

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 330-2009-CD

A las quince horas del día 21 de octubre 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 Córdova, 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 de la Sesión N° 329-2009-CD, de fecha 23 de septiembre de 2009, la misma que fue aprobada y suscrita.

II. DESPACHO

2.1 Entrega de CD conteniendo Actas y demás documentación de las Sesiones de Consejo Directivo - Periodo Enero – Junio 2009

En este estado, el Secretario Técnico, en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva de Funcionamiento de las Sesiones del Consejo Directivo, aprobada por Resolución N° 017-2009-CD-OSITRAN, hizo entrega, a cada Director y al Gerente General, de un CD conteniendo las actas y antecedentes escaneados de las carpetas de las sesiones de Consejo Directivo (Resoluciones, Oficios, Ayudas Memorias, entre otros), realizadas durante el periodo Enero – Junio 2009, señalando que se viene realizando similar trabajo con la documentación de las sesiones de los años anteriores, las mismas que en su oportunidad también serán entregadas a los señores Directores.

Los señores directores tomaron conocimiento, y, recibieron el CD en mención.

2.2 Ayuda Memoria sobre Sesión del Consejo de Usuarios de Puertos

El Secretario Técnico hizo entrega de a los señores directores de una Ayuda Memoria sobre la sesión del Consejo de Usuarios de Puertos, realizada en horas de la mañana del día de hoy, 21 de octubre 2009, en la que se trató sobre el incremento de tarifas que decidió el Concesionario Terminales Portuarios Euroandinos, enfatizando que el referido incremento se ha efectivizado sobre tarifas no reguladas, en las

cuales el regulador no interviene. También se da cuenta de las acciones futuras que llevará a cabo OSITRAN, entre las cuales se advierte el monitoreo de las tarifas que publicará el concesionario, así como un próximo viaje a la ciudad de Piura para tratar directamente el tema con las partes interesadas.

Los señores directores tomaron conocimiento.

2.3 Decreto de Urgencia N° 097-2009, publicado el 16 de octubre 2009

El Secretario Técnico también hizo entrega a los señores directores de una Ayuda Memoria sobre el Decreto de Urgencia N° 097-2009, el mismo que autoriza a modificar los Contratos de Supervisión de las obras de los Tramos 2, 3 y 4, suscritos bajo la modalidad de suma alzada, incluyendo de manera expresa la posibilidad de modificar los fondos o garantías contractuales. Asimismo, refiere que el plazo máximo para aprobar las modificaciones objeto de autorización vence el 31 de diciembre 2009.

Los señores directores tomaron conocimiento.

III. INFORMES

3.1 Uso de la Palabra de representantes de LAP

La Presidencia comunicó a los miembros del Consejo Directivo que mediante los Oficios N° 091 y 092-09-SCD-OSITRAN, se concedió el uso de la palabra a los representantes de la empresa concesionaria Lima Airport Partners, a efectos de que puedan exponer sus argumentos con relación a los siguientes aspectos: i) Solicitud de extensión del plazo para el cumplimiento del RTM referido al ancho mínimo de corredores de circulación del AIJCH; y, ii) Solicitud de Aerolíneas para modificación del REA de LAP respecto a la definición de Servicio Esencial de Mantenimiento Preventivo y Mantenimiento Mayor.

Al respecto, tomaron el uso de la palabra los señores: Gustavo Morales y Fernando Ocampo, quienes en primer lugar, expresaron los argumentos técnicos y legales en base a los cuales consideran que debe declararse improcedente las solicitudes de las aerolíneas: ATSA, Cielos del Perú y LAN, toda vez que ya existe un acto administrativo firme que se pronuncia sobre el mismo pedido de modificación del REA LAP. Asimismo, destacaron que también existen argumentos para declarar infundada su pretensión, toda vez que las aerolíneas cuentan con múltiples TMA fuera del AIJCH, tanto dentro como fuera del Perú, que compiten activamente en el mercado latinoamericano de mantenimiento

mayor y, por tanto, ello evidencia la sustituibilidad de la infraestructura del AIJCH.

En cuanto a la extensión del plazo para el cumplimiento del RTM referido al ancho mínimo de corredores de circulación del AIJCH, los representantes de LAP expresaron los importantes beneficios que ello importa para el Estado, los pasajeros y, en general, la marcha de la concesión del AIJCH, destacando que no existirá afectación alguna a las operaciones ni a la seguridad aeroportuaria.

Durante el transcurso de la exposición, se contó con la presencia del Gerente de Asesoría Legal, Dr. Roberto Vélez Salinas y el funcionario de la Gerencia de Supervisión, Ing. Luigi D'Alfonso Crovetto.

Los señores Directores tomaron conocimiento y, luego de absueltas las interrogantes planteadas dieron por finalizadas las intervenciones.

3.2 Propuesta de Plan Estratégico 2009-2013.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo la Nota N° 073-09-OPP-OSITRAN, presentada por la Oficina de Planificación y Presupuesto, la misma que contiene la Propuesta de Plan Estratégico Institucional 2009-2013.

La exposición estuvo a cargo del Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto, Sr. Roberto Chiarella, y, el consultor Carlos Casas Tragodara. Al respecto, precisaron que la Formulación del Plan Estratégico Institucional (PEI) ha sido realizada conforme a las Directivas emitidas por la Presidencia del Consejo de Ministros, con la finalidad que se encuentren vinculadas al Plan Estratégico Sectorial Multianual (PESEM), el mismo que cuenta con una temporalidad de dos años para su revisión.

Sobre el particular, agregó que el PEI tiene como objetivo orientar las acciones a mediano y largo plazo de la institución, resaltando, entre sus virtudes el abordaje conceptual, los criterios de análisis y síntesis y un criterio de implantación del PEI a través de una administración estratégica.

Asimismo, recalcó que el PEI constituye una herramienta de gestión institucional de vital importancia para la toma de decisiones estratégicas de la Alta Dirección, las decisiones tácticas y operacionales de las Gerencias y Jefaturas, así como para orientar la óptima ejecución de actividades necesarias para alcanzar los objetivos operacionales.

Luego de culminada la exposición, el señor Director, Ing. César Sánchez señaló que hubiera sido preferible que la propuesta presentada venga acompañada de los anexos en los que debe estar plasmado el sustento/justificación de donde surge la propuesta de Plan Estratégico. Asimismo, recalcó que era necesario conocer cuales eran los supuestos que debían darse para que se cumpla cada una de las metas previstas y, conocer también, por lo menos en términos globales, cual es el presupuesto que se requeriría para cumplir dichas metas, lo cual debiera constar en un documento interno. Finalmente, comentó la necesidad de explicar cómo y qué es lo que se va a medir con cada indicador.

Por su parte, el director Ing. Jesús Tamayo, compartiendo los comentarios vertidos, agregó que en el Cuadro del Análisis FODA presentado, se repiten algunas ideas, se advierten algunas contradicciones entre los desafíos y las fortalezas, se aprecian también temas que no corresponden, como por ejemplo, el último punto del Cuadro de Desafíos. Culminando su intervención, recomendó que se procure expresar las ideas en términos positivos.

Los señores Directores acordaron pasar el tema a la Estación de Pedidos.

3.3 Solicitud de Modificación del Contrato de Concesión Huaral - Acos.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo la Ayuda Memoria N° 019-09-GRE-OSITRAN, mediante la cual se emite opinión preliminar respecto con relación a la solicitud de modificación del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Operación del Tramo Vial: Óvalo Chancay / Dv. Variante de Pasamayo – Huaral – Acos del Programa Costa Sierra (adenda N° 1).

Respecto a este punto, el Gerente General expuso los antecedentes del Contrato de Concesión y de los puntos solicitados por el concesionario.

Los señores Directores tomaron conocimiento

3.4 Recurso de Reconsideración parcial contra la Resolución de Gerencia General N° 039-2009-GG-OSITRAN, sobre la suspensión de obligaciones de IIRSA Norte S.A.

La Administración presentó a conocimiento del Consejo Directivo el Informe N° 046-09-GAL-OSITRAN, mediante el cual se sustenta la expedición de la Resolución de Gerencia General N° 051-2009-GG-OSITRAN, a través de la que cual se dejó sin efecto los plazos de suspensión de obligaciones contractuales otorgados a la empresa

Concesionaria IIRSA Norte S.A. con la Resolución de Gerencia General N° 039-2009-GG-OSITRAN, como consecuencia de los disturbios ocurridos en el Eje Multimodal Amazonas Norte durante el mes de junio de 2009

Con el permiso de los miembros del Consejo Directivo, el Gerente General procedió a exponer el tema señalando que si bien el tema materia de análisis corresponde ser resuelto mediante Resolución de Gerencia General, es previsible que éste, más adelante, llegue a conocimiento del Consejo Directivo vía recurso de impugnación, por lo que dada su trascendencia es conveniente que desde ahora tome conocimiento de los antecedentes del mismo.

Al respecto, señaló que el recurso de reconsideración presentado ha traído consigo nuevos elementos de prueba que ameritan verificar fehacientemente si en efecto el Concesionario estuvo imposibilitado de cumplir sus obligaciones en los sectores Puente Chamaya II – Corral Quemado; Corral Quemado – Pedro Ruiz; Pedro Ruiz – Puente Vilcaniza; y Puente Vilcaniza – Rioja, por lo que la Gerencia General había tomado la decisión de retrotraer el procedimiento a efectos de una nueva evaluación por parte de la Gerencia de Supervisión, de cuyos resultados oportunamente estaremos dando cuenta.

Los señores Directores tomaron conocimiento.

3.5 Matriz de Comentarios sobre la Adenda a los Contratos de Concesión IIRSA Sur Tramo 2,3 y 4.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo la Nota N° 153-09-GAL-OSITRAN, mediante la cual la Gerencia de Asesoría Legal presentó la Matriz de Comentarios que se elaboró y remitió al Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC - respecto a la Quinta Adenda del Contrato de Concesión del Tramo 4, considerando que con ella han quedado superados los Pedidos que formuló el ex – director Sergio Salinas sobre las Actas de Trato Directo que celebró el MTC con los concesionarios de los Tramos 2, 3 y 4.

En este estado el Secretario Técnico hizo entrega a los señores directores de la Matriz de Comentarios que se elaboró respecto a los Contratos de Concesión de los Tramos 2 y 3.

Los señores directores expresaron su conformidad con la propuesta, agregando el director, Ing. Jesús Tamayo, que sería conveniente contar con un informe de la administración que aclare internamente la posición de OSITRAN con relación al contenido del Informe N° 412-2009-MTC/25, en el que se emiten comentarios sobre la Matriz del Tramo 4, la

misma que ha sido remitida por el señor Viceministro de Transportes a través de su Oficio N° 243-2009MTC/02, de fecha 27.ABR.09.

Los señores Directores pasaron el tema a la estación de Pedidos.

3.6 Informe N° 040-09-GRE-OSITRAN sobre la solicitud de interpretación de COVISUR del numeral 3 del Apéndice 6 del anexo XII del Contrato de Concesión –Oportunidad de Aporte del PAMO-

La Administración presenta para conocimiento del Consejo Directivo el Informe N° 040-09-GRE-OSITRAN, mediante el cual se emite opinión respecto a los cuestionamientos formulados por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. en relación a lo comentado por OSITRAN a través del Oficio N° 276-09-GG-OSITRAN y el Informe N° 019-GRE-GAL-OSITRAN, en los cuales se indicó que la regulación de ajuste anual del PAMO prevista en los contratos de concesión de los Tramos 1 y 5 del Proyecto Interoceánico Sur y de IIRSA Norte no ofrece dudas sobre su aplicación, por lo que se desestimó el pedido de interpretación contractual formulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante el Oficio N° 467-2009-MTC/25

Al respecto, el Gerente General precisó que el Concesionario no ha presentado solicitud de interpretación del Contrato de Concesión, sino que realiza observaciones a lo comentado por este Organismo Regulador mediante el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, informe con el cual se dio respuesta al pedido de interpretación contractual formulado por el Concedente mediante el Oficio N° 467-2009-MTC/25

Agregó, que conforme lo indicado en el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, al momento de analizar si existía la necesidad de interpretar lo establecido en los Contratos de Concesión, se consideró que la regulación del ajuste del PAMO prevista en dichos Contratos resultaba clara y por tanto no ofrecía dudas sobre su aplicación, razón por la cual no se requería la actuación del Consejo Directivo puesto que no se precisaba de una interpretación contractual, sino que resultaba obligación de este Organismo Regulador exigir el cumplimiento estricto de lo establecido en dichos instrumentos.

Respecto a los cuestionamientos del Concesionario a la forma en la que se dio respuesta a la solicitud de interpretación contractual planteado por el Concedente, la administración ha considerado que no resulta atendible el pedido de COVISUR puesto que con el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN ha quedado claro que la regulación del ajuste del PAMO prevista en los Contratos de Concesión no ofrece dudas sobre su aplicación

Luego de la revisión de los antecedentes y el intercambio de ideas que se llevó a cabo, los señores directores confirmaron que en efecto, no hay materia que interpretar, por lo que expresaron su conformidad con la actuación llevada a cabo, coincidiendo en la conveniencia de acordar expresamente su respaldo a la administración.

Los señores Directores pasaron el presente tema a la Orden del Día.

3.7 Implementación de Recomendaciones derivadas de Informes de Acciones de Control a cargo del Órgano de Control Institucional

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo la Nota N° 019-09-AGG-OSITRAN, mediante el cual se presenta el detalle del estado de la implementación de recomendaciones derivadas de los informes de acciones de control de la OCI.

El señor Secretario del Consejo Directivo señaló que la información que se ha trabajado permite advertir que de las 39 recomendaciones efectuadas, 33 de ellas ya se encuentran implementadas, 04 en proceso de culminación y dos pendientes debido a la existencia de procesos judiciales.

Los señores Directores tomaron conocimiento.

3.8 Recurso de Apelación de COVISUR contra la Resolución N° 049-2009-GG-OSITRAN, que impuso la multa por la no presentación del Inventario Anual 2008.

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo el Recurso de Apelación presentado por COVISUR contra la Resolución N° 049-2009-GG-OSITRAN, que impuso una multa a la empresa concesionaria por la no presentación del Inventario Anual, equivalente a 4 UITs. Agregó que de acuerdo al Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, desde el momento en que la impugnación es puesta en conocimiento del Consejo Directivo, se empiezan a contabilizar los 30 días que tiene OSITRAN para emitir su pronunciamiento.

El señor Gerente General hizo una breve explicación del tema, señalando que la sanción se debe a que la empresa concesionaria incumplió la obligación de presentar al Concedente y al regulador el Inventario Anual de los Bienes de la Concesión, tipificándose dicho supuesto en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Los señores Directores tomaron conocimiento y recomendaron la elevación oportuna del informe de la administración.

3.9 Solicitud de Opinión sobre la Iniciativa privada denominada “Terminal de Embarque de Concentrado de Minerales en el Terminal Portuario del Callao”

La Administración presentó para conocimiento del Consejo Directivo la solicitud de opinión sobre el Proyecto de Inversión de Iniciativa Privada “Terminal de Embarque de Concentrado de Minerales en el Terminal Portuario del Callao”; asimismo, se presentó el Oficio N° 109-09-GRE-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Regulación solicita información adicional y complementaria a PROINVERSIÓN.

Al respecto, el Gerente General comentó que la Iniciativa Privada, tiene por objeto la concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación de un nuevo Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales. El proyecto contempla la instalación de un sistema hermético de faja transportadora (“faja principal”) para trasladar los concentrados de minerales entre el punto libre de acceso (“open access”) y el muelle propuesto. Asimismo, el proyecto incluye además un sistema de embarque (“shiploader”) en el muelle y un sistema de preparación de embarque que garantice la fluidez y eficiencia del sistema.

Previo a la opinión del regulador, la Gerencia de Regulación de OSITRAN ha solicitado información adicional a PROINVERSIÓN vinculada al modelo económico financiero de la Iniciativa Privada, los indicadores de calidad del Puerto, precisiones sobre temas tarifarios, entre otros, estando a la espera de la misma.

Los señores Directores tomaron conocimiento.

IV. PEDIDOS

PEDIDO N° 001-330-09-CD

Con relación a la propuesta de Plan Estratégico 2009-2013, los señores directores solicitaron: (i) Alcanzar a los directores el sustento/justificación de donde surge la propuesta de Plan Estratégico, en especial los supuestos para que se cumpla cada meta. (ii) Estimar el presupuesto que en términos globales se necesitaría para cumplir las metas previstas en el plan, el cual debe constar en un documento interno,; (iii) Explicar cómo y qué es lo que se va a medir con cada indicador; (iv) Revisar y corregir el cuadro que contiene el Análisis FODA, que no se repitan las

ideas, que no hayan contradicciones entre los desafíos y las fortalezas, entre otros.

PEDIDO N° 002-330-09-CD

Con relación al Oficio N° 243-2009MTC/02, de fecha 27.ABR.09, a través del cual el señor Viceministro de Transportes remite a OSITRAN el Informe N° 412-2009-MTC/25 mediante el cual se emiten comentarios sobre la Matriz de Comentarios a la Quinta Addenda del Contrato de Concesión del Tramo 4 IIRSA SUR, se solicita a la administración la presentación de un informe sobre la posición de OSITRAN con relación al contenido de dicho informe.

PEDIDO N° 003-330-09-CD

Se solicitó a la Secretaría Técnica del Consejo Directivo, remita a los señores directores el archivo electrónico de la propuesta de modificación del actual Reglamento de Infracción y Sanciones, de modo que puedan emitir sus comentarios y/o sugerencias que tengan a bien.

V. ORDEN DEL DÍA

5.1 Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero por RAIGV IIRSA Norte.

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 022-09-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual se emite pronunciamiento respecto de la solicitud de emisión de opinión técnica por parte de OSITRAN, en el procedimiento de compensación (revisión del equilibrio económico – financiero) planteado por la Concesionaria IIRSA Norte S.A., al considerar que se ha visto afectada por el retraso para acceder al régimen de Recuperación Anticipada del Impuesto General a las Ventas (RAIGV), así como en las limitaciones para su goce que les ha impuesto la Resolución Suprema No. 004-2008-EF. En este Informe se están incorporando los pedidos formulados por el Consejo Directivo en su Sesión N° 329 del 23 de septiembre del 2009.

Con el permiso de los señores miembros del Consejo Directivo, el Gerente General, manifestó que con relación al retraso en el acceso al Régimen de Recuperación Anticipada del IGV, invocado por el Concesionario, éste no resulta amparable, como causa generadora de una alteración al equilibrio económico – financiero, por no estar contemplado en el marco del Contrato de Concesión ni en la legislación vigente sobre la materia. Sin perjuicio de ello, el Concesionario, de considerar que ha sufrido algún tipo de daño o perjuicio por el aparente retraso en el acceso al RAIGV, tiene expedito su derecho para requerirlo en la vía e instancia correspondiente.

Con relación al argumento referido a las limitaciones para su goce, agregó que ésta Resolución Suprema dio acceso al Régimen de Recuperación Anticipada del IGV, estableciendo diferentes periodos para su goce, entre los diferentes Tramos Viales que conforman la Concesión, generando que el Concesionario no haya podido gozar efectivamente del citado Régimen respecto de los servicios y actividades de construcción adquiridos o contratados para los siguientes Tramos Viales: Tarapoto – Rioja, Rioja – Corral Quemado, Corral Quemado – Dv. Olmos, Dv. Olmos – Piura y Piura – Paita, gozando de manera efectiva únicamente respecto del Tramo Vial Tarapoto – Yurimaguas

Al respecto, precisó que de acuerdo a lo expuesto en el Informe N° 022-09-GRE-GAL-OSITRAN, se ha determinado que los US\$ 15 374 751 que corresponde al IGV no recuperado evidencian que las inversiones correspondientes a la Primera Etapa (IPE) y las de la Segunda Etapa (ISE) han variado más de un 5% (7,48%) respecto a los valores iniciales de las mismas previstos en el modelo matemático económico y financiero.

En cuanto al monto de US\$ 15 374 751 de IGV no recuperado anticipadamente, los directores coincidieron en señalar que éste ha sido utilizado únicamente como indicador matemático, más no para establecer el monto de la compensación que pretende el concesionario, más aún cuando corresponde a las partes acordar el tipo y nivel de compensación necesario para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, destacando que a falta de acuerdo entre las partes, podrán someter la discrepancia a los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XVI del Contrato de Concesión, para su resolución definitiva.

El señor Gerente General concluyó su intervención señalando que de acuerdo a la Cláusula 8.29 del Contrato de Concesión, se propone emitir opinión técnica en el sentido que el equilibrio económico-financiero se ha visto significativamente afectado y por lo tanto es necesario restablecerlo mediante compensación, conforme a lo antes señalado.

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

ACUERDO N° 1208 -330 -09-CD-OSITRAN

de fecha 21 de octubre de 2009

Vistos el Informe N° 022-09-GRE-GAL-OSITRAN, y oído el informe oral de la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A, y según lo informado por

el Gerente General; el Consejo Directivo en virtud de sus funciones establecidas en el artículo 37º literal b) del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar la opinión técnica contenida en el Informe N° 022-09-GRE-GAL-OSITRAN, en el procedimiento de compensación (revisión del equilibrio económico – financiero) planteado por la Concesionaria IIRSA Norte S.A. en el sentido que el equilibrio económico - financiero del Contrato de Concesión se ha visto significativamente afectado y por lo tanto es necesario restablecerlo mediante compensación.
- b) Notificar el Informe N° 022-09-GRE-GAL-OSITRAN, a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.,. Asimismo, notificar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de ente concedente.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

5.2 Interpretación de Oficio de los contratos IIRSA Sur T1 y T5, para fijar el monto y forma de pago correspondiente a los “gastos pro control y seguimiento de la supervisión”

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo los Informes N° 904 y 905-09-GS-OSITRAN, que contienen Interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación de los Tramo N° 1 y 5, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil.

La exposición estuvo a cargo del Gerente General, quien precisó que el carácter autónomo de los Organismos Reguladores en materia económica y financiera no sólo tiene por efecto proveer a dichas entidades de los recursos suficientes para cumplir con las funciones y obligaciones establecidas por la normativa de la materia y en los contratos de concesión, sino además para poder actuar con plena independencia y objetividad.

En este sentido, la facultad de supervisión que la normativa de la materia otorga a OSITRAN incluye aquellas actividades que se han delegado a las Empresas Supervisoras, así como a las actividades de control y seguimiento que realiza este Organismo a las citadas empresas, las mismas que tienen por efecto observar el correcto cumplimiento y ejercicio de las obligaciones delegadas a terceros.

En este contexto, los Contratos de Concesión de los Tramos 1 y 5, han establecido que para costear las actividades de supervisión de Obras que realiza el Regulador, ha sido decisión de las Partes, establecer aportes específicos para la supervisión del correcto cumplimiento de las obligaciones del Concesionario durante la etapa de Construcción; actividades que no son cubiertas con el Aporte por Regulación.

Finalizó su exposición señalando que es obligación del Concesionario asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras, para los fines determinados exclusivamente en el Contrato de Concesión por un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial; así como los conceptos que comprenden la actividad de supervisión de obras, cuyos costos son de cargo del Concesionario, siendo ellos los siguientes: i) Supervisión de Obras; y ii) seguimiento y control de la supervisión de las Obras, tal como lo señala el Informe de la Administración.

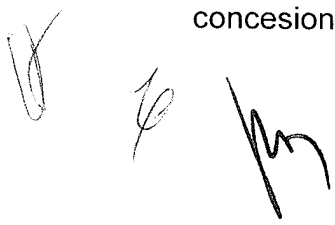
Luego de un breve intercambio de opiniones sobre la propuesta, los señores directores expresaron su conformidad con la misma y, adoptaron el presente Acuerdo:

ACUERDO No. 1209-330-09-CD-OSITRAN

de fecha 21 de octubre de 2009

Vistos los Informe N° 904 y 905-09-GS -OSITRAN, los Proyectos de Resoluciones, y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud de lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar los Proyectos de Resoluciones del Consejo Directivo propuestos con los Informe N° 904 y 905-09-GS -OSITRAN, los mismos que interpretan la Cláusula 9.10 de los Contratos de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación de los Tramos N° 1 y 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, respectivamente, a efectos de determinar los conceptos relacionados con la supervisión de las Obras que son cubiertos por el Concesionario, así como aclarar el procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la Supervisión de las Obras
- b) Notificar las Resoluciones aprobadas en virtud al numeral anterior y los Informes N° 904 y 905 -09-GS-OSITRAN, a la empresa concesionaria SURVIAL S.A y COVISUR S.A, respectivamente.



Asimismo, notificar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de ente concedente.

- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

5.3. Solicitud de Interpretación de COVISUR sobre oportunidad de aporte del PAMO

El presente tema viene del ítem 3.6 de la estación de Informes de la presente acta, en el que se abordó el tratamiento que se ha brindado a la solicitud de interpretación de COVISUR del numeral 3 del Apéndice 6 del anexo XII del Contrato de Concesión –Oportunidad de Aporte del PAMO.

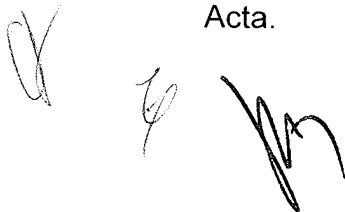
En virtud de los argumentos expuestos, de lo señalado en el Informe N° 040-09-GRE-OSITRAN, y de lo expuesto por el Gerente General, los señores directores, luego de un intercambio de opiniones, aprobaron el siguiente acuerdo:

ACUERDO No. 1210-329-09-CD-OSITRAN

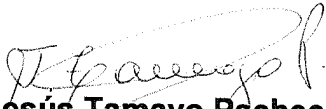
de fecha 21 de octubre de 2009

Visto el Informe N° 040-09-GRE-OSITRAN y, de acuerdo a lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo, en virtud de las funciones que tiene asignadas en el literal q) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, así como también en lo dispuesto en el Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, acordó por unanimidad:

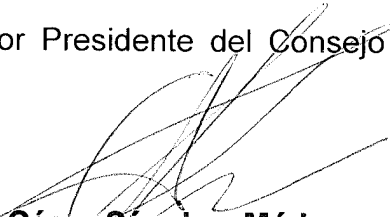
- a) Expresar su conformidad con las acciones adoptadas por la administración, así como con el contenido del Informe N° 040-09-GRE-OSITRAN, en relación a los cuestionamientos efectuados por la Empresa Concesionaria Vial Sur S.A. respecto al Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, que desestimó el pedido de interpretación contractual;
- b) Notificar el presente Acuerdo y el Informe de la Administración a la Empresa Concesionaria Vial del Sur S.A, Concesionaria IIRSA Norte S.A, Survial S.A. Asimismo, notificar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de ente concedente
- c) 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

CARGO

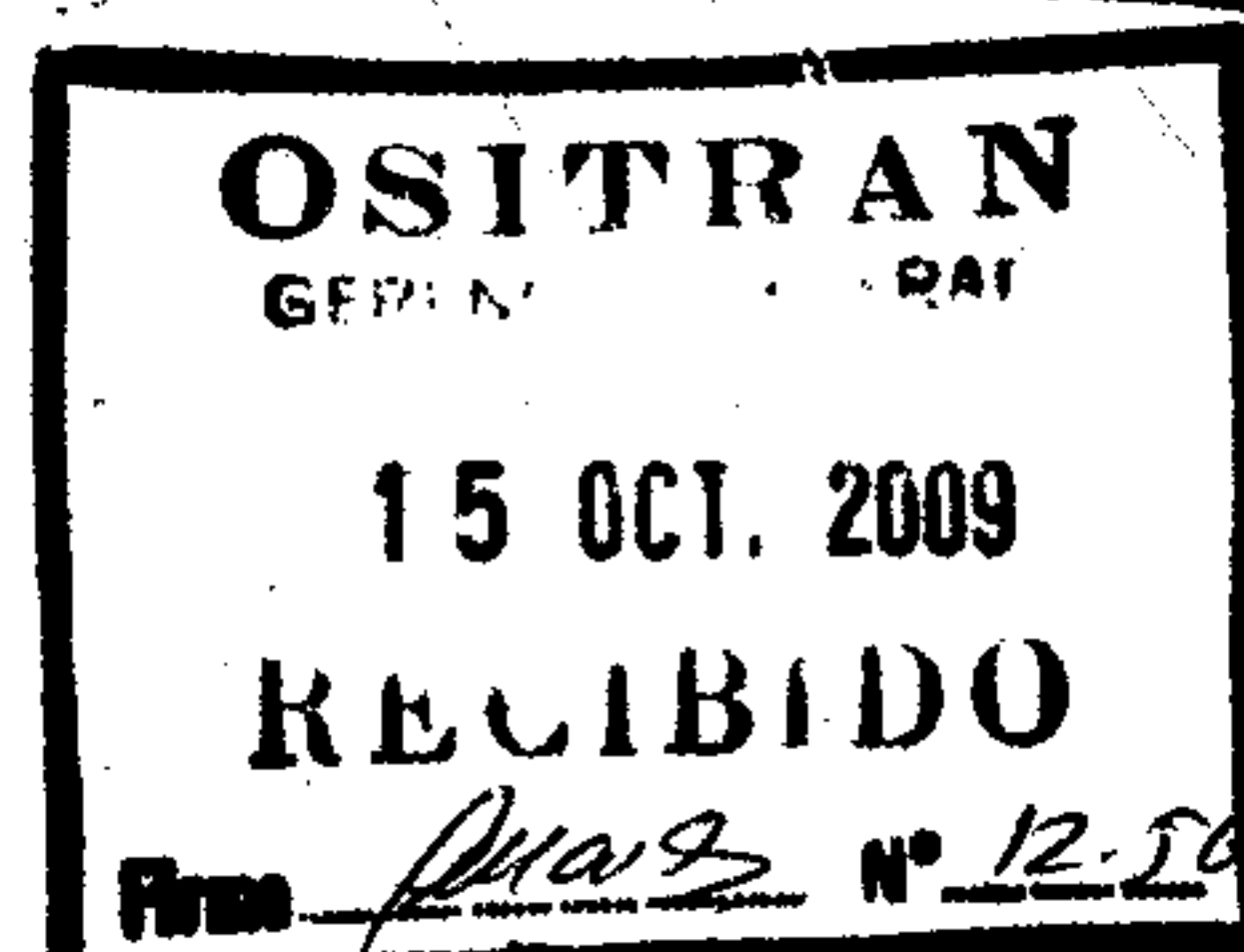
INFORME N° 040-09-GRE- OSITRAN

Para : **Jorge Montesinos**
Gerencia General

De : **Lincoln Flor Rojas**
Gerente de Regulación

Asunto : Interpretación de PAMO (IIRSA NORTE = COVISUR-
SURVIAL)

Fecha : 14 de octubre de 2009



I. OBJETO:

1. El objetivo del presente Informe es emitir opinión respecto de los cuestionamientos formulados por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. (en adelante COVISUR y/o el Concesionario) en relación a lo comentado por OSITRAN mediante el Oficio N° 276-09-GG-OSITRAN y el Informe N° 019-GRE-GAL-OSITRAN, en los cuales se indicó que la regulación de ajuste anual del PAMO prevista en los contratos de concesión de los Tramos 1 y 5 del Proyecto Interoceánico Sur y de IIRSA Norte no ofrece dudas sobre su aplicación, por lo que se desestimó el pedido de interpretación contractual formulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante el Oficio N° 467-2009-MTC/25.

II. ANTECEDENTES:

2. Mediante Oficio N° 467-2009-MTC/25, de fecha 24 de abril de 2009, el Concedente solicita la opinión técnica de OSITRAN respecto a la oportunidad del ajuste por inflación del PAMO correspondiente a la Concesión de IIRSA Sur Tramos 1 y 5 así como del Contrato de Concesión de IIRSA Norte.
3. Con Oficio Circular N° 083-09-GRE-OSITRAN de fecha 16 de junio de 2009, OSITRAN solicitó opinión o comentarios a las empresas SURVIAL S.A., Concesionaria IIRSA Norte S.A. y COVISUR, respecto al pedido formulado por el Concedente.
4. Mediante Carta N° 441-2009-COVISUR, de fecha 06 de julio de 2009, el Concesionario manifiesta su opinión a la solicitud realizada por el Concedente.
5. Con Carta N° 760-CINSA-OSITRAN, de fecha 07 de julio de 2009, Concesionaria IIRSA Norte S.A. manifiesta su opinión con relación a la solicitud presentada por el Concedente.
6. Mediante Carta N° SUR 157-2009, de fecha 30 de julio de 2009, SURVIAL S.A. presenta su opinión respecto de la solicitud de interpretación presentada por el Concedente.



7. Con Oficio N° 276-09-GG-OSITRAN, de fecha 17 de agosto de 2009, dirigido al Concedente, Concesionaria IIRSA Norte S.A., SURVIAL S.A.¹ y COVISUR², se adjunta el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN el cual, al momento de analizar la solicitud del Concedente y la información remitida por los concesionarios, concluye lo siguiente respecto a los referidos contratos de concesión:

- La interpretación contractual corresponde realizarse cuando las cláusulas del Contrato de Concesión presenten defectos, vacíos o imprecisiones que impidan una adecuada aplicación por las Partes. En caso esto no se advierta, no cabría que OSITRAN interprete cláusula alguna, debiendo en todo caso, exigir el cumplimiento estricto de lo establecido en el Contrato de Concesión.
- El Concesionario tiene derecho al ajuste del PAMO por efecto de la inflación, conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión, ajuste que debe realizarse anualmente.
- La oportunidad de pago del PAMO "ajustado" corresponde realizarse una vez concluido cada periodo anual, y en cuatro cuotas, tal como lo establece el Contrato de Concesión.
- El primer ajuste del PAMO, en atención a la finalidad del ajuste y aplicando expresamente los parámetros CPI, IPC y TC, lleva a concluir que el periodo de ajuste comprende desde el día de presentación de la oferta (propuesta) económica de los postores en el concurso y hasta doce (12) meses después de la fecha de inicio de explotación.
- La regulación del ajuste del PAMO prevista en el Contrato de Concesión resulta clara y no ofrece dudas sobre su aplicación, por lo que la solicitud formulada por el Concedente para realizar una interpretación contractual debe ser desestimada, debiendo cumplirse expresamente con el tenor del Contrato de Concesión.

8. Mediante Carta N° 0599-2009-COVISUR, recibida el 03 de setiembre de 2009, COVISUR manifiesta su desacuerdo con lo opinado por OSITRAN; sin embargo, señalan que posteriormente realizarán los descargos que sustentan la necesidad de interpretación.

9. Con Carta N° 0660-2009-COVISUR, recibida el 24 de setiembre de 2009, el Concesionario presenta sus descargos a lo señalado por OSITRAN con el Oficio N° 276-09-GG-OSITRAN y el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, indicando que mantiene su posición sobre la necesidad de aclarar en el Contrato de Concesión, indicando que no cuestionan la periodicidad del pago del PAMO, sino la oportunidad del Ajuste del PAMO, temas que consideran deben estar totalmente diferenciados.

III. ANALISIS:

10. El análisis que se presenta en esta sección se ha realizado tomando en consideración la Carta N° 0660-2009-COVISUR remitida por COVISUR, el Oficio N° 276-09-GG-OSITRAN, así como los diversos antecedentes sobre la materia.



¹ Las citadas entidades recibieron la comunicación emitida por OSITRAN el 18 de agosto de 2009.
² La citada empresa recibió la comunicación cursada por OSITRAN el 19 de de agosto del presente año.

11. El análisis ha sido estructurado en dos secciones, las cuales están estipuladas bajo los comentarios planteados por el Concesionario en su Carta N° 0660-2009-COVISUR. De esta forma, el Informe contendrá las siguientes aspectos:

- a. En consideración a lo señalado en los Artículos 31° y 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, se cuestiona el procedimiento denegatorio, en vista que consideran que el órgano encargado de efectuar la interpretación contractual solicitada es el Consejo Directivo de OSITRAN.
- b. Consideran que la anualidad para el ajuste del PAMO debe ser considerada a partir de la fecha de presentación de la oferta económica, es decir el 27 de agosto de 2007 y no como se señala en el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual se considera que el ajuste del PAMO debe efectuarse en base a la Fecha de Inicio de la Explotación.

III.1 RESPECTO DE LOS CUESTIONAMIENTOS AL PROCEDIMIENTO DENEGATORIO DE INTERPRETACIÓN

12. Sobre este aspecto, debe recordarse que el análisis realizado por este Organismo mediante el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN se derivó de una solicitud de interpretación contractual planteada por el Concedente mediante el Oficio N° 467-2009-MTC, luego de lo cual se solicitó a las empresas SURVIAL S.A., COVISUR y Concesionaria IIRSA Norte S.A. emitir opinión sobre el particular.
13. No obstante ello, es el Concesionario quien cuestiona lo opinado por este Organismo Regulador, indicando para ello que no se habría cumplido con el procedimiento debido establecido en los Artículos 31° y 53° del Reglamento General de OSITRAN.
14. Al respecto, corresponde señalar que el Artículo 31° del Reglamento General de OSITRAN³, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante el Reglamento) que alega el Concesionario como fundamento para cuestionar el procedimiento seguido por esta entidad se refiere a las discrepancias sobre la interpretación o aplicación que OSITRAN realice de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la Entidad Prestadora.
15. Además hay que mencionar que las discrepancias que pueden ser objeto de interpretación que se indican en el citado artículo se circunscriben únicamente a la función reguladora que ejerce OSITRAN, siendo este un aspecto que no es materia de discusión en el presente caso, razón por la cual se considera que no resulta atendible en este extremo lo señalado por COVISUR en su Carta de la referencia.
16. De otro lado, respecto a lo indicado en el Artículo 53° del Reglamento⁴, en efecto, el literal d) del citado artículo establece que es función del Consejo Directivo el

³ "Artículo 31.- Discrepancias sobre la Interpretación.

En caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que OSITRAN realice de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la ENTIDAD PRESTADORA correspondiente, se podrá cuestionar dicha interpretación ante el Consejo Directivo. Por esta vía no es posible cuestionar el contenido mismo de la regulación y/o disposición normativa, sino sólo su aplicación o interpretación."

⁴ "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



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

17. El citado numeral también describe que dicha función del Consejo Directivo está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación, aspecto que también se encuentra recogido a nivel regulatorio en los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 14 de noviembre de 2004.
18. Sin embargo, conforme lo indicado en el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, al momento de analizar si existía la necesidad de interpretar lo establecido en los Contratos de Concesión, se consideró que la regulación del ajuste del PAMO prevista en dichos Contratos resultaba clara y por tanto no ofrecía dudas sobre su aplicación, razón por la cual no se requería la actuación del Consejo Directivo puesto que no se precisaba de una interpretación contractual, sino que resultaba obligación de este Organismo Regulator exigir el cumplimiento estricto de lo establecido en dichos instrumentos⁵.
19. Por lo señalado, se considera, en este extremo, que no resulta atendible el pedido del Concesionario puesto que lo opinado por este Organismo Regulator se ajusta a las funciones otorgadas a este Organismo Regulator, es decir, emitir opinión sobre un requerimiento formulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁶, dado que no correspondía interpretar los Contratos de Concesión.
20. No obstante lo mencionado, a efectos de dar respuesta a la Carta N° 0660-2009-COVISUR, se analizará los argumentos del Concesionario referidos a la regulación del ajuste del PAMO.

III.2 RESPECTO DE LOS CUESTIONAMIENTOS TECNICOS REMITIDOS POR EL CONCEDENTE

21. Cuando el Concesionario señala en el punto 4, quinto párrafo de su Carta N° 0660-2009-COVISUR, que:

"Si se adopta una periodicidad, que se cierre en periodos anuales al 07 de diciembre de 2007 de acuerdo a lo planteado por OSITRAN, definitivamente ocurriría que las variables consideradas en el contrato generarían una distorsión en perjuicio de nuestra empresa, debido a que el cálculo de

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."

⁵ Sobre el particular, resulta conveniente observar lo desarrollado en los Artículos 5° y 7° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN:

"Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

- a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.

(...)

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

- a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

(...)"

⁶ El literal j) del numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, señala lo siguiente:

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

- j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera.

(...)"



reajuste se estaría realizando a más de un años después de haberse presentado la propuesta económica; lo que origina que por conceptualizar de esta manera la periodicidad anual, no se estaría tomando en cuenta, que exista desde la presentación de la propuesta económica del 27 de agosto del 2007, un número determinado de días, en los cuales también se ha generado inflación."

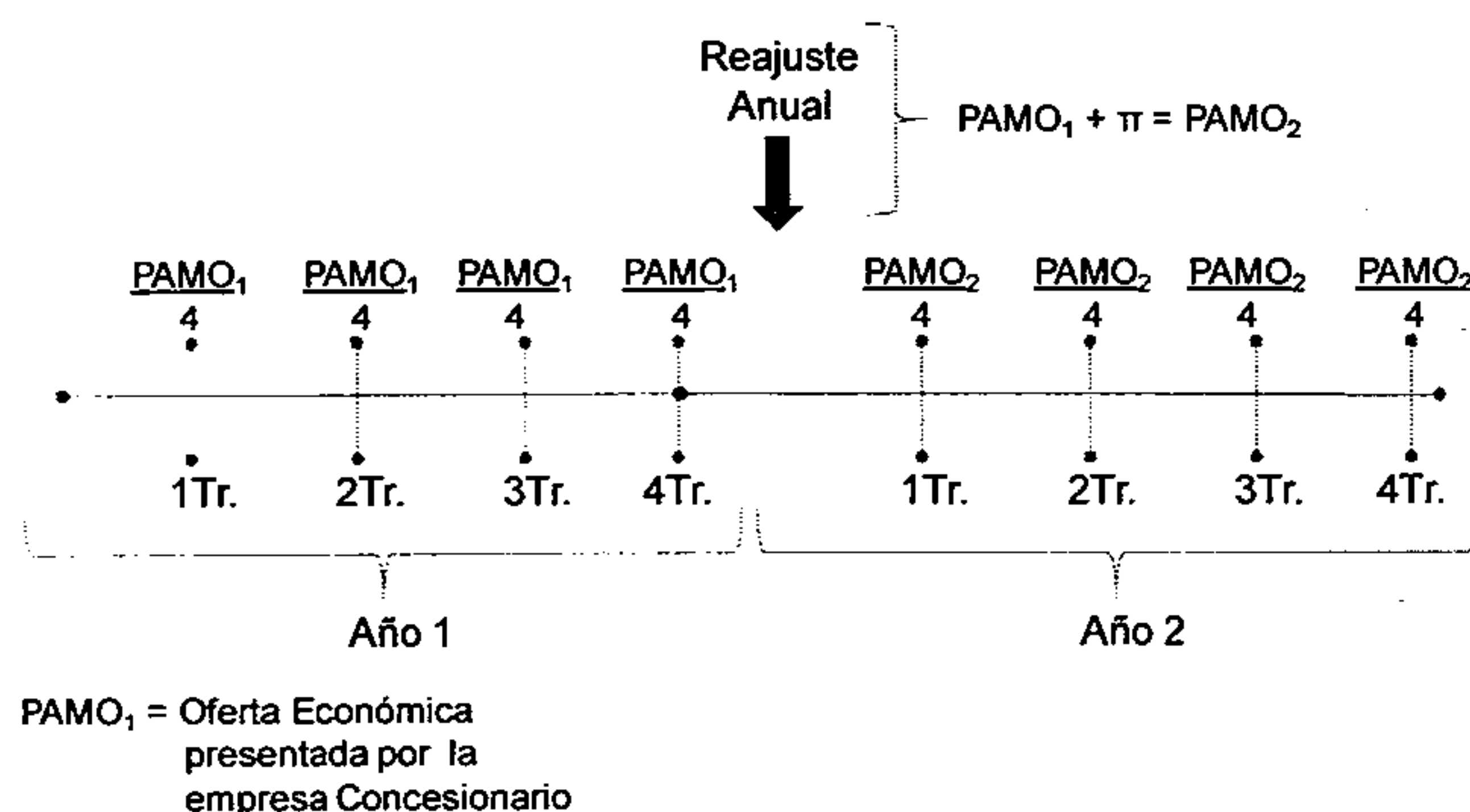
22. Inicialmente es necesario recalcar que lo señalado por el Organismo Regulador es una lectura integral al Contrato de Concesión, tal como es su función. Con respecto al cálculo de reajuste el Ositran en su Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN señaló lo siguiente:

"i) La oportunidad del ajuste al PAMO.

(...)

31 En atención a lo señalado en los Contratos de Concesión materia de análisis, el Concesionario tiene derecho a cobrar un PAMO anual, en cuatro cuotas trimestrales, a partir de la Fecha de Inicio de la Explotación, debiéndose reajustar el PAMO anualmente, tal como se ha señalado en los numerales E.2 y E.3 precedentes. En ese sentido, si consideramos el primer año de la Concesión, el Concesionario debe recibir en cuatro armadas (PAMO dividido entre 4) el PAMO que presentó en su oferta económica, y ningún monto adicional. Una vez concluido el periodo anual, tal como expresamente señala el Contrato de Concesión "el monto del PAMO será reajustado anualmente", es decir, terminado el año (12 meses contados desde el inicio de la fecha de explotación) debe calcularse el reajuste que será aplicable para el año siguiente (π del grafico N° 1) . Tal como señalan los Contratos, los reajustes deben aplicarse anualmente (Ver Grafico N° 1).

Grafico N° 1: Oportunidad del Ajuste del PAMO



(...)

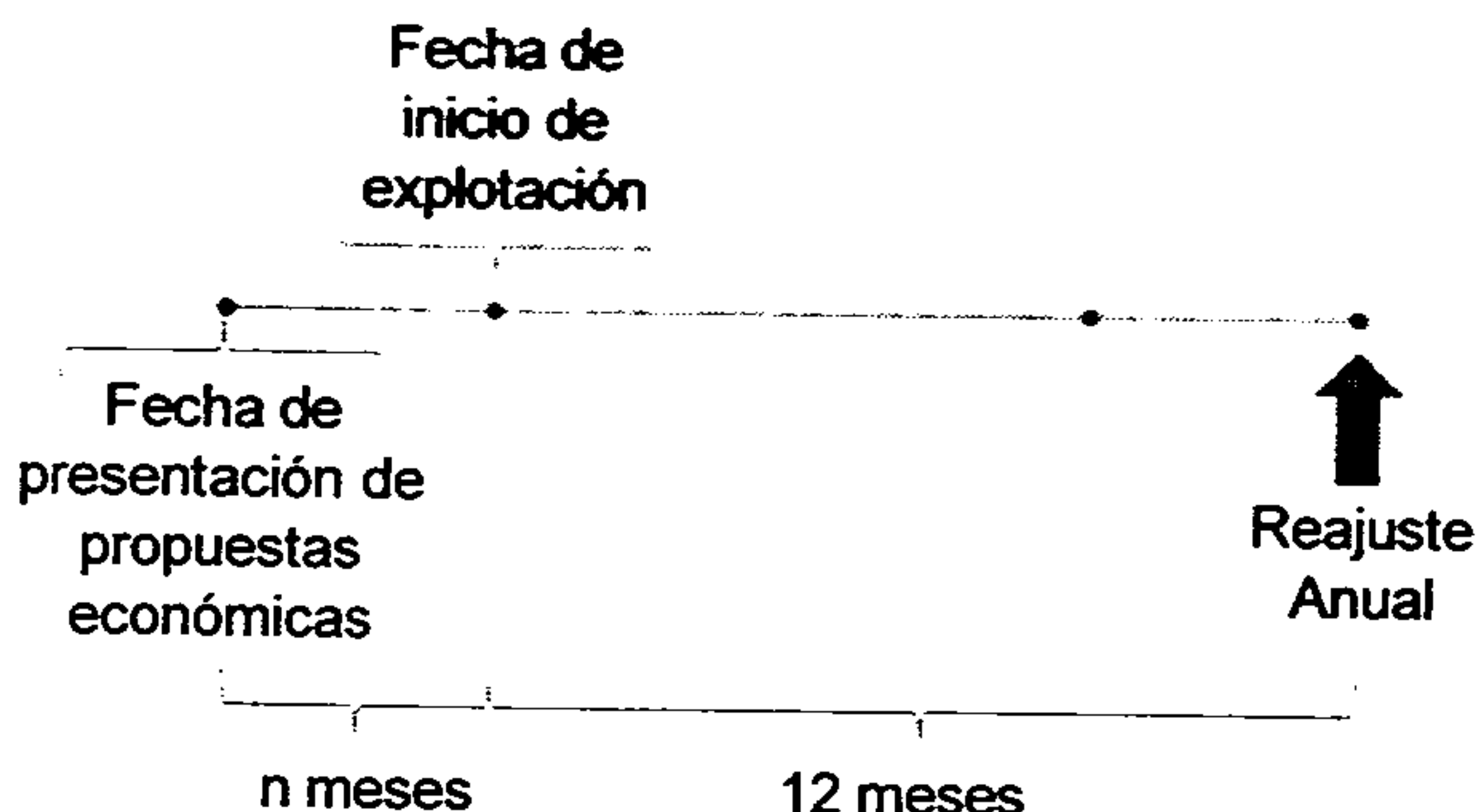
ii) A partir de qué fecha debe ajustarse el primer PAMO.

(...)

41 En ese orden de ideas, el primer ajuste del PAMO correspondería realizar desde el día de presentación de la oferta (propuesta) económica de los postores en el concurso, hasta doce (12) meses después de la fecha de inicio de explotación, tal como señala en el grafico adjunto.



Grafico N° 2: Fecha de reajuste del PAMO



23. Con respecto a la oportunidad del Ajuste del PAMO, tal como ya se señaló en el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, los Contratos de Concesión suscritos con SURVIAL S.A y COVISUR establecen en el literal A. del Apéndice 3 del Anexo XIII: ***"El CONCESIONARIO tendrá derecho a un pago periódico por concepto de PAMO (...) en cuatro (04) cuotas con periodicidad trimestral, a partir de la Fecha de Inicio de la Explotación (...)";*** por lo tanto, tal como se señala el Contrato de Concesión, el Concesionario tendrá derecho a un pago periódico desde el inicio de la fecha de explotación y no antes.
24. Con respecto a la oportunidad a la fecha desde la cual debe ajustarse el PAMO, es claro que el Contrato de Concesión asignó el riesgo de inflación del PAMO al Concedente, por lo que en ese orden de ideas, y de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del Apéndice 5 del Anexo XIII en el cual se establece que la revisión del PAMO debe efectuarse ***"a partir de la Fecha de Inicio de Explotación"***, es lógico suponer que para el caso de reajuste del PAMO por inflación, también deba aplicarse desde la Fecha de Inicio de Explotación.
25. En ese sentido, el Contrato de Concesión es claro al señalar que se le debe de retribuir al Concesionario por inflación desde la fecha de presentación de las ofertas económicas, para el caso del primer PAMO, tal como se desprende de lo señalado por OSITRAN.

IV. CONCLUSIONES:

26. Es necesario mencionar que el Concesionario no ha presentado solicitud de interpretación del Contrato de Concesión, sino que realiza observaciones a lo comentado por este Organismo Regulador mediante el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, informe con el cual se dio respuesta al pedido de interpretación contractual formulado por el Concedente mediante el Oficio N° 467-2009-MTC/25.
27. Conforme lo indicado en el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN, al momento de analizar si existía la necesidad de interpretar lo establecido en los Contratos de Concesión, se consideró que la regulación del ajuste del PAMO prevista en dichos Contratos resultaba clara y por tanto no ofrecía dudas sobre su aplicación, razón por la cual no se requería la actuación del Consejo Directivo puesto que no se precisaba de una interpretación contractual, sino que resultaba obligación de



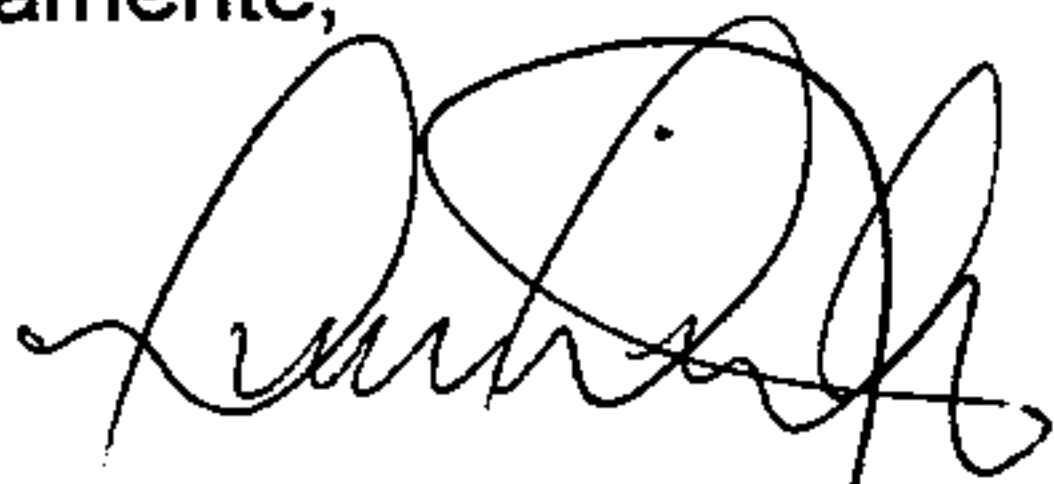
este Organismo Regulador exigir el cumplimiento estricto de lo establecido en dichos instrumentos⁷.

28. Respecto a los cuestionamientos del Concesionario a la forma en la que se dio respuesta a la solicitud de interpretación contractual planteado por el Concedente, se considera que no resulta atendible el pedido de COVISUR puesto que con el Informe N° 019-09-GRE-GAL-OSITRAN se consideró que la regulación del ajuste del PAMO prevista en los Contratos de Concesión resultaba clara y por tanto no ofrecía dudas sobre su aplicación, por lo que no se requería la actuación del Consejo Directivo en vista que no se precisaba de una interpretación contractual.
29. La oportunidad de pago del PAMO "ajustado" corresponde realizarse una vez concluido cada periodo anual, y en cuatro cuotas, tal como lo establece el Contrato de Concesión.
30. El primer ajuste del PAMO, en atención a la finalidad del ajuste y aplicando expresamente los parámetros CPI, IPC y TC, lleva a concluir que el periodo de ajuste comprende desde el día de presentación de la oferta (propuesta) económica de los postores en el concurso y hasta doce (12) meses después de la fecha de inicio de explotación.

V. RECOMENDACIÓN:

31. Hacer de conocimiento el presente informe al Consejo Directivo de OSITRAN, así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de las empresas concesionarias SURVIAL, COVISUR e IIRSA NORTE.

Atentamente,



LINCOLN FLOR ROJAS
Gerente de Regulación

REG.SAL. 19030-09

⁷ Sobre el particular, resulta conveniente observar lo desarrollado en los Artículos 5° y 7° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN:

"Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

b) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.

(...)

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

(...)"