivo, publicado el día 11 de junio de 2009, el Gobierno dictaminó que los directorios de los organismos reguladores de servicios públicos que no cumplan con sus funciones o plazos legales para emitir opinión respecto a proyectos que están bajo su jurisdicción podrán ser retirados de su cargo, por lo que mencionó que era necesario conocer detalladamente el trámite que siguen al interior de la institución los diversos procesos que conllevan plazos relacionados con opiniones sobre contratos nuevos y adendas a contratos de concesiones, con la finalidad de disponer las acciones del caso a fin de no incurrir en los supuestos y en las posibles sanciones planteadas en la referida norma.

Handwritten signatures and initials on the left margin.

Al respecto, se dispuso pasar el presente tema a la estación de Pedidos.

#### **IV. PEDIDOS**

##### **PEDIDO N° 001-320-09-CD**

En atención a la propuesta del director, Ing. Jesús Tamayo Pacheco, se solicitó a la administración, que teniendo en cuenta que los plazos vigentes son muy reducidos, presente una propuesta para agilizar los procedimientos internos a fin de cumplir con los plazos establecidos en la legislación vigente y aplicable.

Asimismo, el Ing. Tamayo Pacheco manifestó que sería conveniente conocer las solicitudes en curso, indicando fecha de presentación a la entidad, plazo para resolver, acciones tomadas y, área técnica responsable. En la misma línea se pronunció sobre los procedimientos concluidos a partir de enero de 2008, los mismos que debían ser informados con indicación de la fecha de presentación a la entidad, fecha de presentación al CD y fecha de pronunciamiento del CD. Finalmente, solicitó la presentación de un cuadro con el record de sesiones ordinarias, extraordinarias y virtuales del CD llevadas a cabo a partir de enero 2008 hasta la fecha.

##### **PEDIDO N° 002-320-09-CD**

Los señores directores solicitaron a la Gerencia General de OSITRAN, realice las acciones necesarias para canalizar la problemática de la infraestructura de la Región Arequipa de competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ante la referida institución y, disponga que la Gerencia de Supervisión adopte las acciones del caso para verificar las quejas con relación a la concesión del Terminal Portuario de Matarani.

#### **V. ORDEN DEL DÍA**

##### **5.1 Recurso de Reconsideración parcial interpuesto por Ferrocarril Trasandino S.A. – FETRANSA, contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN que interpretó la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.**

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 018-09-GRE-GAL-OSITRAN, por medio del cual la administración se pronuncia sobre el Recursos de Reconsideración

formulados por el Operador de Servicio Ferroviario Inca Rail S.A.C. y por el Concesionario Ferrocarril Trasandino S.A., contra la Resolución N° 050-09-CD-OSITRAN que interpretó la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, referido la intervención del operador vinculado en la subasta.

Sobre el particular, y en atención al Pedido N° 002-316-09-CD del Consejo Directivo, de fecha 14 de mayo 2009, la Administración solicitó permiso para la exposición del Consultor, Abogado José Llontop Bustamante, de modo que explique en detalle los alcances de su informe de fecha 12 de junio último, respecto a la interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.

Con el permiso de los señores miembros del Consejo Directivo, el Abogado José Llontop Bustamante dio inicio a su exposición, ocupándose, en primer lugar, del marco contractual tenido en cuenta para la elaboración de su informe, para seguidamente explicar el esquema de privatización de ENAFER para concesión del Ferrocarril Sur Andino, los modelos de organización del sector ferroviario, en los que destacó el modelo de acceso competitivo o integración vertical limitada, señalando que éste último esquema fue recogido en el Contrato de Concesión materia de consulta.

Continuando con su exposición, el Consultor se refirió a los alcances de las Circulares 17, 27 y 73, así como al modelo de interpretación sistemática, señalando que en aplicación de este tipo de interpretación es prudente y recomendable, en aras de mantener el sentido y unidad contractual, interpretar la Cláusula 7.6 restrictivamente, en correlación con las otras cláusulas contractuales pertinentes del mencionado Contrato, para armonizar su sentido e interpretación a la naturaleza, integridad y finalidad de dicho Contrato, en aras de salvaguardar el modelo de concesión adoptado y la libre competencia en el segmento del mercado de Servicios de Transporte Ferroviario.

Culminada su intervención, el Gerente General explicó que las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal han elaborado el Informe N° 018-09-GRE-GAL-OSITRAN, en el que señalan que no existen nuevos argumentos presentados por las Partes que determinen que la administración cuestione el razonamiento adoptado en la Resolución N° 050-2008-CD-OSITRAN, así como su validez. Incluso, conforme a lo descrito a lo largo de su informe, confirman lo resuelto en dicha Resolución. Finalmente, señaló que tomando en consideración los argumentos de la Administración, así como los formulados por el Consultor Llontop Bustamante respecto a la interpretación de la Cláusula 7.6, cabe entender que para completar la pluralidad de interesados en el mismo horario no cabe considerar al Operador de



**OSITRAN**

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

Servicios de Transporte Ferroviario vinculado distinto del constituido en base a la Circular 17 y 73.

Luego de las preguntas y consultas de los señores directores, los mismos mostraron su conformidad y adoptaron el presente Acuerdo:

**ACUERDO No. 1179-320-09-CD-OSITRAN  
de fecha 17 de junio de 2009**

Vistos el Informe N° 018-09-GRE-GAL-OSITRAN, los Recursos de Reconsideración formulados por el Operador de Servicio Ferroviario Inca Rail S.A.C. y por el Concesionario Ferrocarril Trasandino S.A., así como el proyecto de Resolución de Consejo Directivo; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, de conformidad con las funciones que le otorga el Literal f) del Artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que declara lo siguiente:

1. Admitir a trámite el Recurso Administrativo de Reconsideración interpuesto por INCA RAIL y FTSA contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN.
2. Declarar infundado el Recurso Administrativo de Reconsideración interpuesto por INCA RAIL, y por ende, ratificar la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, sobre la base de los argumentos expuestos en la presente Resolución.
3. Declarar fundado en parte el Recurso Administrativo de Reconsideración interpuesto por FTSA, en base de los argumentos expuestos en la presente Resolución, en el extremo referido a la interpretación de la Cláusula 7.6 inciso i) del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, referido a la prohibición de completar la pluralidad de interesados.
4. Incorporar en el literal (i) del artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN la interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, suscrito por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano, con Ferrocarril S.A., en los siguientes términos:

*"En el caso del Operador de Servicios de Transporte Ferroviario constituido sobre la base de las Circulares N° 17 y N° 73 de las Bases,*

*éste puede completar la pluralidad de interesados para convocar el proceso de subasta.”*

5. Declarar que la participación del operador de servicios de transporte ferroviario en el proceso de subasta quedará sujeta al cumplimiento de las reglas y procedimientos establecidos tanto en el Contrato de Concesión como en el REMA.
6. Dar por agotada la vía administrativa en lo relativo a la interpretación de la Cláusula 7.6 inciso i), del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, estando expeditos para hacer valer su derecho a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses de notificada la presente Resolución.
7. Comunicar la presente Resolución y el Informe N° 018-09-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A., así como a Inca Rail S.A., Perú Rail S.A., Andean Railways Corp. S.A.C., Ferrovías Central Andina S.A., Ferrocarril Central Andino S.A., y Wyoming Railways S.A.; y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.
8. Dispensar el presente acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

## **5.2 Solicitud de Fijación de Tarifas para Grúas Pórtico de ENAPU.**

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo, la Nota N° 062-09-GRE-OSITRAN, mediante la cual la Gerencia de Regulación en cumplimiento con lo establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), remite los documentos que forman parte de la propuesta de Fijación de Tarifas Máximas por uso de grúas pórtico para el embarque y descarga de contenedores en el Terminal Portuario del Callao (Muelle 5).

Por razones de disponibilidad de tiempo y priorización de temas, se dispuso que el presente tema pase a una próxima sesión.

## **5.3 Interpretación del Contrato de Concesión IIRSA NORTE – Obras Accesorias**

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 012-09-GS-GAL-OSITRAN, elaborado por las Gerencias de



Supervisión y Asesoría Legal, mediante el cual se emite opinión técnico legal respecto a la problemática suscitada con relación a las Obras Accesorias y Mecanismo de Distribución de Riesgos previstos en el Contrato de Concesión IIRSA NORTE.

Al respecto, se invitó al Gerente (e) de Asesoría Legal, Abogado Roberto Vélez Salinas, así como al Abogado, Ernesto Peña Haro, Profesional I de la Gerencia de Asesoría Legal, para que expliquen los alcances del informe presentado. Con el permiso de los presentes tomó el uso de la palabra el Abogado Peña Haro, quien explicó en detalle las razones por las cuales el Contrato de Concesión y las dos interpretaciones posibles explicadas, no permiten tener certeza si la Concesionaria puede optar indistintamente por el Mecanismo de Distribución de Riesgos, o por las Obras Accesorias. En el mismo sentido, señaló las razones por las que no existe una definición ni un contenido exacto en el Contrato de Concesión, ni en sus Bases, sobre lo que debe entenderse por Seguridad Vial, menos aún, si éste debe entenderse de manera amplia o restrictiva.

Por último, refirió que la propuesta de la administración es que las Partes, y no OSITRAN, sean las llamadas a delimitar el contenido, la asignación del riesgo y la determinación de la obligación aplicable.

Luego de las preguntas y consultas de los señores directores, los mismos mostraron su conformidad y adoptaron el presente Acuerdo:

**ACUERDO No. 1180-320-09-CD-OSITRAN  
de fecha 17 de junio de 2009**

Vistos el Informe N° 012-09-GS-GAL-OSITRAN, elaborado por las Gerencias de Supervisión y Asesoría Legal; y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52° del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- A
- 6
- pm
- a) Aprobar la opinión técnico legal respecto a la supuesta contradicción entre la Cláusula 6.8 (Mecanismo de Distribución de Riesgos) y la Cláusulas 6.45 y 1.5 (Obras Accesorias) del Contrato de Concesión IIRSA Norte, en virtud de los nuevos argumentos formulados por la Concesionaria IIRSA NORTE, contenida en el Informe N° 012-09-GS-GAL-OSITRAN.
  - b) Notificar el presente Acuerdo así como el Informe N° 012-09-GS-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria IIRSA NORTE S.A, así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente.

- c) Disponer que, la Gerencia General, en su condición de superior jerárquico de la Gerencia de Supervisión, suspenda la aplicación del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN que remitiera a la empresa Supervisora, con conocimiento de la Concesionaria, a través del Oficio N° 1924-07-GS-OSITRAN, y, conociendo la decisión de las partes, proceda a formular una nueva propuesta de Lineamientos para la aplicación de las Obras Accesorias.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

#### **5.4 Disposición de Bienes Muebles dados de Baja.**

La Administración presenta para aprobación del Consejo el Informe Técnico Legal N° 032-09-GAF-LOG-OSITRAN, elevado con la Nota N° 117-09-GAF-OSITRAN, mediante el cual se evalúa la solicitud de donación de bienes muebles dados de baja mediante Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 006-2009-GAF-OSITRAN, de fecha 25 de mayo de 2009.

Sobre el particular, el Gerente de Administración y Finanzas, Lic. Iván Vega Loncharich, explicó que mediante la Resolución aludida la gerencia a su cargo ha dado de baja a 306 bienes muebles de la institución, por la causal de mantenimiento o reparación onerosa, entre los cuales 181 de ellos se tratan de equipos, como por ejemplo: teclados, monitores, CPU, estabilizadores, ventiladores, entre otros; y, 125, son bienes muebles, como por ejemplo: escritorios de madera, melamine y metal, sillas fijas, sillas giratorias, entre otros, todo lo cual tiene un valor neto de S/. 30,288.04 Nuevos Soles.

Señaló que todos estos bienes se encuentran guardados en la azotea del edificio que ocupa OSITRAN, expuestos a la intemperie, lo cual acrecienta el deterioro de los mismos. Adicionalmente a ello, señaló que habiéndose agotado la ubicación de potenciales receptores de dichos bienes, era conveniente acceder a la solicitud de donación presentada por el colegio IEP "Arturo Padilla Espinoza", el cual ha cumplido con todas las formalidades que exige la normatividad de la Superintendencia de Bienes Nacionales, cuyas necesidades, agregó, han sido verificados por la Gerencia de Administración y Finanzas a su cargo.

Por su parte, el director César Sánchez Módena señaló que, sin desconocer que el procedimiento llevado a cabo es el adecuado, recomienda a la administración evaluar el perfeccionamiento de los trámites de aprobación de donaciones, de modo que haya una mayor difusión de los mismos.

Luego de las preguntas y consultas de los señores directores, los mismos mostraron su conformidad y adoptaron el presente Acuerdo:

**ACUERDO No. 1181-320 -09-CD-OSITRAN  
de fecha 17 de junio de 2009**

Vista la Nota N° 117-09-GAF-OSITRAN y la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 006-2009-GAF-OSITRAN; y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud de sus facultades establecidas en el inciso e) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar la donación de los bienes muebles dados de baja mediante Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 006-2009-GAF-OSITRAN a favor del colegio IEP "Arturo Padilla Espinoza".
- b) Autorizar a la Gerencia de Administración y Finanzas, para que a través de la Oficina de Logística, Unidad Orgánica responsable del Control Patrimonial y Contable de OSITRAN, efectúe las acciones pertinentes para la transferencia en la modalidad de donación de los bienes descritos en el anexo de la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 006-2009-GAF-OSITRAN.
- c) Encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas a notificar el presente Acuerdo, así como la Resolución N° 006-09-GAF-OSITRAN, a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

### **5.5 Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA.**

La Administración presenta para aprobación del Consejo la Propuesta de Actualización del TUPA de OSITRAN elaborado por la Gerencia de Administración y Finanzas con el Informe N° 033-09-GAF-OSITRAN.

Sobre el particular, el Gerente de Administración y Finanzas, Lic. Iván Vega Loncharich, explicó que en el mes de noviembre del año 2007 se remitió a la Presidencia del Consejo de Ministros la documentación necesaria para la aprobación del TUPA de OSITRAN, pero que hasta la fecha dicha instancia no había culminado con el trámite, refiriendo que durante todo este tiempo se han producido algunas modificaciones a la legislación vigente que regula algunos de los procedimientos contemplados en nuestro TUPA, como es el caso de las modificaciones a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, así

como la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones, ambas realizadas en el mes de junio del año 2008.

En tal sentido, explicó que era necesario tramitar y aprobar un nuevo TUPA, destacando que la propuesta de TUPA que se eleva, ha sido elaborada bajo el concepto de Racionalización, a efectos de incurrir en excesos en la solicitud de información y, en síntesis, presenta algunas modificaciones y adecuaciones en 10 de los 15 procedimientos que contiene; ello, como ya se ha señalado, debido a la necesidad de actualizar los mismos en virtud del nuevo marco legal vigente.

Luego de las preguntas y consultas de los señores directores, los mismos mostraron su conformidad y adoptaron el presente Acuerdo:

**ACUERDO No. 1182-320 -09-CD-OSITRAN  
de fecha 17 de junio de 2009**

Visto el Informe N° 033-09-GAF-OSITRAN que contiene el proyecto de Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de OSITRAN, y de acuerdo a lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo, en virtud de su función prevista en el literal n) del Artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el nuevo Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de OSITRAN, a efectos que sea propuesto a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), para su promulgación.
- b) Aprobar el texto del proyecto de Decreto Supremo por el que se aprueba el TUPA de OSITRAN.
- c) Encargar a la Gerencia General a que remita los documentos precitados en los literales anteriores, a la Presidencia de Consejo de Ministros para su respectiva promulgación.
- d) Dispensar el presente acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

No habiendo otro asunto que tratar, el señor Presidente del Consejo Directivo procedió a levantar la sesión

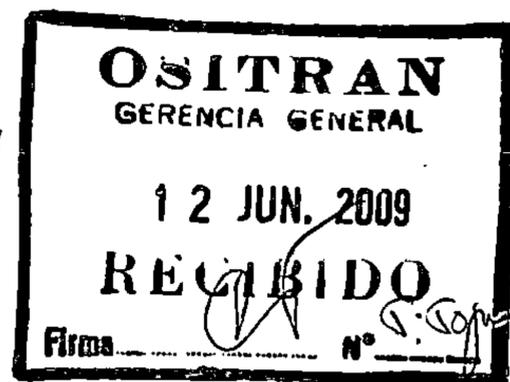
  
**Jesús Tamayo Pacheco**  
Director

  
**César Sánchez Módena**  
Director

  
**Juan Carlos Zevallos Ugarte**  
Presidente



Con la conformidad de este Director,  
pase a la agenda del Consejo Directivo,  
Sesión N° 320



**INFORME N° 012-09-GS-GAL-OSITRAN**

Para : **Jorge Montesinos Córdova**  
Gerente General

De : **Carlos Aguilar Meza**  
Gerente Supervisión (e)

**Roberto Vélez Salinas**  
Gerencia de Asesoría Legal (e)

Asunto : Informe ampliatorio respecto a los nuevos argumentos formulados por la Concesionaria IIRSA NORTE S.A. con relación a las Obras Accesorias, y delimitación de competencias de OSITRAN.

Referencia : Memorando N° 061-09-GG-OSITRAN

Fecha : 12 de Junio de 2009

**I. OBJETIVO**

1. El objetivo del presente Informe es:

- 1.1. Ampliar la opinión técnica – legal, respecto a la aparente contradicción entre la Cláusula 6.8 (Mecanismo de Distribución de Riesgos) y la Cláusulas 6.45 de y 1.5 (Obras Accesorias) del Contrato de Concesión IIRSA Norte, en virtud de los nuevos argumentos formulados por la Concesionaria IIRSA NORTE, durante el uso de la palabra realizado en la Sesión de Consejo Directivo N° 288, así como de la nueva documentación presentada.
- 1.2. Determinar las implicancias legales del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, de fecha 10 de septiembre de 2007, elaborado por la Gerencia de Supervisión; y.
- 1.3. Determinar el ámbito de competencia de OSITRAN.

**II. ANTECEDENTES**

2. En virtud del Contrato de Concesión que con fecha 17 de junio de 2005, suscribieron el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en lo sucesivo el MTC), y la Concesionaria IIRSA Norte S.A (en adelante, la Concesionaria), se otorgó en Concesión a la Concesionaria la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, Mantenimiento y Explotación de la infraestructura de servicio público de los Tramos Viales del Eje



Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA", que seguidamente se detallan:

**Tramos del Eje Multimodal del Amazonas Norte**

RUTA NACIONAL	TRAMO	LONGITUD (Km)
08A y 05N	Yurimaguas-Tarapoto	127.20
05N	Tarapoto-Rioja	133.00
05N	Rioja-Corral Quemado	274.00
04, 03N	Corral Quemado-Olmos	196.20
01B	Olmos-Piura	168.90
02 y 01N	Piura-Paita	55.80
<b>LONGITUD TOTAL</b>		<b>955.10</b>

3. Al respecto, el Estado Peruano se obligó a efectuar los siguientes pagos a la Concesionaria:
- Pago Anual por Obras (PAO), ascendente a la suma US\$ 29'450,963,00 (Veintinueve Millones Cuatrocientos Cincuenta Mil Novecientos Sesenta y Tres con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por un plazo de quince (15) años de la Concesión.
  - Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO), ascendente a la suma de US\$ 15 290 534,00 (Quince Millones Doscientos Noventa Mil Quinientos Treinta y Cuatro con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) aplicable a partir de la fecha de inicio de Explotación y hasta el final de la Concesión.
4. En atención a la Carta N° 448-CINSA-OSITRAN, presentada con fecha 03 de julio de 2008, y Carta N° 490-CINSA-OSITRAN, de fecha 08 de agosto de 2008, se emitió el Informe N° 035-08-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 10 de octubre 2008, respecto a la necesidad de interpretar el Contrato de Concesión en cuanto a la probable contradicción entre las Cláusulas 6.8 (Mecanismo de Distribución de Riesgos), 1.5 y 6.45 (Obras Accesorias) del Contrato de Concesión IIRSA Norte.
5. Dicho informe se elevó a consideración del Consejo Directivo en su Sesión N° 288 del 16 de octubre 2008, en la que se solicitó la ampliación del mismo a efectos de considerar: (i) los nuevos argumentos formulados por la Concesionaria IIRSA NORTE, durante el uso de la palabra realizado en la misma Sesión de Consejo Directivo N° 288; y, (ii) determinar las implicancias legales del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Supervisión, de fecha 10 de septiembre de 2007.
6. Con fecha 21 de octubre de 2008, la Concesionaria remite en medio magnético e impreso, la presentación efectuada ante el Consejo Directivo, así como un informe legal resumiendo su posición.
7. Con fecha 23 de marzo de 2009, la Concesionaria remite la Carta N° 667-CINSA-OSITRAN, mediante la cual emite su opinión sobre los alcances del concepto "seguridad vial" previsto en el Contrato de Concesión.



### III. ANALISIS

En esta parte del informe, se procederá a evaluar (i) los nuevos argumentos formulados por la Concesionaria, durante el uso de la palabra realizado en la Sesión de Consejo Directivo N° 228, así como los nuevos medios de prueba y argumentos esgrimidos, (ii) las implicancias legales del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión, y (iii) la delimitación de competencia del Consejo Directivo, en el caso concreto, para interpretar el Contrato de Concesión. Para tal fin, se ha estructurado el presente informe de la siguiente manera:

#### A SOBRE LOS NUEVOS ARGUMENTOS FORMULADOS POR LA CONCESIONARIA IIRSA NORTE

- A.1. Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión.
- A.2. Bancabilidad del Proyecto – Circular 44.
- A.3. Sobre el contenido del concepto: Seguridad Vial.

#### B DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE COMPETENCIA DE OSITRAN

##### C ANÁLISIS

- C.1. Interpretación Restringida - INFORME 035-08-GS-GAL-OSITRAN
  - C.1.1 Análisis de Riesgos
  - C.1.2 Responsabilidad MDR/ OA
  - C.1.3 OA en Sectores Críticos
- C.2. Interpretación Amplia – PRESENTE INFORME
  - C.2.1 Análisis de Riesgos
  - C.2.2 Responsabilidad MDR/ OA
  - C.2.3 OA en Sectores Críticos
- C.3. Análisis de ambas interpretaciones

##### D IMPLICANCIA DEL INFORME N° 414-07-GS-OSITRAN

- D.1. Competencia exclusiva para interpretar los Contratos de Concesión
- D.2. Naturaleza de los pronunciamientos de los Órganos de Línea.
- D.3. Implicancias del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión.
- D.4. Doctrina de los actos propios

##### E CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A continuación, se desarrollan los puntos antes citados:

#### A SOBRE LOS NUEVOS ARGUMENTOS FORMULADOS POR LA CONCESIONARIA IIRSA NORTE

##### A.1 Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión.

- 8. Mediante Oficio N° 1924-07-GS-OSITRAN, de fecha 17 de septiembre de 2007, OSITRAN remitió a la empresa Supervisora, con copia a la Concesionaria, el **Informe N° 414-07-GS-OSITRAN**, documento que establece los lineamientos para la aplicación de Obras Accesorias que deberá tenerse en cuenta para la evaluación de los informes de la Concesionaria. La Cuarta Conclusión del referido informe establece lo siguiente:



**"4.4. Por último, en el caso que las soluciones de ingeniería inicialmente consideradas en la Propuesta Técnica del Concesionario requieran ser modificadas por razones de seguridad vial, también será de aplicación el mecanismo de Obras Accesorias."**

[Las negritas y subrayado es nuestro]

9. El 2 de octubre de 2007, la Concesionaria presentó los Proyectos de Ingeniería de Detalle (PID's) de la Segunda Etapa, bajo los lineamientos vigentes indicados en numeral precedente. Cabe resaltar que de acuerdo a los nuevos argumentos expuestos, ésta no solicitó la presentación de las Obras de Seguridad Vial bajo el concepto del Mecanismo de Distribución de Riesgos (MDR), porque según el Contrato de Concesión el MDR no resulta aplicable para ítems y riesgos distintos a los establecidos en el Cuadro 3.1 de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.
10. Posteriormente, mediante Oficio N° 1482-08-GS-OSITRAN de fecha 9 de junio de 2009, la Gerencia de Supervisión hizo de conocimiento de la Concesionaria, la opinión legal sobre la definición de Obras Accesorias (Memorando N° 119-08-GAL-OSITRAN), opinión que modifica el tenor de los lineamientos emitidos por OSITRAN.
11. De acuerdo al Memorando N° 119-08-GAL-OSITRAN remitido a la Concesionaria mediante el Oficio N° 1482-08-GS-OSITRAN, las Obras Accesorias por razones de Seguridad Vial únicamente proceden cuando se hayan ejecutado las Obras (propuesta técnica), es decir, cuando existe infraestructura vial. Asimismo, la Concesionaria refiere que *"en varias reuniones, OSITRAN indica que el Concesionario debería haberse acogido al Mecanismo de Distribución de Riesgos"*<sup>1</sup>.
12. Por último, la Concesionaria señala que ha propuesto la ejecución de las Obras de Seguridad Vial bajo el Concepto de Obras Accesorias, toda vez que ésta está en la obligación de actuar de forma diligente respecto a la Seguridad Vial, y además, la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión lo habilita, opinión que el propio OSITRAN, mediante Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, confirmó.

## **A.2 Bancabilidad del Proyecto – Circular 44.**

13. El diseño del Contrato de Concesión de IIRSA NORTE en su origen planteaba que "el Concedente no asumía riesgo alguno por el diseño de las obras, a pesar que los estudios definitivos en función a los cuales se presentarían las propuestas técnicas fueron precisamente elaborados por el Concedente"<sup>2</sup>.
14. Al respecto, en vista que el nivel de riesgo era muy alto, y por ende, las ofertas de los postores iban a ser igualmente altas, el diseño del proyecto debía perfeccionarse, toda vez que existía un claro problema de financiamiento.
15. Ante tal situación, conforme a lo señalado en la Carta N° 547-CINSA-OSITRAN, mediante Circular N° 44 y la versión final del Contrato se modificó la asignación de riesgos de la Concesión. A partir de ese momento, el Concedente asumía parte de los riesgos vinculados a los estudios de ingeniería.
16. La Circular N° 44 incorpora al Contrato de Concesión dos conceptos (i) el Mecanismo de Distribución de Riesgos (Cláusula 6.8); y, (ii) la posibilidad de

<sup>1</sup> Presentación de IIRSA NORTE realizado al Consejo Directivo de Ositran. Octubre de 2008.

<sup>2</sup> Según Carta N° 547-CINSA-OSITRAN



ejecutar Obras Accesorias (Cláusula 6.45). En ambos caso, según refiere la Concesionaria, se trata de mecanismos destinados a que el Concedente asuma los costos derivados de obras inicialmente no previstas en la Propuesta Técnica de ésta.

### A.3 Sobre el contenido de la Seguridad Vial.

17. La Concesionaria establece que la definición de Obras Accesorias, prevista en la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, habilita a que la Propuesta Técnica sea modificada por motivos de Seguridad Vial.
18. Al respecto, la Concesionaria es de la opinión que existen dos posibles lecturas al término "Seguridad Vial": "(i) una lectura restrictiva, que equipara dicho concepto a la mera colocación de señales; y, (ii) una lectura amplia, que lo entiende como todas aquellas obras destinadas a preservar la integridad de la vía a efectos de evita poner en riesgo la seguridad de los usuarios<sup>3</sup>".
19. En opinión de la Concesionaria, el concepto de Obras Accesorias por motivos de "Seguridad Vial" no podría limitarse únicamente a la sola colocación de señales de tránsito en la carretera (lectura restrictiva), sino que, en términos generales, deberá referirse a aquellas obras destinadas a preservar la integridad de la vía, a efectos de evitar poner en riesgo la seguridad de los usuarios.
20. Por último, afirma que la interpretación propuesta resulta coherente con lo que, institucional y doctrinariamente, se ha entendido por "seguridad vial" en materia de diseño y construcción de infraestructura vial.

### B DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE COMPETENCIA DE OSITRAN

21. El numeral 3.1 de la Ley N° 26917<sup>4</sup>, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, prevé que la misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los Contratos de Concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.
22. Asimismo, el acápite e) del numeral 7.1 de la referida Ley, establece que son funciones de OSITRAN, entre otras, interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
23. Por su parte, el numeral d) del artículo 53° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM<sup>5</sup>, Reglamento General de OSITRAN, señala que es función de OSITRAN, entre otras, ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación.

<sup>3</sup> Según Carta N° 667-CINSA-OSITRAN.

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 22 de enero de 1998.

<sup>5</sup> Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.



La interpretación incluye el texto mismo del Contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

24. Sobre el particular, el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN<sup>6</sup>, establece que la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. Si bien, para la interpretación puede hacerse uso de diversos métodos<sup>7</sup>, los cuales son detallados en los referidos Lineamientos, en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión.
25. Como puede advertirse, existe un límite en el ejercicio de la función de interpretación de los Contratos de Concesión. Así, dadas las condiciones particulares de las Bases y el Contrato de Concesión, si el Consejo Directivo de OSITRAN aprecia que la interpretación crea una obligación que no se desprende del Contrato de Concesión, éste no debería pronunciarse. De igual modo, puede presentarse el caso de la existencia de una obligación contractual cuyo contenido es ambiguo u controversial, y que además, no cuente con información alguna o suficiente que permita a OSITRAN efectuar una adecuada interpretación, es decir, extraer el significado del Contrato de Concesión. En ese supuesto, OSITRAN evaluará, caso por caso, si cabe interpretar el Contrato de Concesión; en caso no sea posible, corresponderá a las Partes (Concedente – Concesionario) determinar el contenido, alcance y a quien corresponde asumir este riesgo por la obligación respectiva.

## C ANÁLISIS

Una vez aprobado el Contrato de Concesión, cabe la posibilidad de que existan obligaciones contractuales que aplicando una breve lectura, no permitan establecer claramente qué quieren decir. Para tal efecto, la interpretación constituye un mecanismo destinado a desentrañar el significado de las Cláusulas Contractuales, función que corresponde a OSITRAN.

En el caso que nos aborda, hemos advertido que interpretando el Contrato de Concesión, existen dos posibles interpretaciones válidas sobre la aplicación indistinta o no del Mecanismo de Distribución de Riesgos u Obras Accesorias, sobre lo que debe entenderse por Seguridad Vial; y sobre la posibilidad que el Concedente asuma o no la obligación por las modificaciones de la oferta técnica de la Concesionaria.

Seguidamente, procederemos a describir cada una de las interpretaciones a las que arriba la administración:

### C.1 Interpretación Restringida - INFORME 035-08-GS-GAL-OSITRAN

#### C.1.1 Análisis de los Riesgos asumidos por las Partes en el Contrato de Concesión.

<sup>6</sup> De fecha 17 de noviembre de 2004.

<sup>7</sup> Podrá aplicarse el método literal, lógico, sistemático, histórico. Asimismo, podrá aplicarse supletoriamente el marco regulatorio vigente, así como también, la analogía.



26. Las Bases del Contrato de Concesión fijan las reglas que deben sujetarse los Postores. Así, la regla general prevista en las Bases prevé que los riesgos de ingeniería del proyecto sean asumidos por la Concesionaria, al señalarse expresamente que, la ingeniería del proyecto será desarrollada por el postor bajo su propio criterio y responsabilidad (Numeral 1.1 de las Bases<sup>8</sup>).
27. Al respecto, las Bases establecieron que la oferta entregada por el Postor era de su exclusiva responsabilidad, correspondiéndole a la Empresa Concesionaria asumir los riesgos de su Propuesta Técnica. A mayor abundamiento, el numeral 3.2.2 del Anexo 9 de las Bases reafirma esta posición<sup>9</sup>.
28. Si el Postor asume los riesgos de su Propuesta Técnica, es evidente que él debe determinar las inversiones que debe ejecutar, considerando que la gestión de la infraestructura estará a su cargo. Así, si el Postor propone menores inversiones, la consecuencia inmediata de esta conducta, son los mayores costos de mantenimiento y conservación de la infraestructura. Situación distinta ocurre si el Postor propone mayores inversiones, en cuyo caso, los costos de mantenimiento y conservación de la infraestructura serán menores. Ahora bien, si el Postor no realiza estudio alguno, a pesar de que las Bases prevén esta opción para la presentación de la Propuesta Técnica, éste debe asumir la responsabilidad y riesgo por las omisiones, defectos y errores de ella, no siendo posible atribuir responsabilidad alguna al Concedente, salvo aquellos supuestos que estén claramente establecidos en las Bases y el Contrato de Concesión. Para tal efecto, puede revisarse el numeral 3.4.1 de las Bases<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> "1.1 Convocatoria y Objeto del Concurso

(...)

*El postor tiene amplia libertad para utilizar dicha información, sin embargo la oferta entregada por éste, es de su exclusiva responsabilidad, no pudiendo en el futuro, como Concesionario o en cualquier otra instancia, alegar perjuicios, indemnizaciones ni compensaciones por eventuales errores, omisiones o deficiencias existentes en dichos antecedentes y estudios"*

<sup>9</sup> "3.2.2 Antecedentes existentes

(...)

*Actualmente, con la conformación de la Concesión Amazonas Norte se requieren uniformizar criterios y permitir mayor flexibilización en las intervenciones considerando que el ejecutor de las obras iniciales se hará cargo también del mantenimiento durante todo el período de la Concesión. Es decir, puede realizar mayores inversiones y modificar los diseños de las obras a efectos de reducir el costo del mantenimiento periódico, rutinario y de emergencia. Es en tal sentido, que se establece las exigencias e intervenciones mínimas a realizar considerando que la gestión de la infraestructura estará a cargo del Concesionario, de manera que cumpla con los niveles de servicio mínimos establecidos en el Anexo 1 del Contrato de Concesión.*

*La ingeniería para este Proyecto será desarrollada por los postores bajo su propio criterio y responsabilidad para la preparación de su propuesta Técnica. El Postor propondrá, en base a la información de los estudios del MTC y las propias que realice, las intervenciones a realizar (asumiendo el riesgo que implica efectuar menores inversiones e intervenciones iniciales a las establecidas en los estudios del MTC, pero cumpliendo siempre con los mínimos de este anexo) debiendo verificar o modificar la información de los estudios que realizó el MTC.*

(...)"

[Subrayado agregado]

<sup>10</sup> 3.4 Limitaciones de Responsabilidad

3.4.1 Decisión Independiente de los Postores

Todos los Postores deberán basar su decisión de presentar o no su propuesta técnica y económica en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entrevistas, análisis y conclusiones sobre la información disponible y la que él de manera particular haya procurado, a su propio y entero riesgo.

3.4.2 Limitación de Responsabilidad

(...) En consecuencia, ninguna de las personas que participen en el Concurso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este Punto.

3.4.4 Aceptación por parte del Postor Precalificado de lo dispuesto en el Punto 3.4

La sola presentación del Formulario de Calificación constituirá, sin necesidad de acto posterior alguno, la aceptación de todo lo dispuesto en el Punto 3.4 por parte del Postor y, en su caso, del Concesionario, así como su renuncia irrevocable e incondicional, de la manera más amplia que permitan las Leyes Aplicables, a plantear cualquier acción,



29. Como puede advertirse, la asignación de riesgos contempla que los riesgos del diseño (ingeniería) y construcción sean trasladados a la Concesionaria<sup>11</sup>, por cuanto, dada su experiencia y especialidad en el negocio, es quien mejor puede afrontarlo y al menor costo posible. No obstante ello, mediante la Circular 44 de las Bases se incluyó una regulación referida al tratamiento de las Obras Accesorias (Cláusulas 6.45 a la 6.49), así como un mecanismo de distribución de riesgos de ingeniería (Cláusula 6.8), los mismos que fueron incluidos en el Contrato de Concesión para contribuir "con dar al contrato una mayor bancabilidad y con reorientar la asunción de los riesgos propios que se presentan en la etapa constructiva, debido a soluciones de ingeniería y por efectos de la naturaleza."
30. En el caso del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA", se aprecia que, el Concedente ha reservado algunos riesgos de diseño, a través de la Cláusula que establece el Mecanismo de Distribución de Riesgos (MDR), cuya aplicación se encuentra restringida a determinados sectores donde se ejecutarán las Obras de Segunda Etapa (denominados en el Contrato como sectores críticos), determinadas partidas (Obras que se pueden ejecutar de ser necesarias) y entre otros, algunos requisitos adicionales precisados en la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.
31. Ahora bien, en el caso de la Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión, Obras Accesorias, en atención a lo expuesto precedentemente, los estudios de ingeniería no pueden justificar, en cualquier momento, la ejecución de Obras. Como hemos señalado, la referida Cláusula regula el caso de infraestructura vial existente, y por ende, resulta razonable que no esté considerado en la Propuesta Técnica. Similar es el caso de los estudios de ingeniería, los cuales tampoco pueden comprender dichos sectores<sup>12</sup>.

### C.1.2 Responsabilidad que asume la Concesionaria bajo el esquema del MDR y Obras Accesorias

32. Una de las consecuencias más relevantes que genera la activación del MDR, aspecto que es reconocido por la propia Concesionaria<sup>13</sup>, es el referido al sistema de responsabilidad que se asume con dicho mecanismo. Sobre el particular, si las Obras solicitadas bajo el MDR son aceptadas por el Concedente, la Concesionaria,

reconvencción, excepción, reclamo, demanda o solicitud de indemnización contra el Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, o por PROINVERSIÓN, o el o los asesores.

<sup>11</sup> Similar posición se señala en los Lineamientos de OSITRAN para la Emisión de Opinión en los Proyectos de Contratos de Concesión.

<sup>12</sup> Contrato de Concesión.-

*"6.4.- La ejecución de las Obras a que se hace referencia en la Cláusula 6.1, se realizará de acuerdo a la propuesta técnica presentada por el CONCESIONARIO al obtener la buena pro del Concurso.*

*Para estos efectos, el CONCESIONARIO deberá elaborar el Proyecto de Ingeniería de Detalle de las Obras propuestas en su propuesta técnica, de todas aquellas exigidas en las Bases y el Contrato, así como otras innovaciones tecnológicas que considere pertinente.*

*El Proyecto de Ingeniería de Detalle deberá ser realizado conforme a las normas y estándares establecidos en el Anexo 9 de las Bases, y podrá tener en consideración lo indicado en la Cláusula 6.8.*

*Las Obras no podrán ejecutarse en tanto dicho Proyecto de Ingeniería de Detalle, no se encuentre aprobado por el CONCEDENTE."*

<sup>13</sup> Según Carta N° 448-CINSA-OSITRAN, presentada con fecha 03 de julio de 2008, la Concesionaria adjunta el informe legal elaborado por el Estudio Rodrigo Ellas & Medrano Abogados



de acuerdo con el literal viii) de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión<sup>14</sup>, se hace completamente responsable por dichas Obras, no pudiendo solicitar en el futuro, compensaciones adicionales de ningún tipo. Como puede advertirse, la responsabilidad que asume la Concesionaria es objetiva, es decir, bajo este sistema no basta que se acredite que se actuó con la diligencia ordinaria requerida para liberarse de dicha responsabilidad.

33. En lo que respecta a las Obras Accesorias, si estas son aceptadas por el Concedente, la atribución de responsabilidad que le corresponde a la Concesionaria se hace bajo el sistema subjetivo, es decir, el deudor se liberaría si acredita que actuó con la "diligencia ordinaria requerida". Sobre este particular, si la Concesionaria presenta un expediente por Obras Accesorias, cumpliendo con los requisitos y supuestos previstos en la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión, y éste es aprobado por el Concedente; la Concesionaria podrá solicitar la ejecución de nuevas obras con cargo al presupuesto del Concedente, si luego de construir las Obras Accesorias, éstas se deterioren por causas no imputables a la Concesionaria.
34. En atención a los numerales precedentes, en los hechos, bajo el esquema del MDR, la Concesionaria, en caso de aceptar el MTC las modificaciones propuestas por ésta, se hace completamente responsable por dichas Obras, incluso sin posibilidad de poder solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo.
35. Ahora bien, si como hemos señalado en el literal C.1.1 del presente Informe, la Concesionaria no podría habilitar el mecanismo de Obras Accesorias para modificar su Propuesta Técnica en la Etapa de Ingeniería del Proyecto, en consecuencia, ésta se haría completamente responsable por las Obras ejecutadas en base a su Propuesta Técnica, no siendo posible eludir su responsabilidad por deficiencias de diseño.

### **C.1.3 Sobre las Obras Accesorias en sectores críticos identificados en la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión. Supuestos y oportunidad en las cuales se puede invocar**

#### **C.1.3.1 Cláusula 1.5**

36. La Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión prevé que las Obras Accesorias son aquellas que se ejecutarán para estabilizar la infraestructura vial en los tramos, conforme a lo señalado en las Cláusulas 6.45 a 6.53, en los siguientes supuestos:
- En sectores no considerados en la Propuesta Técnica del Concesionario, para evitar daños a la infraestructura vial por efecto de la erosión fluvial o geotecnia; o,
  - Cuando el tipo de solución de ingeniería inicialmente considerado en la Propuesta Técnica a pesar del adecuado y oportuno Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia:

<sup>14</sup> viii) En el caso que se hayan aceptado las modificaciones propuestas por el CONCESIONARIO y se haya aplicado el mecanismo indicado en la Cláusula 6.50, el CONCESIONARIO se hace completamente responsable por dichas Obras en la etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde los cambios propuestos por él fueron aceptados por el CONCEDENTE y ejecutados por el CONCESIONARIO.



- a. Se deteriore prematuramente; o,
- b. Requiera ser modificado por razones de seguridad vial.

37. Con relación al supuesto (i) que antecede, cabe señalar que la interpretación restrictiva que contiene el presente capítulo, no admitiría la opinión vertida por la Concesionaria respecto a la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión<sup>15</sup>. Si bien puede solicitarse la ejecución de Obras Accesorias, en cualquier momento de la Concesión, conforme a la Cláusula 6.45, la justificación para ello obedecería a razón distinta a la que alega la Concesionaria.

38. Sobre el particular, la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión señala expresamente que su aplicación es en aquellos sectores en los que la Concesionaria no presentó Propuesta Técnica<sup>16</sup> y buscan evitar daños a la infraestructura vial. Una primera aproximación al texto antes citado, nos lleva a concluir que debe existir infraestructura vial, y que la Obra Accesorias tiene como objetivo evitar daños a ésta. Complementando lo antes señalado, podemos referir que aquellos lugares en donde no se presentó Propuesta Técnica corresponden a aquellos en que no estaba programada la construcción de obras, es decir, ahí donde existe infraestructura vial (Obras Existentes). Así tenemos que, el único supuesto aplicable corresponde a aquellos tramos que ya cuentan con infraestructura vial desde el inicio de la Concesión<sup>17</sup>, como es el caso, por ejemplo, de Olmos – Corral Quemado. Como puede advertirse, desde la toma de posesión de los bienes de la Concesión, la Empresa Concesionaria contaba con Obras Existentes<sup>18</sup>, por lo que no resultaría necesario que sobre éstas se presente

<sup>15</sup> Al respecto, la Concesionaria, en la página 9 del informe legal adjunto a la Carta N° 448-CINSA-OSITRAN, afirma que las Obras Accesorias pueden ser solicitadas en cualquier etapa de la concesión. Sobre el particular, indica, que "es perfectamente posible que los estudios durante la etapa de ingeniería de detalle demuestren la necesidad de ejecutar una Obra Accesorias con el fin de 'evitar' – es decir, prevenir- la erosión por causas fluviales o geotécnicas. Nada impide, tampoco –al no estar dicha posibilidad excluida en el Contrato– que la necesidad de su ejecución de su ejecución se constate en un momento posterior, incluso luego de construidas las Obras."

<sup>16</sup> En la etapa de ingeniería, no puede argüirse que puede utilizarse el mecanismo de MDR previsto en el numeral i) de la Cláusula 6.8. Si bien la referida Cláusula habilitaría a que la Empresa Concesionaria plantee nuevas obras en algunos subtramos críticos, y siempre que no hayan sido detectados en los estudios indicados en el cuadro 3 del Anexo 9 de las Bases, la Cláusula 1.5 y 6.45 restringe su aplicación para los casos de infraestructura vial existente.

<sup>17</sup> Se entiende por Infraestructura Vial, conforme a las Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras, aprobadas por Resolución Directoral N° 051-2007/MTC, al conjunto de elementos físicos que forman parte de la vía; es decir, todo aquel elemento o estructura que forma parte de la carretera (explanación, pavimento, bermas, bordillos, cunetas, aliviaderos, muros de contención, alcantarillas, pontones, puentes, túneles, señales, obras de protección y seguridad vial, entorno, medio ambiente, etc). Por su parte, el Glosario de Términos de Uso Frecuente en Proyectos de Infraestructura Vial, aprobado por Resolución Ministerial N° 660-2008-MTC/02 cuenta con dos aproximaciones sobre la definición de Infraestructura Vial. Por un lado, define Infraestructura Vial de Carreteras, toda carretera que conforma o no el Sistema Nacional de Carreteras. De otro lado, define Infraestructura Vial Pública, todo camino, arteria, calle o vía férrea, incluidas sus obras complementarias, de carácter rural o urbano de dominio y uso público. En tal sentido, cuando la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión hace referencia a infraestructura vial, debe entenderse que existen las obras antes descritas, y que adicionalmente a ellas, como consecuencia de un fenómeno natural y lo previsto en la Cláusula 6.8 que posteriormente analizaremos, necesitan construirse Obras Accesorias.

<sup>18</sup> "1.5.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

Obras Existentes

Son aquellas Obras que existen sobre los Bienes Reversibles a la fecha de Toma de Posesión, sin incluir lo construido o incorporado o las mejoras o Rehabilitación que realice el CONCESIONARIO como parte de las Obras de la Primera Etapa y/o las Obras de la Segunda Etapa."

De acuerdo con ésta definición, y lo establecido en las Bases y el Contrato de Concesión, los sectores en los que podría aplicar, el primer supuesto son los siguientes:

- a) Tramo Tarapoto – Yurimaguas, en el subtramo Km. 114 al Km. 127+200.
- b) Tramo Tarapoto – Rioja, en toda su longitud, excepto en los subtramos indicados en los cuadros 7 y 8 del Anexo 9 de las Bases del Concurso.



Propuesta Técnica alguna para dicho sector, y en consecuencia, tampoco correspondería elaborar estudios de ingeniería de detalle. Ahora bien, ante la ocurrencia de un fenómeno natural que ocasione daños a la infraestructura vial existente, podría justificarse, previa evaluación, la aplicación y ejecución de Obras Accesorias posteriormente.

39. En tal sentido, no correspondería que los estudios de ingeniería pueden justificar, en cualquier momento, la ejecución de Obras Accesorias, en base a los argumentos antes expuestos.
40. Con relación al supuesto (ii), la definición de Obras Accesorias incluye dos supuestos adicionales aplicables a sectores incluidos en la Propuesta Técnica de la Empresa Concesionaria, a saber, el deterioro prematuro o razones de seguridad vial. En ambos casos, la norma exige contar con infraestructura vial, la cual ha sido desarrollada en base a la solución de ingeniería de la Propuesta Técnica, a fin de poder acreditar la ocurrencia de los supuestos adicionales antes descritos, y que como consecuencia de ello, sea necesario ejecutar Obras. Al respecto, somos de la opinión que las Obras Accesorias, en atención a los supuestos adicionales antes descritos, proceden únicamente de manera posterior a la construcción de la infraestructura vial, toda vez que el propio texto de la definición de las Obras Accesorias, hace referencia al adecuado y oportuno Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia<sup>19</sup>, el cual sólo sería aplicable en el caso que la infraestructura vial empieza a explotarse.

c) Tramo Corral Quemado – Rioja, en toda su longitud, excepto en los subtramos indicados en los cuadros 11, 12 y Literal c) del Anexo 9 de las Bases del Concurso.

d) Tramo Dv. Olmos – Corral Quemado, en toda su longitud.

e) Tramo Piura – Dv. Olmos, en toda su longitud.

f) Tramo Paita – Piura, en toda su longitud.

<sup>19</sup> "1.5.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

#### Mantenimiento

Comprende las actividades rutinarias, periódicas o de emergencia destinadas a la Conservación de los Bienes de la Concesión y requeridas para dar cumplimiento a los niveles de servicios mínimos establecidos en el presente Contrato. Incluye:

- Mantenimiento Rutinario: Básicamente los términos precisados en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, así como en el AASHTO y el Instituto del Asfalto, los mismos que hacen referencia a aquellas actividades que se realizan con el propósito de proteger y mantener en buenas condiciones de funcionalidad la infraestructura vial, a efectos de atender adecuadamente el tráfico acorde con los niveles de servicio exigidos para la vía. Comprende, entre otras, las siguientes actividades:

- Limpieza y reparación, de ser el caso, de calzadas y bermas, alcantarillas, cunetas,
- Señales, guardavías y otros elementos de la infraestructura vial.
- Conservación de los elementos de puentes y obras de arte.
- Repintado de la señalización horizontal en zonas puntuales.
- Replantado y arreglo de las áreas verdes.
- Parchados, tratamiento de fisuras, bacheos y sellado.
- Control de vegetación o de arena.
- Mantenimiento de las señales verticales.
- Estabilización de taludes y control de la erosión de los mismos.
- Control y manejo de sedimentos.
- Verificación de señalizaciones y seguridad vial complementaria.

- Mantenimiento Periódico: Básicamente los términos precisados en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, así como en el AASHTO y el Instituto del Asfalto, los mismos que hacen referencia a tareas de mantenimiento mayor preventivas que se efectúan con el propósito de asegurar la funcionalidad e integridad del



41. Con respecto al deterioro prematuro previsto en el supuesto (ii) precedente, no existe divergencia alguna entre la interpretación formulada por la Concesionaria y lo sostenido en el presente informe, pues se sostiene que este supuesto para la ejecución de Obras Accesorias aplica cuando exista infraestructura vial construida, es decir, podrá aplicarse el referido supuesto con posterioridad a la etapa de construcción, siempre y cuando, se acredite que la Concesionaria ha cumplido con el adecuado y oportuno mantenimiento que le obliga el Contrato de Concesión.
42. Con respecto a las razones de seguridad vial previstas en el supuesto (ii) precedente, el texto de la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión nos permite apreciar que las Obras Accesorias se realizarán, cuando a pesar del adecuado mantenimiento, existan razones de seguridad vial que justifiquen su ejecución. Somos de la opinión que la condición establecida "a pesar del adecuado y oportuno Mantenimiento", va ligada tanto al supuesto de "deterioro prematuro" como al de "razones de seguridad vial", conforme puede apreciarse, textualmente, de la propia Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión<sup>20</sup>. En tal sentido, la referida Cláusula haría referencia al adecuado y oportuno mantenimiento, y por ende, exigiría la existencia de una infraestructura vial aplicable también para el caso de seguridad vial.
43. A mayor abundamiento, la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión prevé que las Obras Accesorias, en ningún caso tienen su origen en deficiencias en el Mantenimiento y Conservación de las Obras u otras causas imputables al Concesionario. Como puede advertirse, interpretando sistemáticamente la referida Cláusula, al igual que la Cláusula 1.5, éstas exigen que la Concesionaria realice un mantenimiento adecuado, toda vez que, si las Obras Accesorias que se soliciten se deben a deficiencias en su mantenimiento, éstas no podrán realizarse bajo la fórmula de Obras Accesorias, por lo que sería de exclusiva responsabilidad de la Concesionaria la ejecución de las mismas.
44. En resumen, este tipo de interpretación nos permite concluir que las Obras Accesorias, en todos los casos antes citados, sólo proceden cuando existe infraestructura vial construida, sin perjuicio de los otros requisitos previstos para cada supuesto. En efecto, en aquellos sectores no considerados en la Propuesta Técnica de la Empresa Concesionaria, porque ya existía infraestructura desde el inicio de la Concesión, las Obras Accesorias tienen por finalidad evitar daños a la infraestructura vial, como consecuencia de la ocurrencia de un fenómeno natural o por las demás causas de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión que pueda ocasionar efectos de erosión fluvial o geotecnia.

*camino tal como fue diseñado. Son tareas previsibles en el tiempo, periódicas, cuya ejecución es determinada por la inadecuación de algún índice que establece las capacidades estructurales de la Vía. Comprende entre otras, la renovación del pavimento (revestimiento del asfalto delgado; tratamiento superficial o capa de resellado, riego niebla, lechada, micropavimento u otros); control general de la rugosidad del pavimento, alcantarillas, cunetas y obras de arte.*

- Mantenimiento de Emergencia: Consiste en tareas de ejecución ocasional, de carácter extraordinario, efectuadas con el propósito de recuperar la funcionalidad o integralidad del Área de la Concesión, que se haya perdido por efecto de la acción del clima, la naturaleza u otros factores diferentes del normal uso de la infraestructura vial"

[El subrayado es nuestro]

<sup>20</sup> Para que pueda ser aplicable la interpretación propuesta por la Empresa Concesionaria, la redacción de la definición de Obras Accesorias probablemente debió incluir lo siguiente:

(...), o cuando el tipo de solución de ingeniería inicialmente considerado en la Propuesta Técnica a pesar del adecuado y oportuno Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia se deteriore prematuramente[;] o **[cuando]** requiera ser modificado por razones de seguridad vial.



Similar que en el caso anterior, en los sectores que sí están comprendidos en la Propuesta Técnica, únicamente procederían las Obras Accesorias luego de construida la infraestructura vial, toda vez que la Cláusula 6.45 y Cláusula 1.5 hacen referencia al mantenimiento previo, y por ende, exige la existencia de dicha infraestructura vial.

45. Ahora bien, si como hemos manifestado, las Obras Accesorias exigen la existencia previa de Infraestructura Vial, ¿Cuáles son las obras que pueden ser pasibles de ser incorporadas bajo el concepto Seguridad Vial?
46. Se entiende por Seguridad Vial, conforme al Glosario de Términos de Uso Frecuente en Proyectos de Infraestructura Vial<sup>21</sup>, aquel "conjunto de acciones orientadas a prevenir o evitar los riesgos de accidentes de los usuarios de las vías y reducir los impactos sociales negativos por causa de la accidentalidad". A fin de dar contenido al concepto de Seguridad Vial, las Especificaciones Generales para Construcción de Carreteras (EG – 2000)<sup>22</sup>, prevé en su Capítulo 8, los aspectos vinculados a la Señalización y Seguridad Vial, comprendiendo dentro de éste, las Señales, Delineadores, Guardavías, Captafaros, entre otros<sup>23</sup>.
47. De igual modo, la norma sobre Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras<sup>24</sup> describe los conceptos que incluye la Seguridad Vial, comprendiendo dentro de éste, la Limpieza de Calzada y Bermas, Conservación de Señales Verticales y Postes Kilométricos, Conservación de Guardavías Metálicos, entre otros<sup>25</sup>.
48. Asimismo, el numeral 5.2 del Anexo I del Contrato de Concesión, cuando regula los niveles de servicio individuales, señala bajo el rubro de seguridad vial, los

<sup>21</sup> Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 660-2008-MTC/02. El mismo concepto puede apreciarse en las Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras.

<sup>22</sup> Aprobadas mediante Resolución Directoral N° 1146-2000-MTC/15.17

<sup>23</sup> Los conceptos que se incluyen dentro del rubro **Señalización y Seguridad Vial** son:

- **Señalización Vertical Permanente**
- **Señales Preventivas**
- **Señales Regulatorias**
- **Señales Informativas**
- **Elemento de soporte de señales**
- **Delineadores**
- **Marcas Permanentes en el pavimento**
- **Guardavías Metálicas**
- **Captafaros**
- **Postes de Kilometraje**

<sup>24</sup> Aprobada mediante Resolución Directoral N° 051-2007-MTC/14.

<sup>25</sup> Los conceptos que se incluyen dentro del rubro Seguridad Vial son:

- **Limpieza de la Calzada y de las Bermas**
- **Remoción de Arena**
- **Conservación de las Señales Verticales**
- **Conservación de Postes de kilometraje**
- **Conservación de Guardavías Metálicos.**
- **Reposición e Instalación de Señales Verticales**
- **Reposición o instalación de Postes Kilométricos**
- **Mantenimiento de Marcas Permanentes en el Pavimento.**
- **Reemplazo o Instalación de Delineadores**
- **Instalación de Reductores de Velocidad.**
- **Limpieza y Pintado de Cabezales de Alcantarillas, Baranda de Puentes, Sardineles de Pontones, Elementos Visibles de Muros y Otros Elementos Viales.**
- **Colocación de Elementos de Protección con Rellenos de Material, Madera, Llantas Usadas u Otros Materiales Locales.**
- **Reposición o dotación de Aceras de Concreto.**
- **Instalación de Puentes Peatonales**
- **Conservación de Puentes Peatonales**



siguientes conceptos: señalización vertical y aérea, señalización horizontal, y elementos de encarrilamiento y defensa. Adicionalmente, el Apéndice 3 del referido Anexo, regula los parámetros de condición de servicialidad exigibles en las concesiones viales, encontrándose también el parámetro de Seguridad Vial, el cual comprende los conceptos de señalización vertical y aérea, señalización horizontal, y elementos de encarrilamiento y defensa<sup>26</sup>.

49. Como puede apreciarse, en caso la Concesionaria solicitará la ejecución de Obras Accesorias como consecuencia que el tipo de solución de ingeniería en su Propuesta Técnica, a pesar del adecuado y oportuno mantenimiento, requiere ser modificado por razones de seguridad vial, las Obras que se soliciten debería ajustarse al contenido descrito en los párrafos precedentes, dando cumplimiento al marco normativo vigente y al Contrato de Concesión.

### **C.1.3.1.2 Cláusula 6.45**

50. Si bien se ha analizado la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, se puede advertir que se ha hecho uso, sistemáticamente, de lo previsto en la Cláusula 6.45. En tal sentido, se abordarán los aspectos relevantes que complementan el análisis de la Cláusula 1.5, (Obras Accesorias) precedente.
51. El primer párrafo de la Cláusula 6.45 prevé que durante la vigencia de la Concesión, el Concesionario podrá presentar al Concedente y al Regulador, un informe que sustente la necesidad de ejecutar Obras Accesorias.
52. Un análisis literal de la frase "durante la vigencia de la Concesión", podría inducir que cuando el texto señala que las Obras Accesorias pueden solicitarse en cualquier momento de la Concesión, éstas podrían comprender la etapa de

<sup>26</sup> Los conceptos que incluye el parámetro de Seguridad Vial son:

- **Señalización Horizontal:**

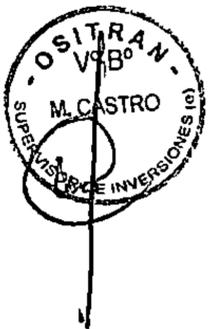
- Geometría incorrecta de las líneas
- Decoloración o suciedad de las líneas o marcas
- Visibilidad nocturna insuficiente de las líneas o marcas
- Visibilidad diurna insuficiente de las líneas o marcas
- Exceso de desgaste de las líneas o marcas
- Geometría incorrecta de las tachas reflectivas
- Deterioro de las tachas reflectivas
- Pérdida o inutilidad de las tachas reflectivas

- **Señalización vertical y aérea**

- Elementos faltantes
- Decoloración de las placas de las señales
- Visibilidad nocturna insuficiente de las placas de las señales
- Deterioro del mensaje de las placas de las señales
- Deterioro de los elementos de fijación de las placas de las señales
- Deterioro de los soportes de las señales
- Deterioro de los postes kilométricos

- **Elementos de encarrilamiento y defensa**

- Elementos faltantes
- Deficiencia en la colocación de las defensas metálicas
- Deterioros y limpieza de las defensas metálicas
- Deficiencia en la colocación de los parapetos con baranda
- Deterioros y limpieza de los parapetos con baranda
- Deficiencia en la colocación de los delineadores en las curvas
- Deterioros y limpieza de los delineadores de curvas



construcción y etapa de ingeniería de proyecto, toda vez que, se incluyen todas la obras desde el día de la toma de posesión hasta la culminación del plazo de vigencia del Contrato de Concesión. Sin embargo, como hemos manifestado, interpretando esta frase de manera conjunta y sistemática con la definición de Obras Accesorias previamente analizada, valorando, caso por caso, la oportunidad en que pueden ser planteadas las Obras Accesorias, teniendo en consideración que éstas únicamente proceden cuando existe infraestructura vial.

53. La Concesionaria interpreta que pueden presentarse Obras Accesorias durante todo el plazo de la Concesión, en sectores no considerados en su Propuesta Técnica, a fin de evitar daños a la infraestructura vial por efecto de la erosión fluvial o geotecnia; o, en aquellos sectores incluidos en la mencionada propuesta, por razones de Seguridad Vial. En este último caso, la Concesionaria considera que dicho supuesto no se encuentra condicionado por el "adecuado y oportuno mantenimiento", con lo cual considera que no es necesaria la existencia de infraestructura vial.

54. Sobre el particular, de acuerdo con el análisis e interpretación realizada en el literal C.1.3.1 precedente, concluimos que de acuerdo a una interpretación sistemática de la Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión, las Obras Accesorias que la Empresa Concesionaria podría solicitar durante la vigencia de la Concesión, son aquellas que requieren construirse en los sectores no considerados en la Propuesta Técnica, es decir, en aquellos sectores donde existía infraestructura vial al momento de la Toma de Posesión.

55. Asimismo, en los sectores que se encuentran en la Propuesta Técnica de la Empresa Concesionaria, ya sea por el supuesto de deterioro prematuro o seguridad vial, las Obras Accesorias no proceden en la etapa de la construcción, siendo aplicables cuando la infraestructura vial existe. Esta conclusión se fundamenta en el hecho que las causales mencionadas, deterioro prematuro o seguridad vial, que permiten aplicar las Obras Accesorias en los sectores incluidos en la Propuesta Técnica, están condicionadas al mantenimiento adecuado y oportuno, situación que únicamente es posible cuando la carretera está construida.

56. De otro lado, la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión prevé que las causas que originan la necesidad de realizar Obras Accesorias deben fundamentarse en los siguientes supuestos:

- A. Fenómenos naturales; o,
- B. Por las demás causales previstas en la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.

57. Con relación a los fenómenos naturales, esta causa corresponde a aquellos hechos que no pudo haber previsto (imprevisibilidad) la Concesionaria al momento de la presentación de su Propuesta Técnica. Contrario sensu, si la Concesionaria hubiese podido preverlo, y no adoptó medida alguna en la oportunidad debida, (Propuesta Técnica o PID, cuando aplique) las obras necesarias para solucionar los efectos del fenómeno natural deberán ser asumidos íntegramente por la Concesionaria.

58. Con relación a la causa denominada "demás causales prevista en la Cláusula 6.8", debemos indicar que las causales a que hace referencia corresponden a las



previstas en los literales ix) y xi) de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión, donde literalmente se indica que éstas deben tramitarse como Obras Accesorias.

## C.2 Interpretación Amplia – El PRESENTE INFORME

### **C.2.1. Análisis de los Riesgos asumidos por las Partes en el Contrato de Concesión.**

59. Como hemos indicado, las Bases del Contrato de Concesión fijan las reglas a que deben sujetarse los Postores. Así, la regla general prevista en las Bases prevé que los riesgos de ingeniería del proyecto sean asumidos por la Concesionaria, al señalarse expresamente que, la ingeniería del proyecto será desarrollada por el postor bajo su propio criterio y responsabilidad. Sin embargo, advertimos que existiría una excepción a la regla general, que viabiliza la modificación de la ingeniería propuesta. El ámbito de dicha excepción resulta relevante para el presente análisis.
60. Sobre el particular, la Circular N° 44 incluyó en las Bases del Concurso, la regulación de las Obras Accesorias así como el Mecanismos de Distribución de Riesgos de Ingeniería, mecanismos que contribuyeron a otorgar mayor bancabilidad y reorientar la asunción de los riesgos propios que se presentan en la etapa constructiva, debido a soluciones de ingeniería y por efectos de la naturaleza.
61. Cabe mencionar que, según el Diagnóstico Preliminar del Proyecto efectuado durante el inicio del Concurso, el alcance del Eje Multimodal Amazonas Norte alcanzó un total de US\$ 524.8 Millones de Dólares Americanos<sup>27</sup>, con el objetivo que sea la Concesionaria quien asuma todos los riesgos de la infraestructura vial. Sin embargo, con la finalidad de perfeccionar el diseño del Concurso, haciendo viable financieramente el Proyecto, se incorporó la referida Circular N° 44, trasladando algunos riesgos al Concedente. Con este nuevo diseño, el cual se plasma en la Circular 47, se establecieron los valores máximos de Pago Anual de Obras (PAO) y Pago Anual por Mantenimiento (PAMO) por US\$ 29'450,963 y US\$ 15'290,534 respectivamente<sup>28</sup>, además, de los ajustes correspondientes.
62. Bajo este escenario, en el caso del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA", se desprende que el Concedente habría reservado algunos riesgos de diseño, a través de la Cláusula que establece el Mecanismo de Distribución de Riesgos (Cláusula 6.8) y Obras Accesorias (Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45).
63. En ese orden de ideas, la aplicación indistinta del MDR y Obras Accesorias, facultaría a la Concesionaria trasladar parte o la totalidad del riesgo del diseño, de construcción y/o explotación al Concedente. La presente interpretación incluye la decisión del Estado correspondiente a todo el proceso de formación del Contrato de Concesión (Proceso de Licitación - relación "Estado – Postores"), permitiendo conocer el esquema de asignación de riesgos que estableció el Contrato de Concesión.

<sup>27</sup> Presentación efectuada por el Comité de Proinversión "Proceso de Concesión de los tramos viales del Eje Multimodal Amazonas Norte de IIRSA". Plan de Promoción. 24 de marzo de 2003.

<sup>28</sup> Conformidad otorgada según Acuerdo del Comité de Infraestructura N° 236-11-2005-IIRSA.



## C.2.2. Responsabilidad que asume la Concesionaria bajo el esquema del MDR y Obras Accesorias

64. Como hemos señalado, una de las consecuencias más relevantes que genera la activación del MDR, aspecto que es reconocido por la propia Concesionaria<sup>29</sup>, es el referido al sistema de responsabilidad que se asume con dicho mecanismo. Sobre el particular, si las Obras solicitadas bajo el MDR son aceptadas por el Concedente, la Concesionaria, de acuerdo con el literal viii) de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión<sup>30</sup>, se hace completamente responsable por dichas Obras, no pudiendo solicitar en el futuro, compensaciones adicionales de ningún tipo. Como puede advertirse, la responsabilidad que asume la Concesionaria es objetiva, es decir, bajo este sistema no basta que se acredite que se actuó con la diligencia ordinaria requerida para liberarse de dicha responsabilidad.
65. En lo que respecta a las Obras Accesorias, si estas son aceptadas por el Concedente, la atribución de responsabilidad que le corresponde a la Concesionaria se hace bajo el sistema subjetivo, es decir, el deudor se liberaría si acredita que actuó con la "diligencia ordinaria requerida". Sobre este particular, si la Concesionaria presenta un expediente por Obras Accesorias, cumpliendo con los requisitos y supuestos previstos en la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión, y éste es aprobado por el Concedente; la Concesionaria podrá solicitar la ejecución de nuevas obras con cargo al presupuesto del Concedente, si luego de construir las Obras Accesorias, éstas se deterioran por causas no imputables a la Concesionaria.
66. Ahora bien, bajo el entendido que la Concesionaria puede aplicar indistintamente el MDR y Obras Accesorias, conforme a lo previsto en la Cláusula 6.8 (MDR), Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45 (Obras Accesorias) del Contrato de Concesión, ésta determinará los efectos que deseen que se les trasladen, es decir:
- En virtud de la aplicación del MDR (Cláusula 6.8), la Concesionaria podrá proponer durante los plazos de ejecución de los Proyectos de Ingeniería ("diseño") modificaciones a su Propuesta Técnica, conforme a lo previsto en la referida Cláusula, lo que determina que, luego de la aprobación del diseño por el Concedente, con el compromiso de éste de cubrir los costos adicionales por la ejecución de dichas Obras, el riesgo de construcción y explotación retorne a la Concesionaria, no pudiendo reclamar éste último por mayores costos en los que pudiera incurrir, producto de un error de diseño, construcción y/o explotación, durante el Plazo de la Concesión.
  - Por otro lado, en virtud de la aplicación de Obras Accesorias (Cláusula 1.5 y 6.45), la Concesionaria podría proponer en cualquiera oportunidad, sea éste en la oportunidad de diseño, de construcción o de explotación, modificaciones a su Propuesta Técnica, en el marco que le establece la definición de "Obras Accesorias", luego de su aprobación por el Concedente, con el compromiso de éste de cubrir los costos adicionales por la ejecución de dichas Obras. Cabe resaltar que, el riesgo permanece en el Concedente. De presentarse la

<sup>29</sup> Según Carta N° 448-CINSA-OSITRAN, presentada con fecha 03 de julio de 2008, la Concesionaria adjunta el informe legal elaborado por el Estudio Rodrigo Elías & Medrano Abogados

<sup>30</sup> viii) En el caso que se hayan aceptado las modificaciones propuestas por el CONCESIONARIO y se haya aplicado el mecanismo indicado en la Cláusula 6.50, el CONCESIONARIO se hace completamente responsable por dichas Obras en la etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde los cambios propuestos por él fueron aceptados por el CONCEDENTE y ejecutados por el CONCESIONARIO.



necesidad de ejecutar nuevas Obras Accesorias, siempre que se cumpla la condición de "...verificarse que su deterioro no se deba a un inadecuado mantenimiento o conservación...", la Concesionaria podrá proponer nuevas Obras Accesorias.

### **C.2.3. Sobre las Obras Accesorias en sectores críticos identificados en la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión. Supuestos y oportunidad en las cuales se puede invocar**

#### **C.2.3.1 Cláusula 1.5**

67. Como ya se señaló en el punto C.1.3.1 del presente informe, la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión prevé que las Obras Accesorias son aquellas que se ejecutarán para estabilizar la infraestructura vial en los tramos, conforme a lo señalado en las Cláusulas 6.45 a 6.53 del Contrato de Concesión.

68. De acuerdo a lo señalado en la referida Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, los supuestos para aplicar las Obras Accesorias son los siguientes:

- i. En sectores no considerados en la Propuesta Técnica del Concesionario, para evitar daños a la infraestructura vial por efecto de la erosión fluvial o geotecnia;
- o,
- ii. Cuando el tipo de solución de ingeniería inicialmente considerado en la Propuesta Técnica a pesar del adecuado y oportuno Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia se deteriore prematuramente o requiera ser modificado por razones de seguridad vial.

69. Con relación al supuesto (i) precedente, la interpretación o lectura amplia que contiene el presente capítulo comparte los mismos argumentos vertidos en los numerales 38 al 40 del presente informe, por lo que no haremos mayores comentarios al respecto.

70. El punto que sí amerita una segunda lectura o interpretación lo encontramos en el supuesto (ii), en el que aplicando literalmente el numeral 16.7 del Contrato de Concesión<sup>31</sup>, cabría la posibilidad de interpretar que el referido supuesto contempla dos sub supuestos independientes, tal como lo afirma la Concesionaria, es decir, la definición de Obras Accesorias incluye dos supuestos adicionales aplicables a sectores incluidos en la Propuesta Técnica de la Concesionaria, a saber, el deterioro prematuro o razones de seguridad vial.

71. Con respecto al deterioro prematuro descrito precedente, no existe divergencia alguna entre la interpretación formulada por la Concesionaria y lo sostenido en el presente informe, pues se sostiene que este supuesto para la ejecución de Obras Accesorias aplica cuando exista infraestructura vial construida, es decir, podrá aplicarse el referido supuesto con posterioridad a la etapa de construcción, siempre y cuando, se acredite que la Concesionaria ha cumplido con el adecuado y oportuno mantenimiento que le obliga el Contrato de Concesión.

72. Con respecto a las razones de seguridad vial descrita precedentemente, y en caso se admita la interpretación literal del numeral 16.7 del Contrato de Concesión, las

<sup>31</sup> Contrato de Concesión

16.7.- El uso de la disyunción "o" es una enumeración deberá entenderse que comprende exclusivamente a alguno de los elementos de tal enumeración.



Obras Accesorias podrían solicitarse en cualquier momento, por razones de seguridad vial, incluso en la etapa de construcción, toda vez que no existiría condición previa referida al adecuado y oportuno mantenimiento.

73. Cabe resaltar que, el supuesto de seguridad vial podría constituir uno de los mecanismos que otorgan mayor bancabilidad al Proyecto, conforme a lo previsto en la Circular N° 44 de las Bases del Concurso, reorientando la asunción de los riesgos propios que se presentan en la etapa constructiva.
74. Ahora bien, con relación al contenido del concepto "Seguridad Vial", cabe señalar que en base a los argumentos de la Concesionaria, el Contrato de Concesión admitiría una segunda interpretación<sup>32</sup>, la cual nos haría entender que éste concepto debe estar relacionado no solo a aspectos de señalización, sino también a la seguridad de los ciudadanos.
75. Sobre el particular, cabe citar el Plan Vial Nacional, publicado en la página web de PROVIAS Nacional, el cual contiene una sección destinada a la Seguridad Vial, estableciendo como una acción a mediano plazo "dar atención especial a las Unidades de Seguridad Vial al interior del MTC y de las Municipalidades, para identificar y mejorar los puntos negros en la red vial nacional. Asimismo, se deberán hacer los esfuerzos necesarios para introducir la auditoría de seguridad en los diseños de caminos que se propongan en el futuro para que sean construidos brindando seguridad al usuario."
76. Como puede advertirse, una lectura más amplia, incorpora al concepto de seguridad vial las medidas requeridas para evitar la ocurrencia de accidentes y la mantención de un nivel de servicio adecuado de la vía que resguarde la seguridad de los usuarios. Si bien las normas legales y el propio Contrato de Concesión habilitan una interpretación restrictiva sobre el concepto Seguridad Vial, sin embargo, también es válida la interpretación propuesta, la misma que guarda concordancia con lo expuesto por la Concesionaria:

*"(...), tanto de la interpretación sistemática como finalista del Contrato de Concesión, así como de acuerdo con la definición doctrinal de "Seguridad Vial", en el marco de la definición de Obras Accesorias dicho concepto debe ser entendido en los términos más amplios posibles, esto es, como aquellas obras o trabajos destinados a preservar la integridad de la vía a efectos de garantizar la seguridad de los usuarios, sin que resulte válido, a efectos del Contrato de Concesión, limitar este concepto únicamente a la señalización de la vía."*<sup>33</sup>

[El subrayado es nuestro]

77. En tal sentido, cabría una interpretación del concepto Seguridad Vial, que en aplicación de la Circular N° 44 y lo antes expuesto, harían viable que el referido concepto incluya de manera amplia las obras o trabajos destinados a preservar la integridad de la vía a efectos de garantizar la seguridad de los usuarios.

### **C.2.3.2 Cláusula 6.45**

78. La Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión prevé que las causas que originan la necesidad de realizar Obras Accesorias deben fundamentarse en los siguientes supuestos:

A. Fenómenos naturales; o,

<sup>32</sup> Aparte de la que hemos ensayado en el numeral 3.1.3.1 del presente informe.

<sup>33</sup> Mediante Carta N° 667-CINSA-OSITRAN de fecha 23 de marzo de 2009, IIRSA Norte adjunta la opinión de su Consultor Legal sobre los alcances del concepto "Seguridad Vial". La cita obra en el numeral 6), página 10.



B. Por las demás causales previstas en la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.

79. Al respecto, en aplicación de la Circular N° 44 y a lo descrito en la presente sección, cabe que la Concesionaria pueda optar por la aplicación del MDR y/o Obras Accesorias. Siendo este el caso, para que la Concesionaria habilite las Obras Accesorias en los sectores críticos, ésta debería cumplir con acreditar (i) la ocurrencia de un fenómeno natural, y/o (ii) las restricciones previstas en la Cláusula ix) y xi) de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.

80. La interpretación propuesta se desprende de las Circulares, del texto de las Bases y del propio Contrato de Concesión, habilitando la aplicación de las Obras Accesorias en la etapa de ingeniería, más aún cuando ambos mecanismos (MDR y Obras Accesorias), sin distinción alguna, fueron incorporados en la Circular N° 44 con el objeto de otorgar mayor bancabilidad al Contrato de Concesión.

### C.3 Análisis de ambas interpretaciones

81. Las Circulares, las Bases y el propio Contrato de Concesión fijan las reglas a que deben sujetarse los Postores. Si bien por regla general los riesgos de ingeniería del proyecto son asumidos por la Concesionaria, cabe que el Concedente asuma algunos riesgos de ingeniería que viabilicen el proyecto de inversión, regulación que constituye una excepción a esta regla general.

82. En el caso del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA", se aprecia que, caben dos interpretaciones posibles sobre los riesgos de diseño que asumen el Concedente y la Concesionaria, interpretaciones que derivan en conclusiones distintas, como podrá apreciarse del presente informe.

83. Una primera lectura del Contrato de Concesión, y en particular de lo establecido por la Cláusula 6.8 (Mecanismo de Distribución de Riesgos) y las Cláusula 6.45 y 1.5 (Definición de Obras Accesorias), concluirían que no podría admitirse que, el Contrato de Concesión faculte al Concesionario a invocar indistintamente el MDR u Obras Accesorias, por cuanto:

(i) la Cláusula 6.8 antes indicada precisa que "*El presente Contrato contempla un mecanismo de distribución de riesgos en la etapa de ingeniería del proyecto*", restringiendo su aplicación a este único mecanismo,

(ii) la Circular N° 44 de las Bases incluyó el Mecanismo de Distribución de Riesgos de Ingeniería y Obras Accesorias; sin embargo la referida Circular no contempla expresamente la habilitación para la aplicación indistinta de ambos mecanismos, y

(iii) dicha posición trasladaría el riesgo del diseño al Concedente, variando la regla general del esquema de asignación de riesgos.

84. Una segunda lectura del texto de las Bases y del propio Contrato de Concesión, permitiría la aplicación indistintamente el MDR y Obras Accesorias, toda vez que:

(i) la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión establece que "Durante la vigencia de la Concesión (...) [puede] ejecutar Obras Accesorias", lo cual nos



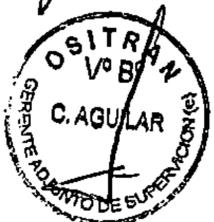
podría llevar a entender que este mecanismo sea aplicable en la etapa de ingeniería del proyecto.

(ii) la Circular N° 44 incluyó en las Bases del Concurso, la regulación de las Obras Accesorias así como el Mecanismo de Distribución de Riesgos de Ingeniería, mecanismos que contribuyeron a otorgar mayor bancabilidad y reorientar la asunción de los riesgos propios que se presentan en la etapa constructiva, debido a soluciones de ingeniería y por efectos de la naturaleza.

(iii) dicha posición dejaría a decisión exclusiva de la Concesionaria, trasladar el riesgo del diseño al Concedente.

85. Si como hemos señalado, las Obras solicitadas bajo el MDR son aceptadas por el Concedente, la Concesionaria, de acuerdo con el literal viii) de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión<sup>34</sup>, se hace completamente responsable por dichas Obras, no pudiendo solicitar en el futuro, compensaciones adicionales de ningún tipo. Como puede advertirse, la responsabilidad que asume la Concesionaria es objetiva, es decir, bajo este sistema no basta que se acredite que se actuó con la diligencia ordinaria requerida para liberarse de dicha responsabilidad.
86. En lo que respecta a las Obras Accesorias, si estas son aceptadas por el Concedente, la atribución de responsabilidad que le corresponde a la Concesionaria se hace bajo el sistema subjetivo, es decir, el deudor se liberaría si acredita que actuó con la "diligencia ordinaria requerida". Sobre este particular, si la Concesionaria presenta un expediente por Obras Accesorias, cumpliendo con los requisitos y supuestos previstos en la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión, y éste es aprobado por el Concedente; la Concesionaria podrá solicitar la ejecución de nuevas obras con cargo al presupuesto del Concedente, si luego de construir las Obras Accesorias, éstas se deterioren por causas no imputables a la Concesionaria.
87. En atención a lo expuesto, reiteramos que caben dos interpretaciones sobre la regulación del Mecanismo de Distribución de Riesgos (Cláusula 6.8) y Obras Accesorias (Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45). Ambas interpretaciones contienen argumentos suficientes que validarían su posición. Sin embargo, más allá de establecer cuál es la mejor interpretación del Contrato de Concesión, debemos advertir que, no puede determinarse claramente (i) el alcance de las referidas obligaciones (MDR y Obras Accesorias) y (ii) la asignación de riesgos entre las partes. En atención a lo expuesto, y conforme al marco normativo vigente, con la finalidad de adoptar un remedio que restrinja cualquier signo de arbitrariedad, corresponderá a las Partes establecer el alcance de la referida obligación, así como su asignación a alguna de ellas; aspecto que como hemos advertido, no puede dilucidarse claramente de las Bases ni del propio Contrato de Concesión, menos aún, puede reconstruirse la intención de las Partes contenida en el referido Contrato de Concesión.
88. Ahora bien, con relación a la aplicación de las Obras Accesorias, debemos mencionar que, existen dos interpretaciones válidas que ocasionan una divergencia de opinión en la lectura con relación a los supuestos y criterios para aplicar las Obras Accesorias.

<sup>34</sup> viii) En el caso que se hayan aceptado las modificaciones propuestas por el CONCESIONARIO y se haya aplicado el mecanismo indicado en la Cláusula 6.50, el CONCESIONARIO se hace completamente responsable por dichas Obras en la etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde los cambios propuestos por él fueron aceptados por el CONCEDENTE y ejecutados por el CONCESIONARIO.



89. Los supuestos para aplicar las Obras Accesorias son los siguientes:

- i. En sectores no considerados en la Propuesta Técnica del Concesionario, para evitar daños a la infraestructura vial por efecto de la erosión fluvial o geotecnia; o,
- ii. Cuando el tipo de solución de ingeniería inicialmente considerado en la Propuesta Técnica a pesar del adecuado y oportuno Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia:
  - a. Se deteriore prematuramente; o,
  - b. Requiera ser modificado por razones de seguridad vial.

90. La interpretación del texto de la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión nos lleva a concluir que las Obras Accesorias deben realizarse, cuando a pesar del adecuado mantenimiento, existan razones de seguridad vial que justifiquen su ejecución. Así, la condición establecida "a pesar del adecuado y oportuno Mantenimiento", va ligada tanto al supuesto de "deterioro prematuro" como al de "razones de seguridad vial", conforme puede apreciarse de la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión. Sin embargo, otra probable interpretación del Contrato de Concesión, consiste en aplicar literalmente el numeral 16.7 del Contrato de Concesión<sup>35</sup>, arribándose a la interpretación efectuada por la Concesionaria, en el sentido que la razón de seguridad vial no va ligada al mantenimiento.

91. Sin embargo, más allá de establecer cuál es la interpretación y lectura válida del Contrato de Concesión, debemos advertir que, existirían dos interpretaciones válidas, con argumentos suficientes que cuestionan el alcance de algunas obligaciones (MDR y Obras Accesorias) y la asignación de riesgos entre las partes. Cabe mencionar que, en base a los documentos existentes, no puede reconstruirse la intención de las Partes contenida en el referido Contrato de Concesión, por lo que, en el caso concreto, corresponderá a las Partes y no a OSITRAN definir el alcance de la obligación y la asignación de riesgo.

92. Igualmente, vinculado con lo señalado previamente, existe una discrepancia adicional vinculada sobre lo que debe entenderse por Seguridad Vial, toda vez que se advierte además, dos interpretaciones válidas sobre el particular.

93. Cabe señalar que, no existe una definición ni un contenido exacto sobre lo que debe entenderse por Seguridad Vial, menos aún, si este debe entenderse de manera amplia o restrictiva. Sobre el particular, una primera interpretación parte de las Especificaciones Generales para Construcción de Carreteras (EG – 2000)<sup>36</sup>, norma que prevé en su Capítulo 8, que la Seguridad Vial comprende los aspectos vinculados a la Señalización y Seguridad Vial, comprendiendo dentro de éste, las Señales, Delineadores, Guardavías, Captafaros, entre otros<sup>37</sup>. En

<sup>35</sup> Contrato de Concesión

16.7.- El uso de la disyunción "o" es una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.

<sup>36</sup> Aprobadas mediante Resolución Directoral N° 1146-2000-MTC/15.17

<sup>37</sup> Los conceptos que se incluyen dentro del rubro **Señalización y Seguridad Vial** son:

- **Señalización Vertical Permanente**
- **Señales Preventivas**
- **Señales Regulatorias**
- **Señales Informativas**
- **Elemento de soporte de señales**



este mismo sentido, se aprecia en la norma sobre Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras<sup>38</sup>, así como en el numeral 5.2 del Anexo I del Contrato de Concesión, y el Apéndice 3 del referido Anexo, al referirse al parámetro de Seguridad Vial, éste comprende los conceptos de señalización vertical y aérea, señalización horizontal, y elementos de encarrilamiento y defensa.

94. Por otra parte, una segunda interpretación parte de incorporar los argumentos de la Concesionaria, de la lectura del Contrato de Concesión, así como del propio Plan Vial Nacional, publicado en la página web de PROVIAS Nacional, norma que contiene una sección destinada a la Seguridad Vial, estableciendo como una acción a mediano plazo *“dar atención especial a las Unidades de Seguridad Vial al interior del MTC y de las Municipalidades, para identificar y mejorar los puntos negros en la red vial nacional. Asimismo, se deberán hacer los esfuerzos necesarios para introducir la auditoría de seguridad en los diseños de caminos que se propongan en el futuro para que sean construidos brindando seguridad al usuario.”*

95. Por otro lado, la Concesionaria es de la opinión que:

“(…), tanto de la interpretación sistemática como finalista del Contrato de Concesión, así como de acuerdo con la definición doctrinal de “Seguridad Vial”, en el marco de la definición de Obras Accesorias dicho concepto debe ser entendido en los términos más amplios posibles, esto es, como aquellas obras o trabajos destinados a preservar la integridad de la vía a efectos de garantizar la seguridad de los usuarios, sin que resulte válido, a efectos del Contrato de Concesión, limitar este concepto únicamente a la señalización de la vía”.<sup>39</sup>

[El subrayado es nuestro]

96. En tal sentido, considerando que se están discutiendo obligaciones y asignaciones de riesgos, los cuales no quedan claramente establecidos en el texto del Contrato de Concesión, no puede descartarse la interpretación propuesta por la Concesionaria, quedando a decisión de las Partes el contenido de la obligación antes descrita.

97. Por último, el contenido del concepto Obras Accesorias que adopten las Partes, debe permitir distinguir claramente dicho concepto del referido a las Obras de Rehabilitación a cargo del Seguro, previsto en el numeral c) de la Cláusula 10.2 del Contrato de Concesión.

## D IMPLICANCIAS LEGALES DEL INFORME N° 414-07-GS-OSITRAN

### D.1. Competencia exclusiva para Interpretar los Contratos de Concesión

98. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 2691740, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos

- Señales Informativas
- Elemento de soporte de señales
- Delineadores
- Marcas Permanentes en el pavimento
- Guardavías Metálicas
- Captafaros
- Postes de Kilometraje

<sup>38</sup> Aprobada mediante Resolución Directoral N° 051-2007-MTC/14.

<sup>39</sup> Mediante Carta N° 667-CINSA-OSITRAN de fecha 23 de marzo de 2009, IIRSA Norte adjunta la opinión de su Consultor Legal sobre los alcances del concepto “Seguridad Vial”. La cita obra en el numeral 6), página 10.

<sup>40</sup> Ley N° 26917.-



en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

99. Asimismo, el inciso d) del artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM41, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN.
100. Sobre el particular, la Concesionaria refiere que "(...) los Lineamientos constituyen un pronunciamiento válido expedido por un órgano de OSITRAN, como es la Gerencia de Supervisión, cualquier conducta posterior de los órganos de OSITRAN no podrá contradecir los actos válidamente manifestados por éste". Asimismo, señala que "dicha manifestación de voluntad vincula a OSITRAN en la medida que no contraviene el marco legal vigente ni las condiciones pactadas en el Contrato de Concesión".
101. Como puede advertirse, el marco normativo vigente prevé, indubitablemente, que el Consejo Directivo de OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión de la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito. En tal sentido, no puede argumentarse, por ser contrario a ley, que alguno de los funcionarios o servidores públicos de OSITRAN, ostentan la referida competencia.

## D.2. Naturaleza de los pronunciamientos de los Órganos de Línea

102. El artículo 3° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 2915842, así como el artículo 11° de los Lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones por parte de las Entidades de la Administración Pública, Decreto Supremo N° 043-2006-PCM43, distingue entre las funciones y actividades que realizan las gerencias de línea y los órganos de dirección de las entidades.
103. En cuanto a las gerencias de línea (supuesto en el que se encuentra la Gerencia de Supervisión), la referida norma señala que son órganos técnicos administrativos responsables de proponer y ejecutar las políticas públicas y funciones sustantivas a cargo de la entidad; mientras que los órganos de dirección son aquellos órganos que están encargados de dirigir la entidad, supervisar sus actividades, reglamentar y aprobar políticas públicas, en general ejercer las funciones de dirección política y administrativa de la entidad.

### "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.

(...)"

### <sup>41</sup> REGO

#### "Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

d) Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las ENTIDADES PRESTADORAS realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

(...)"

<sup>42</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 20 de diciembre de 2007.

<sup>43</sup> Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 26 de julio de 2006.



104. En lo que corresponde al diseño institucional de OSITRAN, el Consejo Directivo constituye un órgano de dirección que por mandato de su propia Ley de Creación, Ley N° 2691744, tiene competencia exclusiva para interpretar los Contratos de Concesión, la cual está orientada a determinar el sentido de una o más Cláusulas del Contrato de Concesión.
105. En ese orden de ideas, las gerencias de línea, a diferencia de los órganos de dirección, tienen funciones básicamente "ejecutivas", es decir, la de aplicar las políticas, lineamientos, disposiciones, entre otros, establecidas por norma y por los órganos de Dirección.
106. En atención a lo expuesto, reafirmamos que las Gerencias de Línea, como es el caso de la Gerencia de Supervisión, no cuentan con competencias para aprobar políticas o lineamientos<sup>45</sup> en representación de la institución, a través de los cuales se establezcan obligaciones y derechos frente a terceros, pues dicha facultad le corresponde a los órganos de dirección, como es el caso del Consejo Directivo de OSITRAN.
107. Por último, debe quedar claro que, en caso de existir dudas sobre el contenido del Informe 414-07-GS-OSITRAN, la Concesionaria pudo haber recurrido al Consejo Directivo de OSITRAN, órgano competente, a fin de que éste interprete el Contrato de Concesión, más aún cuando advertía alguna inconsistencia respecto al propio texto del Contrato de Concesión.

### **D.3. Implicancias del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión**

108. Mediante Oficio N° 1924-07-GS-OSITRAN, de fecha 17 de septiembre de 2007, OSITRAN remitió a la empresa Supervisora, con copia a la Concesionaria, el Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, señalando que se trataba de lineamientos para la aplicación de Obras Accesorias. El referido documento concluyó lo siguiente:
- i. La aplicación del Mecanismo de Obras Accesorias es a partir de la toma de posesión y por parte del Concesionario requiere de un Informe que sustente la necesidad para estabilizar la infraestructura vial por efectos de la erosión fluvial o geotecnia, o por las demás causales previstas en la cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.
  - ii. Estas obras no están consideradas en la Propuesta Técnica del Concesionario, siendo los sectores donde podrían ejecutarse aquellos descritos en el numeral 3.7 del presente documento.
  - iii. Asimismo, de ser el caso, para aquellas obras que se ejecuten de acuerdo con la Propuesta Técnica del Concesionario y si éstas se deterioran posteriormente y se demuestre que no fue por negligencia del Concesionario, las nuevas obras a ejecutarse se podrán considerar como Obras Accesorias.

<sup>44</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 22 de enero de 1998.

<sup>45</sup> La Gerencia de Supervisión puede aprobar lineamientos cuyo objetivo sea aplicar el Plan de Supervisión, el Registro de Obligaciones, el Registro de Acciones de Supervisión, los Procesos Técnicos de Supervisión y Fiscalización, entre otros, de acuerdo a las (i) normas legales vigentes, (ii) las Políticas, Normas de carácter general y decisiones del Consejo Directivo de Ositran y, (iii) los Contratos de Concesión.



iv. Por último, en el caso que las soluciones de ingeniería inicialmente consideradas en la Propuesta Técnica del Concesionario requieran ser modificadas por razones de seguridad vial, también será de aplicación el mecanismo de Obras Accesorias.

109. Como hemos señalado en el presente informe, el Consejo Directivo de OSITRAN es la autoridad competente para interpretar el Contrato de Concesión. Por ello, en caso que el contenido del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN cuente con alguna inconsistencia respecto al propio texto del Contrato de Concesión, éste debe ser descartado. En ese orden de ideas, procedemos a analizar el Informe correspondiente.

110. En lo que respecta a la primera conclusión del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, debemos indicar que ella se sujeta estrictamente a la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión, por cuanto dicha Cláusula exige, para la activación de Obras Accesorias, que la Concesionaria presente un Informe que sustente la necesidad de ejecutar Obras Accesorias, debiéndose acreditar que las causas que la originan se deben a fenómenos naturales o por las demás causales previstas en la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.

111. En lo que respecta a la segunda conclusión del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, ésta se enmarca en lo señalado en la Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión, toda vez que los sectores descritos en el numeral 3.7 del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, corresponden a aquellos sectores donde puede admitirse la ejecución de Obras Accesorias, es decir, sectores donde existe infraestructura vial (Obras Existentes), y que además, no se encuentran comprendidos en la Propuesta Técnica de la Concesionaria.

112. En lo que respecta a la tercera conclusión del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, ésta se sustenta en la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, la cual establece, de manera bastante clara, que podrá invocarse Obras Accesorias cuando el tipo de solución de ingeniería inicialmente considerado en la propuesta técnica, a pesar del adecuado y oportuno mantenimiento, se deteriore prematuramente.

113. En lo que respecta a la cuarta conclusión del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN, esta afirmación contempla una interpretación que pudiera presentar inconsistencias sobre la aplicación sistemática de la Cláusula 1.5 y la Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión. En tal sentido, consideramos que esta afirmación no guarda completa concordancia con el propio Contrato de Concesión. Sin embargo, reiteramos que si la Concesionaria hubiese tenido dudas sobre la interpretación propuesta por la Gerencia de Supervisión, ésta pudo recurrir al Consejo Directivo para aclarar las dudas, el contenido y aplicación de las Obras Accesorias. Sin embargo, como ya sabemos, ello no sucedió.

114. Como podemos advertir, la Concesionaria conoce, por cuanto así lo dispone la Ley, que el único órgano de OSITRAN que cuenta con competencias para interpretar el Contrato de Concesión es el Consejo Directivo. En ese orden de ideas, un elemental sentido de jerarquía normativa, debía considerar que las competencias del Consejo Directivo no pueden ser asumidas por la Gerencia de Supervisión ni muchos menos limitada por un informe que este órgano de línea emita.



#### D.4. Doctrina de los actos propios

115. La Concesionaria ha invocado la Doctrina de los Actos Propios, indicando que la administración no puede ir validamente contra sus propios actos "adversus factum suum quis venire non potest", por cuanto representa la expresión mas clara del deber de respetar la confianza reciproca generada en una relación jurídica.
116. Un aspecto relevante de la Doctrina de los Actos Propios, es que ésta no se aplica a los actos jurídicos contrarios a las leyes, al orden público y a las buenas costumbres. En efecto, la Doctrina de los Actos Propios no puede aplicarse automáticamente, siempre que exista una contradicción entre dos comportamientos o siempre que el cambio de comportamiento no convenga a los intereses del recurrente.
117. En el presente caso, tal como hemos manifestado previamente, el Informe N° 414-07-GS-OSITRAN no constituye un instrumento jurídicamente válido para interpretar el Contrato de Concesión, por cuanto dicha competencia está reservada al Consejo Directivo de OSITRAN. Siendo así, el presunto acto administrativo presenta inconsistencias respecto al propio texto del Contrato de Concesión.
118. Aceptar la posición de la Concesionaria involucraría que el regulador se encuentre limitado a ejercer sus prerrogativas establecidas por normas imperativas, entre las cuales se encuentra, velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, así como administrar, fiscalizar y supervisar los Contratos de Concesión con criterios técnicos, desarrollando todas las actividades de control posterior de los Contratos bajo su ámbito.
119. Sobre la facultad que tiene la administración pública para ejercer actividades de control posterior, la doctrina señala "Por este principio, el Estado declara que ha privilegiado el respeto a la libertad de la iniciativa privada y a la elección de las decisiones que los administrados puedan efectuar, facilitándonos para ello, las autorizaciones, licencias o permisos previos. Esto no significa que el Estado renuncia a su función fiscalizadora, sino que ésta se acomoda al momento posterior de la acción privada (...)"<sup>46</sup>
120. En tal sentido, la doctrina de los actos propios no sería aplicable en el presente caso, por cuanto estaría afectando normas de derecho público, y en particular, el propio texto del Contrato de Concesión, limitando las atribuciones otorgadas por ley al Órgano Regulador, así como mantendría una situación contraria a lo estipulado en el Contrato de Concesión, conforme a lo abordado en el presente informe.

#### IV. CONCLUSIONES

121. El Contrato de Concesión no permite establecer fehacientemente si el Concedente, durante la etapa de ingeniería, asume o no la obligación por las modificaciones que la Concesionaria realiza en su Oferta Técnica, mediante la

<sup>46</sup> Morón Urbina, Juan. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica, Lima 2007, pag. 568



aplicación del Mecanismo de Obras Accesorias (Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45 del Contrato de Concesión).

122. OSITRAN, vía interpretación, conforme a sus Lineamientos, en ningún caso puede crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión.
123. El Contrato de Concesión y las diversas interpretaciones posibles no permiten tener certeza si la Concesionaria puede optar indistintamente por el Mecanismo de Distribución de Riesgos (Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión) o por las Obras Accesorias (Cláusula 1.5 y Cláusula 6.45). Admitir el uso alternativo de ambos mecanismos implica establecer un esquema de asignación de riesgos que no está definido claramente en el Contrato de Concesión.
124. No existe una definición ni un contenido exacto en el Contrato de Concesión, ni en sus Bases, sobre lo que debe entenderse por Seguridad Vial, menos aún, si éste debe entenderse de manera amplia o restrictiva. Cabe resaltar que, la definición que se adopte establecerá cuál es la obligación que asumen las Partes y quien debe asumir los riesgos durante la etapa de ingeniería del Contrato de Concesión.
125. Las Partes, y no OSITRAN, son competentes para delimitar el contenido, la asignación del riesgo y la determinación de la obligación aplicable, en lo que corresponda, respecto de las Obras Accesorias; dadas las condiciones particulares de las Bases y del propio Contrato de Concesión, conforme a lo descrito en el presente informe. Así, el contenido que se otorgue al concepto Obras Accesorias debe permitir distinguirlo claramente del concepto de Obras de Rehabilitación a cargo del Seguro, previsto en el numeral c) de la Cláusula 10.2 del Contrato de Concesión.
126. La Gerencia de Supervisión de OSITRAN no cuenta con competencias para aprobar políticas o lineamientos en representación de la institución, a través de los cuales se interprete el Contrato de Concesión, pues dicha facultad le corresponde exclusivamente al Consejo Directivo de OSITRAN.
127. El Informe N° 414-07-GS-OSITRAN no constituye un instrumento jurídicamente válido para interpretar el Contrato de Concesión, por lo que no resulta aplicable la Doctrina de los Actos Propios.

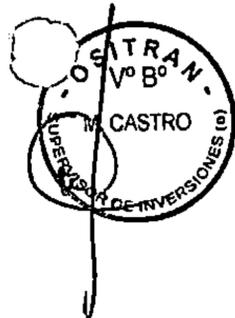
## V. RECOMENDACIONES

128. A la luz del Informe N° 035-08-GS-GAL-OSITRAN y el presente Informe, se cuenta con dos interpretaciones válidas sobre la aplicación indistinta o no del MDR u Obras Accesorias, sobre lo que debe entenderse por Seguridad Vial; y, sobre la posibilidad de que el Concedente asuma o no la obligación por las modificaciones que la Concesionaria realice en su oferta técnica.
129. Remitir el presente Informe a las Partes, a fin de que sean éstas, conforme a su competencia, quienes determinen, de ser el caso, el contenido, la asignación del riesgo y la fijación de la obligación aplicable, en lo que corresponda, respecto de las Obras Accesorias. De igual modo, las Partes deberán establecer el contenido de la definición que corresponda en cuanto al concepto de Seguridad Vial.



130. Disponer que, la Gerencia General, en su condición de superior jerárquico de la Gerencia de Supervisión, suspenda la aplicación del Informe N° 414-07-GS-OSITRAN que remitiera a la empresa Supervisora, con conocimiento de la Concesionaria, a través del Oficio N° 1924-07-GS-OSITRAN, y, conociendo la decisión de las partes, proceda a formular una nueva propuesta de Lineamientos para la aplicación de las Obras Accesorias.

131. En atención al pedido de los señores miembros del Consejo Directivo, elevar el presente informe ampliatorio a consideración del Consejo Directivo de OSITRAN.



**CARLOS AGUILAR MEZA**  
Gerente de Supervisión (e)

**ROBERTO VELEZ SALINAS**  
Gerente de Asesoría Legal (e)

R. 10802-09

